

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

CAPÍTULO XVI

I. Delitos patrimoniales de enriquecimiento.

A) De apoderamiento. Hurto. Robo.

Robo con fuerza en las cosas

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALTES MARTÍ, *La Ley de 28 de diciembre y el art. 514, núm. 4 del Código penal*, en Escritos Penales, Valencia 1979; BAJO FERNÁNDEZ, *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*, RDP 1976; el mismo, *Algunas consideraciones sobre la protección jurídico penal de la posesión*, RDP 1976; BORJA JIMÉNEZ, *Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada*, PJ 1987; CANDIL JIMÉNEZ, *En torno al «furtum possessionis»*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CORTÉS CAMACHO, *La agravante por uso de armas en el delito complejo de robo*, AP 1995; DELA MATA BARRANCO, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular*, PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *Tuella penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona 1994; DEL ROSAL, *Consumación en el hurto y otros problemas penales*, ADP 1949; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público*, PJ 1989; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Claves falsas y delincuencia patrimonial*, EPC 1985/1986; el mismo, *Robo con escudamiento*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; JIMÉNEZ ASEÑO, *Escudamiento*, NEJ VIII, 1958; MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia 1995; ORTOS BERENGUER, *Reflexiones en torno al art. 511 del Código penal*, CPC 1978; PALAU MAS, *El ánimo de haber la cosa como propia (animus rem sibi habendi) en los delitos de robos y hurtos*, RGD 1989; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1995; QUINTERO OLIVARES, *El hurto*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Madrid 1946; el mismo, *Hurto*, NEJ XI, 1962; el mismo, *Hurtos cualificados*, NEJ XI, 1962; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, ADP 1961; RODRÍGUEZ RAMOS, *El hurto de uso en general*, (Doctrina jurisprudencial resumida en la sentencia de 4 de octubre de 1976), CPC 1977; el mismo, *Apropiación de la totalidad del tesoro oculto*, (Resumen y crítica de la postura jurisprudencial), CPC 1977; ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987; RUIZ ANTON, *Los robos con fuerza en las cosas: nuevos modelos para determinar la pena*, en

Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; SAENZ DE ROBLES, *El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; SORIANO SORIANO, *Ultras falsas: las legítimas substraídas al propietario. (Estudio jurisprudencial del art. 510, núm. 2, del Código penal)*, CPC 1989; el mismo, *El robo en casa habitada y sus dependencias: artículos 506.2° y 508 m.P.* Legislación vigente y Anteproyecto de 1992, CPC 1992; el mismo, *Efectos penológicos de las agravantes específicas de los artículos 506 y 516 del Código penal*, RGD 1992; el mismo, *El robo en edificio público y sus dependencias*, CPC 1993; el mismo, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto*, Valencia 1993; VAELO EZQUERDO, *Las cualificaciones del hurto*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; VALENCIA MARTÍNEZ, *El momento consumativo del hurto*, RDPc 1993; VALMANÑA OCHAITA, *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*, Madrid 1993; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, Pj número especial IX, 1989; VIDAL ANDREU, *Robo domiciliario*, La Ley 1985; VIDALES RODRÍGUEZ, *Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Pj 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, *Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación*, CPC 1986 (también en RFDUC monográfico 11, 1986); el mismo, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1988.

Sobre el Código penal de 1995: DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos de robo: Dos cuestiones interpretativas*, AP 1997; el mismo, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia 1999; el mismo, *Cambio de criterio jurisprudencial: De la interpretación literal a la actual interpretación jurisprudencial del párrafo 3º del art. 242 del Código penal*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 1999; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El robo con fractura exterior*, Barcelona 1997; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 111/1997, 29 de octubre, robo con fuerza en las cosas conculdo en edificio o local abierto al público*, AP 1997; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia 1998; ISCAR SÁNCHEZ, *Consideraciones generales: Delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas*, RMF 1997; LANZAROTE MARTÍNEZ, *Ratio agravatoria y ámbito de aplicación del delito de robo cometido en local abierto al público*, La Ley 1998; LUQUE MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas: su configuración*, La Ley 1996; MARCHENA GÓMEZ MORENO VERDEJO, *El delito de robo en el Código penal de 1995*, Madrid 1995; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *Robo y Hurto*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; MATA Y MARTÍN, *Observaciones sobre la nueva regulación del robo con fuerza en las cosas*, AP 1997; el mismo, *Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial desde la perspectiva del robo con fuerza en las cosas*, Pj 1998; MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; PUERTA LUIS, *El delito de hurto*, La Ley 1996; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código penal*, Barcelona 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos de robo*, La Ley 1996; ROGUES VALLÉS, *La comisión del robo con fuerza en las cosas en edificio o local abiertos al público. A propósito de la STS 16 de junio 1997*, Pj 1997; SALINERO ALONSO, *La protección del patri-*

monio histórico en el Código penal de 1995, Barcelona 1997; el mismo, *Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos*, AP 1999; SOTO NIETO, *Robo con fuerza en las cosas. Comisión en edificio o local abiertos al público*, La Ley 1997; el mismo, *Faltas continuadas de hurto. Transformación en delito continuado*, La Ley 1998.

I. DELITOS PATRIMONIALES DE ENRIQUECIMIENTO

La mayoría de los delitos patrimoniales se construyen sobre la idea de un enriquecimiento o injusto del sujeto activo a costa de un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo. Esta idea constituye el sustrato material de estos delitos, aunque no siempre esté presente en su configuración legal. El *ánimo de lucro* se exige expresamente en algunos delitos, como el hurto o el robo; pero en otros se da por supuesto y no se menciona expresamente. Una cuestión distinta es la relevancia dogmática de este elemento, que normalmente constituye un elemento subjetivo del injusto, pero que otras veces está más allá de las exigencias legales. En todo caso, el enriquecimiento debe entenderse en un sentido amplio, como beneficio patrimonial para el autor del delito o para un tercero, consecuencia del perjuicio que se produce en el patrimonio lesionado por la acción delictiva.

Por lo que respecta a la dinámica de la acción, los delitos de enriquecimiento se pueden clasificar en delitos de apoderamiento y defraudatorios.

A) DE APODERAMIENTO

Los delitos de apoderamiento requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Eso exige por parte del sujeto activo una acción material de «tomar» o «apoderarse», aunque respecto al delito de extorsión (art. 243) y algunos supuestos de usurpación (arts. 245 ss.) debe entenderse este apoderamiento en un sentido ideal, ya que, al consistir la extorsión en la realización u omisión de un acto o negocio jurídico, o recaer la acción en la usurpación sobre bienes inmuebles o derechos reales, no cabe hablar de acción material de apoderamiento. Lo importante es que los delitos de este grupo requieren un determinado portamiento físico activo, incluso con medios comisivos violentos o intimidatorios; mientras que los delitos defraudatorios se realizan

preponderantemente por medios psicológicos más sutiles como el engaño.

HURTO

El hurto se ha conceptualizado siempre como la figura básica de los delitos contra el patrimonio, sobre todo en lo que respecta a las figuras de apoderamiento material. El Código penal define el hurto en el art. 234:

«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas».

Bien jurídico protegido en el delito de hurto (y en los demás delitos de apoderamiento) es, para un sector doctrinal, *la propiedad* (VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 1116; BAJO II, p. 46; ZUGALDÍA ESPINAR, 1988, pp. 41 ss.; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 562). Pero este derecho no siempre está actualizado en el momento en que se comete el hurto: así, por ejemplo, la sustracción de una cosa perdida al depositario de la misma es hurto aunque el propietario no aparezca nunca. Además, la posesión puede tener, a veces, una protección autónoma e incluso preferente frente a la propiedad. Así, por ejemplo, en el art. 236, en el mismo Capítulo I que trata de los hurtos, se castiga a quien sustrajere la cosa mueble de quien la tenga legítimamente en su poder. Este delito, llamado tradicionalmente «*furtum possessionis*», es decir, hurto de la posesión, castiga precisamente el ataque a la misma que puede cometer incluso el propietario. Así, por ejemplo, puede incluirse en este precepto la conducta del deudor prendario que se apodera de la cosa dada en prenda al acreedor, sin cancelar su deuda. Se trata aquí de proteger la posesión legítima, incluso frente al propietario, que, en determinados momentos, puede estar privado legalmente de ella (deudor prendario, nudo propietario, etc.). El bien jurídico protegido directamente en este precepto es, por consiguiente, *la posesión* (CANDU, p. 627). El deudor prendario, propietario de la cosa dada en prenda, que se apodera de ésta, comete, por tanto, un delito que directamente afecta a la posesión, que en este caso goza de protección preferente frente a la propiedad. Por supuesto que también cabe el supuesto contrario, es decir, que el poseedor se apodere de la propiedad ajena, pero en este caso el delito es una apropiación

indebida y no un hurto. Por todo ello, si se quiere ofrecer un bien jurídico común a todos los supuestos de hurto tipificados en el Capítulo I del Título XIII y diferenciar este delito del de apropiación indebida que se regula en otro lugar (véase *infra* capítulo XIX), el bien jurídico directamente protegido en el hurto no puede ser otro que la posesión, si bien indirectamente resultará generalmente lesionado el derecho de propiedad de alguien, siempre que éste sea actualizable y de preferente protección frente a la posesión en el caso concreto (de esta opinión también GARCÍA ARÁN, pp. 44, 46 ss.).

Tipo objetivo

Objeto material es la «cosa mueble ajena» sobre la que recae la acción del sujeto activo. Por «cosa mueble» hay que entender todo objeto del mundo exterior que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento. Entre las cosas muebles se comprenden también los animales y aquellos elementos de inmuebles que pueden ser separados y trasladados a otro lugar (estatuas adosadas a la pared, materiales de construcción, etc.). En definitiva, el concepto de cosa mueble en el delito de hurto es un «concepto funcional» que no coincide con el concepto civil (véase *supra*, capítulo XV).

Mayores problemas plantea la determinación del concepto de «ajenidad». Ajeno es todo lo que no pertenece a una persona, en este caso, todo lo que no es propiedad del sujeto activo del delito. Pero en el Derecho privado se dan algunos supuestos de copropiedad o condominio de tipo ideal, en los que no están perfectamente delimitadas las partes que corresponden a los distintos copropietarios. La antigua jurisprudencia (STS 17 junio 1882) y GROZARD (VI, pp. 276 ss.) consideraron que, si uno de los copropietarios se apoderaba de las cosas en común, no había hurto ni robo, porque no se daba el requisito de la «ajenidad» exigido en estos delitos. En la doctrina tradicional, CUELLO (II, p. 847) mantenía la tesis contraria, mientras que QUINTANO (III, p. 122) y RODRÍGUEZ DEVEZA (p. 418) distinguían según que la copropiedad fuera de tipo ideal o de cuotas proporcionales: sólo en este último caso podría hablarse de hurto, siempre que uno de los copropietarios se apoderase de una parte superior a la que le corresponde. VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC (en VIVES, Comentarios, p. 1129) consideran que en los casos de los arts. 392 y ss. del Código civil faltará ya la acción típica del delito de hurto, ya que el sujeto posee previamente las cosas. Pero el problema se plantea precisamente cuando falla esa previa posesión

sión o las posibilidades de disposición de la cosa están limitadas. Para estos casos propone García Arán (p. 115) que hay hurto si el sujeto se apodera del exceso respecto de la cuota propia. Creo, sin embargo, que incluso si el copropietario se apodera sólo de la cuota que le corresponde antes de que se proceda a la división, pero perjudicando el valor económico del todo, cabe hablar de hurto. La «ajenidad» en este caso debe ser entendida como falta de «legitimación» para disponer de las cosas poseídas en común sin el permiso de la otra parte.

La tipicidad se delimita negativamente con un requisito que afecta a la antijuricidad: «sin la voluntad de su dueño». El consentimiento, fáctico o presunto, actúa normalmente como *causa de justificación*, pero en este caso puede considerarse ya directamente como una causa de exclusión de la tipicidad (en este sentido, también García Arán, pp. 116 ss.). Normalmente, en caso de conflicto entre la voluntad del poseedor y la del propietario, este último es de mejor derecho, salvo que la posesión tenga una protección específica autónoma incluso frente al propietario (cfr. art. 236), o que la apariencia de la posesión permita suponer que el sujeto que consiente tiene legitimación para ello (en este sentido QUINTERO, Comentarios, p. 1091; matizando el concepto de «apariencia»: GARCÍA ARÁN, p. 119). El consentimiento del menor o incapacitado es irrelevante y existe, por tanto, hurto. Si el consentimiento está viciado por el engaño existe estafa.

La acción consiste en apropiarse, es decir, en «tomar» las cosas muebles ajenas, como gráficamente dice el art. 234. Los medios empleados para ello pueden ser los más diversos. Pero la acción debe estar caracterizada de un modo negativo, para diferenciar el hurto del robo, es decir, debe realizarse «sin fuerza en las cosas y sin violencia o intimidación en las personas». Esto, que no se dice ahora expresamente en la definición que el art. 234 da del hurto, se deduce de una interpretación sistemática con el delito de robo, donde sí se exige que el delito se realice valiéndose el sujeto de alguno de estos medios (véase *infra*). El resultado de la acción es la apropiación de las cosas. El hurto es un delito de resultado, ya que hace falta el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de una cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo.

Tipo subjetivo

El «ánimo de lucro» al que se refiere el art. 234 se entiende como la intención de apropiarse de la cosa, en beneficio del sujeto activo o

de un tercero. El simple hurto de uso no es típico y, por lo tanto, todo lo más puede dar lugar a un ilícito civil, salvo que recaiga en un vehículo de motor (cfr. art. 244 e *infra* capítulo XVIII).

Naturalmente, el «ánimo de lucro», ampliamente interpretado, incluye cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial que el sujeto se proponga conseguir mediante el apoderamiento de alguna cosa mueble ajena. Pero esta interpretación impediría excluir del delito de hurto el hurto de uso e incluso el delito de daños cuando se realizara para conseguir alguna ventaja patrimonial. Ciertamente el que usa indebidamente un apero de labranza ajeno, se lucra, entre otras cosas, porque se ahorra comprarlo, pero la conducta no puede equipararse, ni estructural ni cualitativamente, a la de quien se apropia, a título de dueño y con ánimo de hacerlo suyo, de tal objeto. Si no se procede a una interpretación restrictiva del ánimo de lucro, se ampliará excesivamente el delito de hurto y se puede llegar a castigar la utilización de una cosa como hurto en función del valor de uso y no del valor de la cosa misma, aunque el derecho de propiedad o la posesión no hayan sido verdaderamente afectados (cfr. STS 4 octubre 1976 y comentario a la misma de RODRÍGUEZ RAMOS, 1977, p. 139).

Cosa distinta es el problema de prueba de la existencia del ánimo de apropiación y su diferenciación con el simple ánimo de uso, que la jurisprudencia resuelve, como todos los problemas de prueba de elementos subjetivos, recurriendo a pruebas indirectas y estableciendo unas presunciones «*in re tantum*», que han sido justamente criticadas por la doctrina (cfr. VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 1136; Bajo II, p. 84; y GARCÍA ARÁN, p. 137, para quien «el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro en aquellos casos en que se realizan derechos de crédito, pero no en supuestos de deudas no exigibles», y siempre que no se emplee para ello violencia, intimidación o fuerza en las cosas, en cuyo caso se dará el delito previsto en el art. 455, cfr. *infra* capítulo XI).

Consumación

La vaga denominación usada por nuestro legislador para caracterizar la acción: «tomar», hace que sea a veces muy difícil precisar el momento consumativo del hurto. Se enfrentan sobre esto dos tesis extremas: la de máximo rigor, que se satisface con la mera *contactatio*: el tocar la cosa consuma ya el delito, y la opuesta, que requiere la *illatio*, el efectivo dominio sobre la cosa. Una tercera tesis intermedia requiere la *disponibilidad* de la cosa por el agente como requisito mínimo para decir que el delito se ha consumado. Esta última tesis es la más aceptada por nuestra jurisprudencia, sobre todo cuando se refiere a la persecución del ladrón. La jurisprudencia dominante se inclina por castigar por hurto consumado si la persecución tiene lugar después de descubrir el hurto, es decir, cuando el agente pudo hipotéticamente disponer de lo sustraído, y como intentado cuando se

inicia la persecución desde el momento del apoderamiento (STS 15 enero 1975). De acuerdo con esta teoría puede decirse que el no llegar a tocar la cosa, o el apoderamiento material sin disponibilidad, por sorprendente *in fraganti* o seguido de persecución ininterrumpida, constituyen tentativa; y la disponibilidad, aunque momentánea, consumación. Para la consumación no se requiere en ningún momento que el sujeto activo llegue efectivamente a lucrarse con la cosa hurtada.

También cabe la tentativa cuando, por ejemplo, en contra de las esperanzas del sujeto activo no existe objeto material (la cartera está vacía), o lo sustraído carece de valor económico (título-valor caducado).

Interesante es el problema de la calificación que debe darse a la sustracción del billete de lotería antes del sorteo. La jurisprudencia y la doctrina dominante califican el hurto por el valor del billete en sí, si éste después no obtuvo premio, y por el de la cuantía del premio si resultó posteriormente premiado. El procedimiento, como dicen VIVES/ GONZÁLEZ/ CUSAC (en VIVES, Comentarios, p. 1133), resulta contradictorio. Pero tampoco creo que pueda plantearse el premio como una cuestión que sólo afecte a la responsabilidad civil, pues aunque no cabe duda de que la *expectativa del premio* no es un derecho patrimonial del que quede desposeído el poseedor legítimo del billete, esa expectativa al convertirse en realidad determina el lucro a través del cobro del premio por parte del ladrón. Lo que era, pues, un delito menos grave (o una falta) se transforma en un delito más grave. La solución teórica más correcta sería, por tanto, aceptar el concurso real entre el hurto por la cuantía del importe del billete antes del premio y el hurto por la cuantía del premio una vez cobrado, o un tentativa del mismo si no llega a cobrarse (por ej., porque es detenido justo en el momento del cobro); pero en la práctica es comprensible que se castigue sólo por el importe del premio, dada la escasa cuantía que normalmente tiene el billete de lotería en sí, si no llega a ser premiado.

Autoría y participación

Autor en sentido estricto es el que realiza la acción típica de «to-mar» la cosa mueble ajena. Cabe la *autoría mediata* a través de un instrumento no doloso, valiéndose, por ejemplo, de un tercero que nada sabe, que entrega la cosa al sujeto activo creyendo que éste es su dueño. Los casos en que el autor se vale de inimputables, por ejemplo, menores de edad, pueden construirse a veces como *inducción*. El Tribunal Supremo, manteniendo una teoría muy criticada, considera que son (co)autores todos aquéllos que puestos de *acuerdo previamente* participan en el hurto, independientemente de cuál sea su contribución material al hecho (vigilante, auxiliador, etc., véanse SSTs 14

febrero, 22 marzo, y 5 mayo 1975, 11 octubre 1985), pero aunque sea posible en estos casos calificar la intervención no ejecutiva como cooperación necesaria, el problema que se plantea en la práctica es la distinción entre ésta y la complicidad, que, en todo caso, se castiga con la pena inferior en grado, no existiendo en esta materia unos criterios de distinción seguros, lo que se traduce en una jurisprudencia contradictoria muy vinculada a las particularidades del caso concreto

Concurso

La pluralidad de sustracciones realizadas en diverso tiempo y lugar debe estimarse como un concurso real de delitos. Sin embargo, en aquellos casos en los que es difícil individualizar las sustracciones, no constando la cuantía de cada una de ellas y siendo único el propósito que animaba al sujeto activo, la jurisprudencia aplica la tesis del *delito continuado*, considerando las diversas sustracciones como un solo delito y castigando por la cuantía global de lo sustraído, conforme a lo dispuesto en el art. 74.

La pena y su determinación

La reforma de 1983 supuso una considerable modificación del sistema de determinación de la pena del hurto en el anterior Código penal. En primer lugar, suprimió los denominados «hurto impropios». Así, el «hurto de hallazgo» fue reconducido a la apropiación indebida, y el hurto de las cosas objeto de un delito de daños se dejó a las reglas del concurso de delitos (véase 5ª ed., p. 195).

Igualmente, suprimió los hurtos cualificados (sacrilego, doméstico y con abuso de confianza) y, sobre todo, sustituyó el sistema de cuantías como base del establecimiento de los marcos penales por la consideración de determinadas circunstancias agravantes específicas.

En el actual sistema la única cuantía fija del valor de lo sustraído que conserva su relevancia es la de 50.000 pesetas, por la que se establece la distinción entre el delito y la falta de hurto (cfr. arts. 234 y 623.1), sistema que parece recomendable para evitar la inseguridad jurídica en una distinción con consecuencias procesales tan importantes como ésta.

El art. 234 establece la pena de prisión de seis a dieciocho meses para el tipo básico del delito de hurto, pero si concurre cualquiera de las circunstancias del art. 235 se aplicará la pena de prisión de uno a tres años.

El sistema de circunstancias agravantes específicas ha planteado la cuestión de si deben ser tratadas como simples factores de determina-

ción de la pena y, por tanto, sometidas al régimen general fijado en el artículo 66 o si, por el contrario, conforman subtipos agravados con su correspondiente marco penal autónomo sobre el que operan las reglas generales de determinación de la pena.

Entiendo que la concurrencia de las circunstancias en el tipo básico conforma distintos *tipos cualificados* con su correspondiente marco penal. En ellos, como dicen VIVES/ GONZÁLEZ CUSAC (en VIVES, Comentarios, p. 1146), se matiza el contenido del injusto del hurto en función de su especial gravedad atendiendo al objeto del delito o a la situación de la víctima. A ello hay que añadir que el actual sistema de hurtos cualificados por circunstancias específicas se establece para sustituir, como se ha dicho, el viejo sistema de determinación por el valor de lo sustraído en el que, sin lugar a dudas, las cuantías determinaban diferentes marcos penales sobre los que operar en la determinación concreta de la pena. La jurisprudencia se inclina también por la consideración de subtipos agravados (con esta terminología STS 8 agosto 1986).

Las principales consecuencias que ello acarrea pueden sintetizarse, de acuerdo con GARCÍA ARÁN (pp. 152 ss.) en la siguiente forma:

1º. Las circunstancias del art. 235 deben ser abarcadas por el dolo, de modo que sólo pueden imputarse a quienes las conocían y querían. Si ello no es así (por ejemplo, se desconoce la grave situación en que se deja a la víctima) se responderá sólo por el delito básico, siempre que, naturalmente, se reúnan todos sus requisitos (art. 14,2).

2º. La determinación cualitativa de la pena en los casos de tentativa (art. 62) y de complicidad (art. 63) se llevará a cabo a partir del marco penal de las cualificaciones del artículo 235.

3º. Las circunstancias específicas del artículo 235, al utilizarse para decidir el marco penal agravado, no son compensables con las circunstancias atenuantes genéricas que eventualmente concurren.

4º. Cuando concorra más de una de las cualificaciones, sólo una de ellas se elige para apreciar el tipo cualificado y las otras pasan, si procede, a computarse como agravantes genéricas. En este caso, las circunstancias agravantes se ven sometidas al régimen del artículo 65 en cuanto a su comunicabilidad a los partícipes, es decir, si son objetivas (art. 235,1,2,3 y primer inciso de la 4) se comunican a los partícipes que las conozcan y, si son subjetivas (art. 235,4: abuso de las circunstancias personales de la víctima), sólo afectan a aquéllos en quienes concurren (SSTS 29 marzo 1985 y 10 diciembre 1986; en este sentido también GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 581, aunque considera

que éste es el régimen aplicable también cuando se aplican directamente los tipos cualificados; sin embargo, SUÁREZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 683, mantiene que las restantes cualificaciones no pueden ser estimadas como agravantes genéricas. El problema, en verdad, sólo se plantea, como indica GARCÍA ARÁN, p. 169, en relación con la circunstancia de abuso de las circunstancias personales de la víctima, que coincide con la de abuso de superioridad del art. 22,2, que es la única que puede cumplir esa doble función). En todo caso, estas cualificaciones sólo son aplicables a los hurtos de cuantía superior a 50.000 pesetas que, por ello, constituyen delito. La falta de hurto tiene asignada una pena de arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo su propio régimen de determinación de la pena (art. 623).

Las circunstancias del artículo 235 en concreto

En términos generales cabe señalar que, desde la reforma de 1983, en la determinación de la pena correspondiente al delito de hurto se procura tener en cuenta el desvalor objetivo incluyendo supuestos en los que, por ejemplo, la propiedad lesionada tiene especial protección (art. 235,1) o se incrementa el injusto, entendido como afectación al bien jurídico, por consideración a la situación económica de la víctima (art. 235,4). Sin embargo, esta beneficiosa superación del taxativo sistema anterior se ha realizado a costa de la introducción de elementos valorativos que provocan algunos problemas interpretativos y amplían considerablemente el arbitrio judicial.

En todo caso, pese a que el artículo 235 sólo incluye cuatro apartados, en algunos de ellos se contiene más de una situación cualificante y, habida cuenta de que basta una de ellas para elevar la pena, hay que aceptar que el cumplimiento de dos incisos de un mismo apartado de este artículo puede suponer la concurrencia de dos circunstancias, una de ellas para determinar la cualificación y la otra a computar conforme al art. 66,3º como circunstancias agravante genérica (por ejemplo, colocar a la víctima en grave situación económica y actuar con abuso de las circunstancias personales de la víctima, incluidas en el apartado 4).

1º) Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico

El artículo 46 de la Constitución estableció la obligatoriedad de que los poderes públicos garantizaran la conservación del patrimonio

«histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». Asimismo, y como mandato de política legislativa, ordenó la sanción penal de los atentados contra este patrimonio.

En la doctrina se discute si el valor histórico, cultural o artístico es un concepto normativo pendiente de valoración o, por el contrario, un concepto normativo ya valorado con arreglo a lo dispuesto en la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, reduciéndolo a los bienes declarados de interés cultural y, por ello, inventariados.

En mi opinión, si la cualificación que ahora analizamos es un desarrollo del artículo 46 de la Constitución, afecta a todos los bienes integrantes de tal patrimonio, como ese mismo precepto establece, «cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». Que para dotar de contenido a tal concepto haya que acudir a la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 no obliga a reducirlo a los bienes inventariados, puesto que esa misma Ley establece en su artículo 1 que sólo deberán serlo los más relevantes (en el mismo sentido, SALINERO ALONSO, 1997, pp. 53 ss.).

2º) Cosas destinadas al servicio público o de primera necesidad

El hurto de las cosas destinadas al servicio público sólo se cualifica si produce un grave quebranto del servicio, y el de cosas de primera necesidad, si produce desabastecimiento, conceptos de notable inconcreción cuya inclusión sólo puede entenderse con la finalidad de limitar el alcance de la cualificación a los casos de mayor lesividad. Sin embargo, es realmente difícil imaginar que mediante un hurto se produzca una situación de desabastecimiento. La doctrina reserva la cualificación de hurto de cosas destinadas al servicio público a los servicios prestados por la Administración (PÉREZ ALONSO, p. 391; y SORIANO SORIANO, p. 130).

3º) Especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o a la producción de perjuicios de especial consideración

El abandono del sistema de cuantías no hizo olvidar, lógicamente, la distinta gravedad de los hurtos según el valor económico de los efectos sustraídos, dato al que se refiere esta circunstancia en su primer inciso, ofreciendo un terreno propicio al arbitrio judicial. De ahí que sea la

jurisprudencia la que viene fijando desde 1983 las cuantías a partir de las cuales se estima esta circunstancia cualificadora (cfr. STS 27 enero 1987). En todo caso, es saludable que esta jurisprudencia fije las cantidades en términos aproximados y con ello eluda que, por la vía del automatismo jurisprudencial, se regrese al superado sistema de cuantías.

La referencia a los «perjuicios de especial consideración» como factor agravante del desvalor del resultado en estos delitos resulta contradictoria si se tiene en cuenta que el concepto de perjuicio, diferenciado del valor tasado del objeto del delito, es algo tradicionalmente perteneciente a la responsabilidad civil. El hecho de que en esta circunstancia se diferencie entre el perjuicio producido y el valor del efecto sustraído obliga a considerar al primero como un concepto más amplio que el segundo, incluso de otras lesiones patrimoniales no constitutivas de delito distinto y evaluables económicamente.

Puesto que el fundamento de la agravación radica en el incremento de la afectación al patrimonio, debe mantenerse respecto a este último el mismo concepto que en los restantes delitos del Título (por ejemplo, en la estafa) y por ello, extraer del perjuicio ocasionado el lucro cesante (en este sentido, GARCÍA ARÁN, p. 160). Tanto éste, como los posibles perjuicios morales, deben seguir siendo considerados como objeto de indemnización a evaluar en la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito.

4º) Grave situación económica de la víctima o de su familia o abuso de las circunstancias personales de la víctima

La consideración de la situación económica de la víctima para graduar la entidad del ataque a su patrimonio constituye un criterio material de valoración del bien jurídico y su afectación, que se aleja de la consideración de la propiedad o posesión como un valor absoluto, frente al que todos se encuentran en la misma posición, contemplándola en relación a la situación económica de su titular. Tal estimación de un bien jurídico como éste, atendiendo a las circunstancias del sujeto pasivo, debe ser saludada como beneficiosa.

En similar línea de consideración de la víctima se encuentra el segundo inciso de este apartado 4 del art. 235: la realización del hurto con abuso de las circunstancias personales de la víctima. Para interpretarlo hay que acudir al abuso de superioridad que menciona el art. 22,2ª como circunstancia agravante genérica, que si bien no coincide exactamente con esta cualificación del hurto, se refiere a situaciones

similares de desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo, así como el aprovechamiento consciente por parte de aquél de esa situación o abuso de la misma (STS 26 septiembre 1986).

En el abuso de superioridad no es necesario interponer medios positivos que debiliten la defensa, sino que basta con aprovechar la posición de inferioridad de la víctima (por ej., minusvalía, ceguera, etc.); lo cual, en materia de circunstancias genéricas, sirve para la distinción respecto a la alevosía y, en este delito, ofrece un criterio para marcar la frontera respecto a la intimidación, en la que se utilizan medios expresos de coacción de la libertad que convierten la conducta en un delito de robo (QUINTERO, Comentarios, p. 1097; y BAYO II, p. 94).

Asimismo, esta interpretación de la cualificación del hurto permite incluir en ella situaciones en las que, mediante amenazas no constitutivas de intimidación, se crea una situación de inferioridad psicológica de la víctima de la que el autor se aprovecha para la comisión del delito (véase *infra* capítulo XVIII).

Circunstancias modificativas genéricas

Además de las cualificaciones previstas en el art. 235, cabe apreciar las *circunstancias modificativas* siguientes:

Entre las circunstancias modificativas *atenuantes* deben tenerse en cuenta la de arrepentimiento espontáneo (art. 21,4^ª) y la del reparación de daño (art. 21,5^ª). Las situaciones de necesidad, hambre o frío, pueden dar lugar a que funcione el estado de necesidad como eximente completa o incompleta (hurto familiar). El error de prohibición venible, por ejemplo, creencia infundada en que se está legitimado para disponer de las cosas poseídas en común, atenúa la culpabilidad conforme al art. 14,3.

Entre las *agravantes* cabe apreciar el aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo. La agravante de abuso de confianza (art. 22,6) es también aplicable al delito de hurto cuando se dan las relaciones personales de convivencia, amistad, etc., que fundamentan su aplicación.

El «furtum possessionis»

Como ya antes se ha dicho, el art. 236 castiga con multa de tres a doce meses al que, «siendo dueño de una cosa mueble o actuando con

el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de cincuenta mil pesetas». Un precepto similar se encontraba en el anterior Código penal situado entre las estafas, pero ya la doctrina había destacado su íntima relación con el delito de hurto, en cuyo Capítulo venía siendo incluido desde el Proyecto de 1980 (véase 9^ª ed., pp. 257 y 311). Sin embargo, frente al hurto propio tiene la particularidad de que el sujeto activo es el dueño de la cosa mueble (o alguien que actúa con su consentimiento, bien como mero instrumento doloso no cualificado, bien como autor del delito del art. 236). Ello demuestra que el bien jurídico protegido no puede ser la propiedad, sino la posesión legítima del que tiene la cosa mueble (normalmente el acreedor prendario, usufructuario, depositario judicial, etc.).

La acción consiste en sustraer, pero no en recibir la cosa con engaño, porque entonces habría estafa (cfr., sin embargo, STS 30 mayo 1871, que castigó por este delito a la propietaria que obtuvo la cosa dada en prenda simulando que había perdido la papeleta de empeño y había pagado ya su deuda). Tampoco es sustracción el encontrarse con la cosa (en contra CANDI, p. 405). Si para la sustracción se emplea fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, sigue existiendo este delito y no el de robo, ya que no existe entre los robos un tipo delictivo similar a éste, sin perjuicio del concurso a que pueda dar lugar el uso de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación cuando sean constitutivos de otros delitos (allanamiento de morada, daños, coacciones, amenazas, lesiones, etc.).

El resultado es el perjuicio del legítimo poseedor o de un tercero, pero la cualificación del hecho depende del valor de la cosa sustraida, constituyendo delito si excede de 50.000 pesetas y falta (art. 623,2) si no llega a esa cantidad.

ROBO

El robo ostenta en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos, una extensión desmesurada. La duplicidad entre robo con fuerza en las personas y robo con fuerza en las cosas es la que informa el art. 237:

«Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las

cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas».

El propósito del legislador es, en principio, castigar más gravemente el robo con violencia o intimidación en las personas que el robo con fuerza en las cosas (cfr. arts. 240 y 242), y éste a su vez más gravemente que el hurto; sin embargo, el robo con fuerza en las cosas con la agravante de casa habitada (art. 241) puede castigarse con igual pena e incluso con mayor pena que algunos supuestos de robo con violencia o intimidación (cfr. art. 242.3). Y los hurtos agravados con igual pena que el robo con fuerza en las cosas (cfr. arts. 235 y 240), aunque en los casos en los que concurran en un robo circunstancias agravantes del hurto, el robo se convierte también en un hurto (cfr. art. 241). Sin embargo, en un robo con violencia o intimidación las circunstancias agravantes del hurto o la de casa habitada del robo con fuerza en las cosas no podrán apreciarse, salvo que entren por la vía de las circunstancias agravantes genéricas o por el correspondiente concurso con el delito de allanamiento de morada (sobre la regulación anterior véase 9ª ed., pp. 247 ss.; sobre la configuración del robo en el Derecho histórico y comparado, MARTA Y MARTÍN, 1995, pp. 31 ss.).

Elementos comunes con el hurto

El bien jurídico protegido tanto en el hurto como en los robos es la posesión (e indirectamente la propiedad) sobre los bienes muebles (en este sentido, también DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 32). El objeto material es la cosa mueble ajena y se exige también el elemento subjetivo del ánimo de lucro. También en la acción hay elementos comunes, el verbo usado por el legislador al definir el robo no es en esencia diferente al empleado en el hurto: apoderarse-tomar. La diferencia con el hurto estriba en el medio empleado para dicho apoderamiento, pues el hurto se construye precisamente con la no concurrencia de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas.

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Ya hemos visto que en el art. 237 se da una definición de robo con fuerza en las cosas y de robo con fuerza en las personas. Pero es en otros artículos donde hay que buscar los tipos de ambas categorías.

Por lo que se refiere al robo con fuerza en las cosas dice el artículo 238: «Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1º Escalamiento.

- 2º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.
- 3º Fractura de armarios, arcaes u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.
- 4º Uso de llaves falsas.
- 5º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda».

Como se desprende del texto del art. 238, el concepto gramatical de fuerza en las cosas no coincide con el jurídico. No todo empleo de fuerza en las cosas es robo, sino sólo el empleo de alguna de las circunstancias allí señaladas que *concurra en la ejecución del hecho*. Es necesario, por tanto, que se empleen como medios para la sustracción de la cosa mueble (una excepción a este principio se encuentra en el art. 238.3ª, véase *infra*).

La frecuencia estadística de comisión de este delito ha provocado una abundante jurisprudencia sobre el mismo que debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar los puntos más conflictivos de la normativa vigente, aunque esta jurisprudencia, por lo demás bastante reiterada, motivada más por razones político-criminales que dogmáticas, ha llegado a conclusiones dudosamente compatibles con el tenor literal posible de los términos legales. En el fondo de esta orientación jurisprudencial está la relativa mayor gravedad del robo con fuerza en las cosas frente al hurto, incluyendo en aquél los casos de apoderamiento más graves, que despiertan mayor alarma social (prevención general) o reflejan una especial habilidad del delincuente (prevención especial), aunque sea a costa de extender en demasía las circunstancias del art. 238. La doctrina más reciente (MARTA Y MARTÍN, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DE VICENTE MARTÍNEZ) se inclina, en cambio, por una interpretación restrictiva de las mismas (véase *infra*).

Estudio de las distintas circunstancias recogidas en el art. 238

1ª) Escalamiento

No contiene el Código vigente una definición de lo que ha de entenderse por tal. En el Código de 1932 se daba una que, en principio, debe considerarse vigente como criterio interpretativo: «La entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto». En la jurisprudencia, por las razones ya dichas anteriormente, se le ha dado un significado más amplio, al entender que la entrada a través de los barrotes de una verja o de una ventana abierta situada a ras del suelo constituye escalamiento (cfr., sin embargo, STS 20 marzo 1990). En la doctrina tradicional, RODRÍGUEZ DE VESA (p. 453) se mos-

traba partidario de esta extensión, al estimar como robo con escalo el apoderamiento de bombillas del alumbrado público. Contra una tan amplia interpretación previno ya, con razón, QUINTANO (II, p. 529), exigiendo, por lo menos, un acceso personal ilícito al lugar donde se hallan las cosas objeto de la sustracción. Así, por ejemplo, consideraba este autor que no había robo sino hurto en la sustracción de prendas o jamonés con una cuerda o palo desde fuera del lugar donde se hallan. Esta interpretación parece más acorde no sólo con el sentido gramatical de la palabra escalamiento, sino con el sentido político-criminal que tiene esta agravación que no puede ser otro, como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989, pp. 279 ss.), que un mayor contenido de injusto derivado de un mayor desvalor de la acción que vulnera las barreras defensivas de la propiedad. De todos modos, es irrelevante el lugar por donde se penetre en el local (huecos, ventanas, chimeneas) y el medio utilizado (escalera, cuerda, escalando, etc.). El escalamiento ha de constituir un medio para la sustracción, de tal modo que si se utiliza para salir después de sustraer la cosa no cabe hablar de robo con escalo; así se desprende además de la propia definición del art. 237, que habla de empleo de fuerza en las cosas «para acceder al lugar donde éstas se encuentran» (cfr. SSTS 19 diciembre 1974 y 23 mayo 1987; MATA Y MARTÍN, 1995, p. 259; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 55).

2º) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Se trata de la llamada «fractura exterior» y, al igual que en el escalamiento, se requiere un *acceso* al interior de un lugar. Es indiferente que se trate de un edificio o de cualquier otro lugar cerrado (STS 15 abril 1957; vagón de ferrocarril; 21 mayo 1975: automóvil cerrado. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1997, p. 92). Por fractura de puerta debe entenderse también la de la cerradura por frágil que ésta sea (SSTS 17 noviembre 1904 y 17 noviembre 1982) o la de cristales (STS 14 abril 1975; luna de un escaparate). En todo caso, igual que decíamos en relación con el escalamiento, es fundamental que la fractura sea el medio para la sustracción, por lo que no puede apreciarse cuando se utiliza para salir del lugar del robo (QUINTANO II, pp. 507 ss.). Los daños producidos se subsumen en el delito de robo, formando un delito complejo. Si la finalidad de la fractura de, por ejemplo, una puerta no es la de entrar en el local, sino la de apoderarse de ella, el hecho cometido no es robo, sino hurto.

3º) Fractura de muebles, objetos cerrados o sus cerraduras, o descubrimiento de claves

Es la llamada «fractura interna» (QUINTANO II, pp. 509 ss.). Se supone en esta circunstancia que se ha entrado en el sitio donde se encuentran los objetos normalmente y que lo que se violenta es sólo la cosa mueble u objeto (armario, arca, etc.) en los que se hallan las cosas que el sujeto activo pretende sustraer. La apertura de sobres lacrados o precintados, si no requiere el empleo de fuerza, constituye hurto, siempre que, como se decía en la vieja STS 2 marzo 1888, sea el medio idóneo y único para apoderarse de su contenido. Lo decisivo es el apoderamiento del contenido de los muebles u objetos fracturados por medios que no sean los normales. En el caso de forzamiento de cerraduras se incluye también el «descubrimiento de las claves» de las mismas, es decir, la apertura de los mecanismos de seguridad, sin forzamiento, sino obteniendo los números o códigos.

El último inciso de esta circunstancia: «para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo», recoge un supuesto de hurto que por motivos político-criminales ha sido asimilado por el legislador al robo con fuerza en las cosas (crímicamente, MATA Y MARTÍN, 1995, pp. 293 ss.). De todas formas, el forzamiento de dichos objetos debe llevarse a cabo para sustraer su contenido, lo que constituye un elemento subjetivo del injusto que justifica que aun cuando el apoderamiento del contenido no se lleve a cabo en el lugar del robo, sino posteriormente en otro sitio, exista ya una tentativa del delito de robo con la sustracción del objeto a forzar, y no de hurto. El delito de robo se consumará, pues, en el momento en que el sujeto puede disponer del contenido (en este sentido GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 603; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 62).

4º) Uso de llaves falsas

En el art. 239 se define lo que hay que entender por llave falsa:

«Se considerarán llaves falsas:

1º Las gonzanas u otros instrumentos análogos.

2º Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3º Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se consideraran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia».

Como se deduce de esta definición, el concepto de llave falsa es funcional, bastando con que se utilice algún instrumento que sirva para abrir un cierre mecánico y que el que la usa no esté autorizado por el propietario para ello. La llave falsa se distingue de otros medios citados en el art. 238 en que no llega a romper el mecanismo de cierre. Entre las llaves falsas se cuentan las sustraídas, las extraviadas por su propietario y las indebidamente retenidas (cfr. STS 27 junio 1997, citada por DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 67). En los casos en los que las llaves se poseen legítimamente con autorización del dueño y se utilizan para apoderarse de dinero u otros objetos no se comete robo, sino hurto; si hay disponibilidad de la llave y de los objetos, puede existir apropiación indebida (QUINTANO II, p. 550; STS 26 diciembre 1974). La jurisprudencia rechaza la calificación de robo cuando la llave se halla en lugar visible y prácticamente a disposición de quien la toma (SSTS 3 marzo 1987 y 22 diciembre 1997).

La obtención de una clave numérica se equipara en el art. 238.3º al forzamiento de las cerraduras; pero las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia se consideran en el párrafo último del art. 239 llaves y, por tanto, su utilización habrá que calificarla de robo con fuerza en las cosas y no de estarla: así, por ej., el acceso a los cajeros automáticos utilizando un cartón plastificado (sobre la situación anterior al Código penal de 1995, cfr. ROMERO CASABONA, pp. 123 ss.; así como los trabajos de BACIGALUPO ZAPATER, CONDE PUMPIDO, y GIL MARTÍNEZ, en VARIOS: DE LA MAYA BARRANCO, 1989; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1985/1986, y SORIANO SORIANO). Estas circunstancias no deben ser aplicadas, sin embargo, cuando el sujeto tenga disponibilidad de la clave o de la tarjeta, debiendo estimarse en este caso hurto y no robo.

5º) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

La necesidad de cubrir lagunas de punibilidad que podrían derivarse para algunos casos merecedores de la calificación de robo, pero no subsumibles en los supuestos anteriores, ha hecho incluir expresamente este supuesto en el Código penal de 1995, que materialmente apenas se diferencia de los supuestos de «fractura» o de uso de llaves falsas. En realidad, se trata igual que en ellos de acceder a la posesión de alguna cosa mueble custodiada con sistemas específicos de alarma, inutilizando dichos sistemas. Lo mismo puede ser la alarma de un vehículo de motor, que la utilizada para custodiar los cuadros de un

museo o bloquear las puertas de algún edificio, que los sistemas electrónicos de detección, video-puertas, etc.; no así los llamados *offendicula* (trampas, armas que se disparan automáticamente al entrar el ladrón, vallas electrificadas, perros adiestrados, etc.), en cuanto suponen una defensa activa de la propiedad incidiendo sobre el sujeto que va a cometer el robo. Echar a unos perros guardianes un somnífero no entraría, por tanto, en este apartado, ni tampoco en los anteriores, aunque el hecho podría constituir robo si, por ejemplo, para entrar en el lugar cerrado hace falta además escalar, forzar la cerradura, etc. (cfr. MATA y MARTÍN, 1995, p. 276). La circunstancia 5ª queda, por tanto, reducida a los sistemas de alarma estáticos, que no agreden la integridad de los que pretenden sobrepasarlos. Su inutilización equivale al rompimiento, fractura o forzamiento de otros sistemas de custodia más tradicionales, como las puertas, los armarios o las cerraduras.

La Consulta núm. 13/1997, de 14 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, considera que la eliminación de un dispositivo de alarma incorporado a un objeto para que suene al pasar por el control, no se realiza realmente para conseguir la sustracción del objeto, sino para evitar su descubrimiento, por lo que no debe calificarse de robo, sino de hurto (véase DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 75).

Formas imperfectas de ejecución

Respecto a la consumación en el robo con fuerza en las cosas, la jurisprudencia aplica la tesis mantenida en el hurto propio. Habrá tentativa cuando no se logra coger o asir las cosas muebles ajenas, a pesar de tender la conducta exteriormente a tal finalidad, o cuando hay un apoderamiento efectivo pero sin disponibilidad material de los objetos; habrá consumación cuando hay aprehensión, posesión y posibilidad de disposición, aunque sea potencial (SSTS 15 noviembre y 18 diciembre 1972, 10 mayo 1973, 20 enero 1975, 13 junio 1985, 4 marzo 1987 y 10 octubre 1997; DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, pp. 84 ss.).

Participación

En esta materia el Tribunal Supremo venía aplicando desde hace tiempo una doctrina según la cual todos los intervinientes en un delito de robo responden como coautores del robo si hubo *concierto previo*, aunque no intervinieran después en la ejecución del robo. Más recién-

temente ha abandonado esta postura y la ha sustituido por la del *delimitio funcional* de cada uno de los intervinientes en el hecho (cfr. STS 7 noviembre 1997). Ciertamente, esta postura se adapta mejor a las particularidades del robo realizado por una banda en la que cada uno de sus miembros realiza una parte del plan previamente diseñado, aunque algunos de ellos no realicen actos ejecutivos ni de la sustracción en sí misma, ni de ninguna de las circunstancias cualificadoras del robo y se limiten a tareas de vigilancia o transporte. A pesar de ello se califica muchas veces la conducta del que vigila, mientras otros realizan el hecho, como complicidad, atendiéndose a la contribución material de cada cual (véanse SSTS 15 octubre 1974 y 8 marzo 1975). Cuando se emplean vehículos móviles para facilitar la huida, la conducta del conductor se suele calificar de cooperación necesaria (STS 12 mayo 1986).

Como dispone el art. 269 en el delito de robo son punibles la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir.

Concurso

El delito de robo con fuerza en las cosas subsume normalmente el de daños y el allanamiento de morada (concurriendo en este último caso la agravación específica de casa habitada del art. 241); pero si, por ejemplo, se desiste voluntariamente de cometer el robo una vez que se han consumado los daños o el allanamiento de morada, se puede castigar por estos delitos, destruyéndose el complejo (*tentativa cualificada*). En los casos de pluralidad de sustracciones animada por el mismo propósito de lucro, el Tribunal Supremo ha estimado también en el robo con fuerza en las cosas la tesis del *delito continuado* (SSTS 12 mayo 1975 y 19 diciembre 1986).

Penas

En el sistema de punición del robo se prescinde del valor de la cosa sustraída, pues, a diferencia de lo que sucede en el hurto, no existe aquí la correspondiente falta, aunque sí puede tenerse en cuenta para apreciar el tipo cualificado del art. 235,3, al que se remite expresamente el art. 241. El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado, por tanto, conforme dispone el art. 240, con la pena de prisión de uno a tres años.

Cualificaciones

Al robo con fuerza en las cosas le son aplicables las *cualificaciones previstas en el art. 235* (véase *supra*: hurto), y además la específica de cometerse en casa habitada, edificio o local abiertos al público, en cuyo caso, según el art. 241,1, se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años.

Especial consideración de la cualificación de casa habitada, edificio o local abiertos al público, o de sus dependencias

El art. 241,2 da el siguiente concepto de casa habitada:

«Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Y en el apartado 3 del mismo artículo se dice: «Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física».

La intimidad domiciliaria es ya de por sí un bien jurídico cuya lesión constituye el delito de allanamiento de morada (cfr. *supra* capítulo X y arts. 202 ss.). Sin embargo, en relación con el robo con fuerza en las cosas y dado que entre las formas de realización del mismo está el acceso al lugar en que se encuentran las cosas, mediante escalamiento, fractura de puertas, etc., y que estando la casa «habitada» hay el peligro de que para consumir el apoderamiento se tenga que emplear violencia o intimidación con las personas que en ese momento habitan la casa, se considera que de ser cometido en casa habitada, éste debe ser castigado mucho más gravemente que el tipo básico, constituyendo ya de por sí un tipo cualificado.

El concepto de *casa habitada* coincide con el de morada, aunque el art. 241,2 no exige la actualidad en el uso de la misma en el momento en que se realice el robo. Este requisito no debe entenderse, sin embargo, de forma muy amplia, pues ello llevaría a aplicar la agravante incluso en casos de casas claramente deshabitadas. Problemáticos son a este respecto los chalets y residencias veraniegas fuera de temporada, que son casas vacías, pero potencialmente habitables en cualquier momento (finas de semana, domingos, etc.). La jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva en base a que el precepto habla

también de casa habitada, aunque «accidentalmente» se encuentren fuera los moradores, y ha considerado que en estos casos siempre es aplicable la agravante, dándole al concepto de casa habitada una extensión desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta que también se comprenden en él las dependencias de la misma (cfr. STS 8 mayo 1998). Ello desborda, a mi juicio, el sentido literal posible de este concepto y conduce a la analogía *in malam partem*. Lo verdaderamente grave es que las personas que habitan la casa se encuentren en ella en el momento del robo (por ej., durmiendo) o puedan venir o regresar en cualquier momento. De no ser así, todo lo más podría aplicarse la agravante genérica 2ª del art. 22 o el concurso con el delito de allanamiento de morada. Tampoco puede aplicarse esta cualificación si el sujeto tiene acceso a la casa, bien porque trabaja dentro de ella, bien porque ha sido encargado por el propietario para que riegue las plantas; recoja el correo, etc.; aunque, por supuesto, sí puede apreciarse en estos casos la agravante de abuso de confianza (cfr. art. 22,6ª; BORJA JIMÉNEZ; VIDAL ANDREU).

Por *edificio o local abiertos al público* debe entenderse el que estuviere dedicado a cualquier servicio oficial, civil o militar, del Estado, Comunidades Autónomas, provincia o municipio. La razón de la agravación radica en la mayor protección que requieren los edificios y lugares donde se ejercita la función pública (Ayuntamientos, Palacios de Justicia), aunque la jurisprudencia ha considerado también como tales aquéllos en los que se realizan funciones sociales importantes: colegios, estaciones, etc. Con la actual redacción pueden incluirse también en esta agravación los locales privados (por ej., un restaurante) mientras estén abiertos al público, lo que, desde luego, supone dar una amplitud desmesurada a esta agravación. El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia 16 junio 1997 ha puesto una interpretación, seguida por la jurisprudencia posterior, que restringe la aplicación de esta agravación a las horas de apertura (véanse los comentarios a esta sentencia de ROGÚES VALLÉS, pp. 449 ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, pp. 131 ss.).

Circunstancias modificativas genéricas

Respecto a las agravantes se discute si es aplicable al robo con fuerza en las cosas la agravante genérica de abuso de confianza. La jurisprudencia, a partir de la STS 22 junio 1964, se inclinó por la afirmativa, aunque precisamente el hecho de que se tenga que emplear

la fuerza en las cosas indica que no existe la relación de confianza que debe existir entre el propietario y el sujeto activo para fundamentar esa agravante (cfr. STS 13 noviembre 1974).

CAPÍTULO XVII

Robo con violencia o intimidación en las personas.

Extorsión

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BACIGALUPO ZAPATER, *¿Robo con intimidación violenta fingida?*, PJ 1987; BAJO FERNÁNDEZ, *Problemas concursales entre los delitos de robo, coacciones, amenazas conlictivas y realización arbitraria del propio derecho*, RDP 1976; BOIX REIG, *La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980; CLIMENT DURÁN, *Las jeringuillas como instrumento peligroso para cometer el delito de robo*, RGD 1991; CORTÉS CAMACHO, *La agravante por uso de armas en el delito complejo de robo*, AP 1995; CHIRINOS RIVERA, *El delito de robo con toma de rehenes*, PJ 1987; GALLEGO DÍAZ, *El art. 512 del Código penal*, ADP 1987; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966; GONZÁLEZ GARCÍA, *Asociación para cometer el delito de robo*, RGLJ 1947; LUZÓN PEÑA, *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales*, EPC 1986/1987; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *El delito de robo con homicidio*, Barcelona 1988; el mismo, *El delito de extorsión*, CPC 1991; MARTÍNEZ VAL, *El art. 512 del Código penal*, RCGD 1958; MONER MUÑOZ, *EL delito de robo con violación*, en *Delitos contra la propiedad*, CDJ 1995; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Presente y proyecto del delito de extorsión*, La Ley 1982; OLESA MUÑIDO, *La cuadrilla como unidad delincente*, ADP 1957; PAZ RUBIO, *Robo con toma de rehenes*, en *Delitos contra la propiedad*, CDJ 1995; RODRÍGUEZ DEVESA, *Contribución al estudio del robo con homicidio*, ADP 1958; RODRÍGUEZ RAMOS/LÓPEZ BARRIA, *El robo con toma de rehenes*, La Ley 1990; RUIZ ANTON, *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, en *Comentarios a la legislación penal V*, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Robo acompañado de lesiones (art. 501, párrs. 2.º, 3.º y 4.º)*, en *Comentarios a la legislación penal XIV*, vol. 2, Madrid 1992; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, Madrid 1993; SUÁREZ MONTES, *Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983*, La Ley 1983; TORIO LÓPEZ, *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, ADP 1970; el mismo, *La distinción legislativa entre aseninato y robo con homicidio*, EPC 1982/1983.
- Sobre el Código penal de 1995:* ALVAREZ GARCÍA, *Delitos concursales y delitos complejos: problemas concursales en el artículo 242*, La Ley 1997; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas*,

AP 1997; DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El delito de extorsión*, La Ley 1997; FERNÁNDEZ APARICIO, *Comentario al artículo 245, párrafo 2º del Código penal*, La Ley 1997; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta nº 10/1997, 29 de octubre, robos con violencia o intimidación perpetrados en morada*, AP 1997; MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, *Robo con violencia o intimidación. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación*, RMF 1997; MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código penal*, Barcelona 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, *Los nuevos delitos de robo*, La Ley 1996; SOTO NIETO, *Robo con violencia o intimidación. Facultad de reducción de la pena reconocida en el art. 242.3 del Código penal*, La Ley 1998.

ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

El robo con violencia o intimidación en las personas se sanciona en el art. 242, aunque se incluye en la definición general de robo que da el art. 237. En esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Además, de la posesión-propiedad contrada a los bienes muebles, con la realización de un robo con violencia o intimidación se pueden atacar bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida. Pero frente a la regulación tradicional que convertía todos los ataques a los diversos bienes jurídicos en un solo delito de robo con homicidio, robo con lesiones, robo con toma de rehenes e incluso de robo con violación, el nuevo Código penal opta por una configuración autónoma del robo con violencia o intimidación, sin perjuicio de que los delitos contra otros bienes jurídicos a que puede dar lugar la violencia sean castigados conforme a las reglas del concurso. Esto supone un «giro copernicano» de la regulación anterior, que iba fundamentalmente dirigida a una agravación de esta modalidad de robo frente a cualquier otro delito patrimonial o incluso contra la vida, a una visión más técnica de este tipo de delincuencia, que puede ser también correctamente configurada conforme a patrones más acordes con los principios básicos del Derecho penal, sin que por ello tenga que ser sancionada más levemente en relación con otros delitos menos graves y que inciden menos en el sentimiento de inseguridad ciudadana y alarma social que normalmente produce el robo con violencia o intimidación.

Esto no significa, sin embargo, que se haya simplificado la configuración típica de este delito hasta el punto de que pueda decirse que basta con la presencia de la violencia o intimidación para convertir el apoderamiento de una cosa mueble ajena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, pues igual que ya decíamos respecto al delito de robo con fuerza en las cosas, también en esta modalidad de robo es necesario que la violencia o intimidación concurra en la ejecución del hecho del apoderamiento como medio para la realización del mismo. Igual que en la redacción anterior, el robo con violencia o intimidación sigue siendo, por tanto, un delito complejo, es decir, un delito integrado por varias acciones que a su vez pueden constituir varios delitos, independientemente de que luego se castiguen por separado conforme a las reglas concursales, o de que sean absorbidos en la propia penalidad del robo por su inherencia al mismo y su escasa gravedad autónoma (en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, p. 4). En el robo con violencia o intimidación estos componentes deben estar tan indisolublemente vinculados con el apoderamiento que formen un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo.

La tesis del delito complejo fue rechazada ya para la regulación anterior por BAO (II, p. 55) y RUIZ ANTON (1985, p. 1056) en relación con el supuesto del robo con intimidación o con violencia sin resultados lesivos, entendiendo que este tipo sólo afectaba a la propiedad. Pienso, por el contrario, que también en este caso se afectan otros bienes jurídicos, ya que el empleo de violencia o intimidación, necesario en todo robo con violencia o intimidación en las personas, constituye por sí mismo por lo menos un delito de coacciones o amenazas, aunque, cuando no lleguen a producir ningún resultado lesivo, se castiguen dentro del delito de robo.

Lo más importante de este delito es, pues, en el ámbito subjetivo el «ánimo de lucro», es decir, el ánimo de enriquecimiento patrimonial, y lo accesorio, no en el sentido de menos importante, sino de instrumental para la consecución de dicho ánimo, la violencia o intimidación. De ahí que cuando lo principal sea la violencia o intimidación y posteriormente sobrevenga un apoderamiento (por ej., el sujeto después de haber agredido sexualmente o haber golpeado en el curso de una discusión a una mujer le quita el bolso), sea preferible la tesis del concurso entre dichos delitos y el de hurto, a la del robo con violencia. Si llegan a producirse las lesiones es cuando entran en juego las reglas del concurso que puede ser real o ideal-medial, según las particularidades que presente el caso concreto.

Tipo objetivo

En la medida en que el robo con violencia o intimidación es también un delito patrimonial consistente en un apoderamiento, es preciso que en él se dé una acción calificable como tal y que ésta recaiga sobre una cosa mueble ajena, elementos comunes, por tanto, con el hurto y con el robo con fuerza en las cosas, que ya han sido analizados en el capítulo anterior, al que nos remitimos. Sin embargo, en el tipo objetivo el elemento específico del robo con violencia o intimidación es, precisamente, la concurrencia de alguno de estos elementos como medio para conseguir ese apoderamiento. De ahí la especial importancia del estudio tanto de estos elementos, como de su relación específica con el apoderamiento.

Concepto de violencia y de intimidación

En el art. 237 se habla de violencia o intimidación, refiriéndose, en principio, a la clásica distinción entre *vis absoluta* y *vis compulsiva*.

La *violencia* puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o contra cualquier otra, aunque en este caso constituirá para el sujeto pasivo de la sustracción sólo intimidación. Por lo que respecta al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia para considerar el apoderamiento robo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar, etc. Casos como los de apoderamiento de un bolso por el procedimiento del «tirón» o el simple tirón aprovechándose del descuido de la víctima, deben calificarse como hurto, pero si además se forcejea con ella o se le propina un puñetazo, se le arranca del cuello una cadena, un pendiente insertado en el lóbulo, etc., el hecho se debe calificar como robo (SSTS 22 noviembre 1974, 5 octubre 1981, 15 enero 1982 y 16 diciembre 1986). De todas formas, la violencia ha de tener una cierta intensidad que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, debiendo ser distinta la intensidad requerida para quebrantar el ánimo de un niño o un anciano que para quebrantar el de otras personas.

La *intimidación* constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. En realidad, no es más que una amenaza encaminada a vicar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo, lo que obliga a una referencia al posible concurso con otras conductas tipificadas en el Código, sobre todo con las amenazas condicionales lucrativas del art. 169.1°. El criterio más acertado para su diferenciación es el de atender

al momento en que se exige la *entrega de la cosa*, ya que en las amenazas ésta es futura (por ej., «te mataré si mañana no me entregas 10.000 ptas.»), mientras que por el contrario en el robo se exige la entrega inmediata, por ejemplo, la clásica forma de «la bolsa o la vida». La *intimidación*, al igual que la violencia, ha de ser efectiva y con la *sufriciente* intensidad para doblegar, en el caso concreto, la voluntad del sujeto pasivo.

La intimidación, en principio, es puramente subjetiva, es decir, basta con que coaccione en el caso concreto a la persona y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo. La peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, y así puede ser intimidación el uso de pistolas de juguete o detonadoras. Aunque, desde luego, en estos casos no se puede aplicar la agravante de uso de armas del apartado 2 del art. 242, puesto que ésta hace referencia al verdadero uso de armas en cuanto tienen de peligro objetivo. Hay veces en que puede hablarse de *intimidación implícita*, en las que sin intimidarse realmente, al estar el sujeto activo en una posición de privilegio con respecto al sujeto pasivo, puede éste sentirse intimidado por dicho sujeto que se aprovecha de la situación para exigir la entrega de alguna cantidad dineraria, objeto, etc. (QUINTANO II, p. 376). En este sentido puede entenderse el art. 534.1.2°, cuando considera que debe castigarse además por el delito correspondiente a la apropiación, al funcionario que durante un registro ilegal sustrajere o se apropiare de los papeles o efectos registrados, aunque estos supuestos encajan también en el tipo cualificado de hurto con abuso de las circunstancias personales de la víctima (art. 235.4), dependiendo su calificación del grado que alcance la actitud intimidatoria del funcionario o autoridad.

Si la violencia o intimidación no es de gran entidad, el apartado 3 del art. 242 dispone la atenuación en un grado de la pena prevista en el apartado 1 del mismo artículo.

La relación típica de la violencia o intimidación con el apoderamiento

El empleo de la violencia o intimidación debe ser un medio para conseguir o asegurar el apoderamiento. Por tanto, si éste se ha consumado ya y posteriormente, con motivo de una discusión entre la víctima y el ladrón que cometió por ejemplo, un hurto, éste la mata, habrá hurto en concurso con asesinato u homicidio. Pero, en tanto el apoderamiento no se haya consumado, cabe sin embargo que lo que simple-

mente era un hurto se transforme en robo con violencia, si se emplea ésta en cualquier momento de la fase ejecutiva previa a la consumación del apoderamiento (cfr. SSTs 6 octubre 1978 y 26 septiembre 1986). Por eso, en los casos de huida del carterista después de haber cometido un hurto, éste se puede convertir todavía en robo con violencia si el carterista hace uso de un arma matando a uno de sus perseguidores; e igualmente, si en un robo con escalamiento en casa habitada el dueño de la casa sorprende al ladrón y en el forcejeo éste dispara contra él, el hecho se transforma automáticamente en robo con violencia, pues el apoderamiento aún no se había consumado, entendiéndose por tal la disponibilidad de la cosa mueble y no su simple apoderamiento. De ahí que el apartado 2 del art. 242 imponga la pena en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevara, «sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren», momentos en los que el delito de apoderamiento originario (hurto, robo con fuerza en las cosas), aún no se ha consumado. Se puede decir, por tanto, que para dar lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas no es preciso que la violencia o intimidación esté sólo en una relación de medio a fin con el robo, sino que basta con que esté presente en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción.

Tipo subjetivo

El robo con violencia o intimidación es un delito eminentemente doloso, en el que, además del «ánimo de lucro», debe darse el dolo respecto a la propia violencia o intimidación utilizada para su realización, independientemente de que, por ejemplo, la violencia ejercida dé lugar después a la comisión de un delito, doloso o imprudente, de lesiones o de homicidio, con los que entrará en concurso (ideal, según Álvarez García, p. 5).

Tentativa y consumación

Cabe la tentativa cuando el apoderamiento patrimonial no se ha consumado, aunque se haya empleado la violencia o intimidación y ésta haya dado lugar a un homicidio o a un delito de lesiones, que entrarán en concurso con el robo en grado de tentativa. La consumación del robo con violencia o intimidación requiere, pues, igual que en

el hurto o robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento de la cosa mueble ajena y su disponibilidad.

Concurso

La intimidación, que por sí sola constituye un delito de amenazas o de coacciones, es inherente al delito de robo, de forma que no puede castigarse independientemente de él. No sucede lo mismo, sin embargo, con la violencia, ya que ésta, cuando es de cierta entidad, puede dar lugar a resultados lesivos constitutivos de delitos de lesiones u homicidio, que entrarán en concurso con el delito de robo. También cuando la intimidación da lugar a un delito contra la libertad distinto a la simple amenaza o coacción (por ej., unas detenciones ilegales) habrá el correspondiente concurso. Ésta es la principal diferencia entre la nueva regulación y la regulación anterior, en la que estos delitos formaban uno complejo con el robo, lo que planteaba especiales problemas interpretativos de difícil solución. Ahora, conforme al apartado 1 del art. 242, se castiga el robo con violencia o intimidación en su tipo básico con la pena de prisión de dos a cinco años, «sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase», y aunque el precepto se refiere exclusivamente a los actos de violencia física, no hay por qué excluir de las reglas generales del concurso otros delitos que puedan derivarse del empleo de la intimidación (detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales, etc.).

Circunstancias

Respecto a las circunstancias agravantes, plantea especiales problemas la alevosía. De la definición legal de alevosía que da el número 1 del art. 22 se deduce que esta circunstancia sólo es aplicable en los «delitos contra las personas», pero no hay ningún inconveniente en considerar que los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que se regulan en el Título XIII, y entre los que se incluyen los robos, son delitos contra las personas a los que es aplicable esta agravante, ya que sobre todo en el robo la realización del delito puede llevarse a cabo de la forma alevosa que se describe en la circunstancia 1ª del art. 22. Así lo estimó también en la regulación anterior la jurisprudencia (SSTS 18 abril 1908, 22 junio 1922, 21 enero 1965, 16 junio 1975, 20 noviembre 1975, 9 mayo 1986 y 26 junio 1997; alevosía sobrevenida: la víctima recibió numerosas puña-

ladas mientras era sujeta por otras dos personas para impedir su huida).

Cualificación por uso de armas u otros medios peligrosos

En el apartado 2 del art. 242 se dispone que la pena del tipo básico (dos a cinco años de prisión) se impondrá en su mitad superior cuando el delincente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevara, bien para cometer el delito o proteger la huida, bien para atacar a los que auxilien a la víctima o a los que le persiguieren. Por «arma» entiende el Tribunal Supremo, la de fuego, las navajas, cuchillos, estoque, hoces, martillos, jeringuilla infectada de SIDA, etc. Por «medio peligroso», una piedra de gran volumen, un ladrillo, una botella, etc.

La jurisprudencia considera como uso de arma en el caso de arma de fuego no sólo el disparo, sino también la exhibición o utilización intimidante (STS 29 abril 1996). Pero al entender por arma la real y no la simulada, parece que no debería apreciarse la agravación cuando la finalidad de la exhibición sea puramente intimidatoria (en este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, p. 361). Al ser esta circunstancia de naturaleza objetiva, se comunica a los partícipes que conozcan que otros la usan (SSTS 30 diciembre 1981 y 27 octubre 1984). Un sector doctrinal considera, sin embargo, que no debe apreciarse esta agravación en caso de homicidio o lesiones, por ser de algún modo inherente a la forma de comisión de estos resultados (en este sentido, GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 625; SERRANO GÓMEZ, p. 347; SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS, p. 130; VIVES/ GONZÁLEZ CUSAG, en VIVES, Comentarios, p. 1184, aunque considerándolo difícilmente compatible con el tenor literal del precepto). Ello podría tener sentido con la regulación del robo con violencia o intimidación del anterior Código penal, pero no ahora, ya que precisamente es el uso de armas lo que hace más probable la producción del resultado lesivo, aparte naturalmente de asegurar la ejecución del robo, por lo que independientemente del concurso a que puede dar lugar la producción del resultado lesivo y la propia tenencia ilícita del arma, parece lógico que la pena del robo mismo sea agravada. Realmente, en el robo con violencia casi siempre se dará esta cualificación, pero no en el robo con intimidación, en el que cabe que el arma incluso sea simulada, no pudiendo apreciarse en este caso la referida agravación (en este sentido PÉREZ MANZANO, en Compendio, p. 412).

Las circunstancias agravantes del hurto (art. 235) y del robo con fuerza en las cosas (art. 241) sólo son aplicables en el robo con violencia o intimidación en la medida en que constituyan delitos autónomos por la vía del concurso de delitos (por ej., allanamiento de morada), o como agravantes genéricas (por ejemplo, la de abuso de superioridad).

Atenuación de la pena

El apartado 3 del art. 242 dispone que «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo». El precepto está pensado para casos límites, como por ejemplo, el apoderamiento de un bolso por el procedimiento del «tiron», en los que siempre se discute la diferencia entre el hurto y el robo; pero la posición es superflua, porque con la calificación de hurto agravado del art. 235,4 puede conseguirse el mismo efecto atenuatorio. La atenuación puede ser aplicable también en el tipo calificado de uso de armas (STS 9 marzo 1998).

EXTORSIÓN

En el Capítulo III del Título XIII, bajo la rúbrica «De la extorsión», el art. 243 castiga con la pena de prisión de uno a cinco años al que, «con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero».

En el anterior Código penal el delito de extorsión se regulaba, por una parte, de un modo más amplio, pues incluía también la modalidad de robo documental («entregar una escritura») y, por otra, de un modo más reducido, al limitarla a los casos de suscripción u otorgamiento de escritura o documento. Sin embargo, ya la STS 16 febrero 1988 consideró que había extorsión cuando se obligaba a un empleado de Banco a ordenar una transferencia por teléfono. Esta posibilidad entra ahora claramente en el art. 243, por cuanto además el perjuicio patrimonial puede ser para otro.

En la actual regulación se requiere además el ánimo de lucro, mientras que antes se hablaba de «para defraudar», lo que limitaba la extorsión a este tipo de supuestos. El «ánimo de lucro» debe entenderse ahora de un modo más amplio, como un ánimo de lucro antijurídico o ilícito (STS 5 diciembre 1965), es decir, como el propósito de pro-

curarse un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, sea defraudando a un tercero o consiguiendo el beneficio directamente. Si lo que se pretende es cobrar una cantidad o conseguir lo que ya era debido, habrá una realización arbitraria del propio derecho (art. 455) o unas coacciones (art. 172). La diferencia entre estos dos delitos y la extorsión radica precisamente en el ánimo de lucro, ya que la acción: «obligar con violencia o intimidación», es prácticamente la misma que en dichos delitos y plantea los mismos problemas (véase STS 30 abril 1974).

El delito se consuma, sin embargo, cuando la víctima realiza u omite un acto o negocio jurídico que le perjudica a ella o a un tercero, aunque el sujeto activo no consiga el lucro pretendido.

Las diferencias entre extorsión y robo con violencia o intimidación

Como ya observaba OCTAVIO DE TOLEDO respecto a la regulación anterior de la extorsión, mucho más parecida a la del robo que la actual, «el tratamiento de la extorsión como variante del robo no debe llevar a ignorar, sin embargo, las sustanciales diferencias que existen entre ambos delitos». Prácticamente en lo único que coinciden, y aun en esto la cuestión es discutida, es en la forma comisiva de la acción, violencia o intimidación. En todos los demás elementos difieren notablemente ambos delitos. Así, por ej., es necesario en la extorsión un acto de disposición patrimonial por parte del extorsionado, que no es preciso en el robo; y en la extorsión el ataque patrimonial puede recaer tanto sobre el patrimonio mobiliario, como sobre el inmobiliario; mientras que en el robo sólo puede afectar a cosas muebles. El que la extorsión pueda recaer también sobre un documento, haciendo, por ej., que el sujeto suscriba una escritura, no excluye la anterior afirmación, ya que, en definitiva, el documento tiene relevancia patrimonial en tanto incorpora un derecho y éste puede recaer tanto sobre una cosa mueble como inmueble. Ahora bien, en los casos en los que se obliga al extorsionado no a suscribir u otorgar una escritura pública o documento, sino a «entregar» la escritura pública o documento, se puede hablar con mayor propiedad de «robo documental» (la entrega es consecuencia de la aplicación de la violencia o intimidación) y realmente constituye un robo con violencia o intimidación (en este sentido, respecto a la anterior regulación, OCTAVIO DE TOLEDO y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, 1988; esta calificación es mucho más clara en el Código penal de 1995, que no menciona como modalidad de la extorsión la entrega de un documento).

Concurso

De todo ello se deduce que la extorsión propiamente dicha es aquélla en la que se obliga a alguien, mediante violencia o intimidación, a

realizar u omitir un acto o negocio jurídico de carácter patrimonial (por ej., suscribir u otorgar una escritura pública o documento, modificar un testamento, etc.) y que si el negocio jurídico no tiene este carácter (por ej., contraer matrimonio) o simplemente es nulo (por exigir una prestación imposible), deberá castigarse por el atentado a la libertad de voluntad sin más (amenazas o coacciones), aunque también podría estírnarse, si la intención del sujeto activo coincide con el tipo subjetivo de la extorsión, una tentativa del delito de extorsión. En todo caso, es evidente que el delito se consuma cuando se produce la realización u omisión del acto o negocio jurídico por parte del extorsionado. Pero, conforme se dice en el último inciso del art. 243, si la violencia da lugar a la producción de un resultado letal o lesivo, habrá que aplicar las reglas generales del concurso de delitos («sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados»). A la misma solución hay que llegar también si la intimidación da lugar a un delito de detenciones ilegales o de agresión sexual (por ej., se secuestra a una persona para obligarle a firmar una escritura de compraventa).

CAPÍTULO XVIII

Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO PRIETO, Acciones a la ley 39/1974 de 28 de noviembre, sobre modificaciones del Código penal, RDCir. 1975; BELTRÁN BALLESTER, *Otra opinión sobre el art. 516 bis del Código penal*, ADP 1981; DE VICENTE REMESAL, *La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno (artículo 587.1.º del Código Penal)*, ADP 1990; el mismo, *Utilización ilegítima de vehículos de motor*, Pamplona 1994; DÍAZ PALOS, *El hurto de uso de vehículos de motor*, RDCir. 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor*, RDCir. 1970; FONTÁN TIRADO, *La utilización ilegítima de vehículo de motor y la progresión delictiva. Estudio jurisprudencial*, RDPC 1994; JOSHI JUBERT, *Robo con toma de rehenes: utilización ilegítima de vehículo de motor y detenciones ilegales*, ADP 1992; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990; PÉREZ DE GREGORIO, *El ciclomotor como objeto material del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor*, La Ley 1991; RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto de uso*, NEJ XI, 1963; RODRÍGUEZ PADRÓN, *La utilización ilegítima de vehículos de motor*, en *Delitos contra la propiedad*, CDJ 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, *Consideraciones sobre la reforma del art. 516 del Código penal*, RGLJ 1974; SERRANO GÓMEZ, *Sustracción de vehículos en España*, Madrid 1970; el mismo, *Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos*, ADP 1975; el mismo, *Utilización indebida de vehículos en el Proyecto de Código penal*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED 1981; SOTO NIETO, *La excusa absoluta y el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor*, La Ley 1985; SUÁREZ MONTES, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor*, RGLJ 1970; el mismo, *Modificaciones introducidas en el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre sobre la reforma del Código penal*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo 1975; VIVES ANTÓN, *El contenido sustancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor*, en *Delitos contra la seguridad del tráfico*, Valencia 1975; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1988.
- Sobre el Código penal de 1995:* MUÑOZ CUESTA (coord.), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona 1998; SOTO NIETO, *Robo y hurto de uso de vehículos de motor. Su relación con el robo y hurto comunes*, La Ley 1996.
- Sobre usurpación, véase *infra*.

ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

El Capítulo IV del Título XIII tipifica en el art. 244 el «robo y hurto de uso de vehículos».

Una cuestión previa importante para la interpretación de este tipo delictivo es la determinación de su *bien jurídico protegido*. Si se estima que lo que se protege en él es el derecho de uso o utilización que tiene el propietario sobre el vehículo de motor, podrá cometerse este delito tanto por el que se apodera del vehículo para usarlo, como por el que poseyéndolo legítimamente (chófer, mecánico, etc.) hace un uso del vehículo distinto de aquél para el que había sido autorizado por el propietario. Si, por el contrario, se estima que lo que se protege es la posesión, sólo podrá cometerse este delito si no se es poseedor del vehículo. En definitiva, lo que anda en juego en esta cuestión es la posibilidad de subsumir en este delito la llamada «apropiación indebida de uso de vehículo de motor», es decir, la posibilidad de incriminar por este delito, ya que no se puede hacer por el art. 252, hechos como el uso del vehículo por parte del arrendatario que lo usa más del tiempo pactado, del chófer que contraviniendo las órdenes del dueño utiliza el vehículo en las horas libres de servicio o del mecánico o propietario del garaje que utiliza el vehículo allí depositado para fines privados.

La discusión doctrinal sobre la regulación anterior se ha resuelto claramente en favor de la consideración de este delito, al igual que los delitos de robo y hurto que le sirven de base, como un delito contra la posesión, e indirectamente contra la propiedad y, por tanto, sólo puede cometerlo el que no se encuentre previamente en posesión legítima, o por ejemplo un mero detentador material del mismo. En consecuencia, es necesario que se realice una acción calificable objetivamente de hurto o robo, ya que la descripción de la acción típica que se hace en el art. 244,1 («sustrajere») supone la previa no posesión del vehículo. En el caso de los meros «servidores de la posesión» (mecánico, limpiacoches, etc.), la simple tenencia material no equivale a la posesión, por lo que pueden cometer también este delito. La cuestión es aquí aún más importante que en el hurto o robo, por no estar especialmente tipificada una apropiación indebida de uso y ser, por tanto, impune la conducta del legítimo poseedor que usa el vehículo indebidamente (depositario que lo utiliza en sus viajes, arrendatario que lo usa por más tiempo del pactado), uso indebido que sólo puede dar lugar a reclamaciones de tipo civil. Esta interpretación es por lo demás coherente con el carácter excepcional de la punición del

hurto o robo de uso que, en principio, salvo que recaiga sobre un vehículo a motor o ciclomotor, es impune, y con la descripción de la acción típica («sustrajere») (sobre la regulación anterior, véanse 9ª ed., pp. 281 ss.; ZUGALDÍA, p. 131; y DE VICENTE REMESAL, 1994, pp. 91 ss. La opinión dominante con la regulación del Código penal de 1995 es también que no constituye delito la apropiación indebida de uso, o el uso indebido del vehículo por quien lo posee legítimamente, véanse, por ejemplo, VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 1190; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 633; PÉREZ MANZANO, en Compendio, p. 426).

En el art. 244 se pueden distinguir un tipo básico y varias cualificaciones.

a) Tipo básico

Dice así el apartado primero del art. 244: «El que sustrajere un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de cincuenta mil pesetas, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de tres a ocho meses si lo restituyere, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo».

Elemento objetivo

La acción consiste en sustraer el vehículo («utilizar» se decía en la regulación anterior), siendo indiferente que lo conduzca el mismo que lo ha sustraído o un tercero, por lo que ambos pueden considerarse sujetos activos del delito o coautores (en este sentido la jurisprudencia dominante, SSTs 14 abril 1975 y 25 septiembre 1986).

Objeto material sobre el que recae la acción de sustraer es el «vehículo a motor o ciclomotor ajenos». En la doctrina se entiende por tal todo vehículo de tracción mecánica, sea cual sea la energía empleada y la forma de aprovecharla para conseguir su desplazamiento. El problema que anteriormente se planteaba en torno a la conceptualización de los *ciclomotores* ha sido resuelto, igual que en los delitos contra la seguridad del tráfico, mencionándolos expresamente en el tipo.

Elemento subjetivo

En el art. 244,1 se exige expresamente que el vehículo se sustrajere «sin ánimo de apropiárselo». De esta forma se configura el elemento

subjetivo de una manera negativa, consistente en la ausencia de voluntad de apropiación; pero, al mismo tiempo, la rúbrica del Capítulo IV habla de «robo y hurto de *res*», lo que explica que se exija que se use el vehículo, en el sentido no ya de usarlo efectivamente (puede que se guarde en un garaje), sino de uso potencial, una vez que se tiene la posesión y la disponibilidad efectivas del vehículo. De este modo se distingue este delito de los anteriores delitos de apoderamiento en que no existe ánimo de apropiarse de la cosa, sino meramente de usarla o utilizarla, aunque tenga con ellos en común el que previo a su uso sea necesaria su sustracción.

b) Tipos cualificados

1) Fuerza en las cosas

En el apartado segundo del art. 244 se dispone que si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior. El concepto de fuerza en las cosas es, como ya se ha visto anteriormente, un concepto normativo que hay que buscar en el art. 238, por tanto, la concurrencia de alguna de las circunstancias allí enumeradas en el apoderamiento del vehículo constituye esta cualificación (la jurisprudencia considera «llave falsa» la puesta en marcha del vehículo mediante dispositivos no destinados al efecto, STS 23 enero 1982).

2) No restitución dentro de las cuarenta y ocho horas

El apartado 3 del art. 244 dice así: «De no efectuarse la restitución en el plazo señalado (cuarenta y ocho horas), se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos».

El hecho de que no se restituya el vehículo dentro de las cuarenta y ocho horas no implica siempre un ánimo de apropiación. La situación no cambia esencialmente por el hecho de haber restituído el vehículo a las cuarenta y nueve o a las cincuenta y cinco horas después de su sustracción; sin embargo el legislador, por razones de política criminal y por las dificultades probatorias que puede tener basar la distinción entre este delito y los de hurto y robo comunes en el elemento subjetivo, ha establecido un baremo objetivo, conforme al cual conviene en hurto o robo común el hurto o robo de uso cuando ha transcurrido el plazo señalado, sin necesidad de demostrar el ánimo de apropiación. La decisión puede ser criticable en teoría, pero explicable por razones prácticas.

La «restitución» del vehículo supone su devolución al propietario del mismo. Por restitución «directa» debe entenderse la devolución al propietario personalmente, comunicándole su situación por escrito, mediante un telegrama, por teléfono, etc. La «indirecta» es la restitución dejando el vehículo en el lugar donde se encontraba o en otro lugar en el que pueda fácilmente ser encontrado por el propietario. El abandono puede ser incluido en la restitución indirecta.

Tiene, pues, razón Zugaldía (p. 200) cuando dice que lo que realmente agrava la responsabilidad es la persistencia en la custodia y en el uso del vehículo sustraido por más de veinticuatro horas (ahora cuarenta y ocho); equiparando a la restitución indirecta todo tipo de abandono antes de que transcurra el plazo señalado y la recuperación del vehículo, porque, por ejemplo, el sujeto es detenido por la policía antes de transcurrir cuarenta y ocho horas de su sustracción, siempre naturalmente que no haya verdadero ánimo de apropiación. En todo caso, si la restitución se lleva a cabo después de las cuarenta y ocho horas puede apreciarse la atenuante 5ª del art. 21 en la determinación de la pena del hurto o robo común.

La STS 4 diciembre 1987 indica, no obstante, con acierto que «no es lo mismo un abandono temporalmente cercano y en lugar próximo que una renuncia abdicativa producida meses después y en lugar distante. *Definitiva apropiación es algo menos que perpetuidad, pero más que prolongación del uso*».

En definitiva, un uso tan prolongado que dura varios meses difícilmente puede considerarse como un simple robo o hurto de uso. Las diferencias entre ánimo de apropiación y ánimo de uso tienen que objetivarse de alguna manera a los efectos probatorios.

3) Empleo de violencia o intimidación

El apartado 4 del art. 244 dispone que si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación se impondrán las penas previstas en el art. 242. También aquí se trata de una decisión político-criminal, pues se impone la pena correspondiente al delito de robo con violencia o intimidación desde el mismo momento en que se empleare la violencia o intimidación, aunque la sustracción del vehículo sólo sea para usarlo menos de cuarenta y ocho horas.

Penalidad

Según se dispone en el inciso último del apartado 1 del art. 244, en ningún caso la pena impuesta puede ser igual o superior a la que correspondería si se apropiara definitivamente del vehículo. Si el ve-

hículo vale menos de cincuenta mil pesetas su sustracción sin ánimo de apropiación se castiga como falta, salvo que se realizara con violencia o intimidación (art. 623,3).

USURPACIÓN

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* FERNÁNDEZ

ALBOR, *La supresión del delito de usurpación en el Derecho penal español. Una predicción fallida*, en Estudios jurídicos. Homenaje al Profesor Alfonso Otero, Santiago de Compostela 1981; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980; SALOM ESCRIVÁ, *Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales*, RGD 1986.

Sobre el Código penal de 1995: BLANCO LOZANO, *El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código penal de 1995*, RDPC 1996.

Sobre el delito de ocupación pacífica, véase *infra*.

Con el nombre de usurpación se recogen en el Capítulo V del Título XIII cuatro figuras delictivas distintas: la del art. 245,1, referida a la ocupación de un inmueble o a la usurpación de un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación; la del art. 246, alteración de términos o lindes de pueblos o heredades; la del art. 247, distracción del curso de las aguas; y la del art. 245,2, ocupación pacífica de inmueble que no constituya morada.

Para HUERTA TOCILDO (p. 74) la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico protegido es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendiéndolo como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre las mismas.

a) Ocupación y usurpación violentas

El art. 245,1 castiga con la pena de multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado, «al que con violencia o intimidación en las personas ocupe una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena».

Tipo objetivo

La acción consiste en *ocupar* (una cosa inmueble) o en *usurpar* (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en un caso como en otro se

requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. El resultado exige, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una *utilidad* y se cause un daño, en función de lo cual se determina la pena de multa a aplicar, «además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas».

La acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas. Los términos violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación (véase *supra* capítulo XVII). Es, por tanto, atípica o constituye otro delito (art. 245,2) la usurpación empleando fuerza en las cosas (rompiendo la cerca o alambrada que rodea la finca, violentando la cerradura, etc.). La usurpación es, por tanto, también un delito complejo en el mismo sentido que se entiende en relación al robo; por consiguiente, las violencias ejercidas pueden castigarse por las reglas del concurso de delitos si son constitutivas de otros delitos (lesiones, homicidio, etc.; cfr. SSTS 27 abril y 4 octubre 1982).

Objeto material sobre el que recae la acción es el inmueble o el derecho real inmobiliario. Según la terminología jurídica civil, los derechos reales sobre inmuebles son también cosas inmuebles (art. 334,10 Cc), pero sobre ellos, al ser derechos de tipo ideal, sólo puede recaer la acción de usurpar. Del concepto de inmueble del art. 245 Cp hay que excluir todos aquellos objetos enumerados en el art. 334 del Código civil que pueden ser transportados y cuya apropiación constituye un hurto o robo (frutos, estatuas, etc.).

Sujeto activo sólo puede serlo el no propietario o no titular de los inmuebles o derechos reales, ya que la propiedad es un derecho absoluto y respecto a los derechos reales el Código exige que sean «de ajena pertenencia». La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito, aunque pueda constituir otro de conexiones (art. 172) o de realización arbitraria del propio derecho (art. 455).

La cuestión de la ajencidad es una cuestión civil, que debe ser resuelta por el Tribunal penal como *cuestión prejudicial* del delito de usurpación cuando los derechos de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real «aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión» (art. 6 LECrim.). En estos casos el Tribunal penal deberá atenerse a las reglas del Derecho civil (art. 7 LECrim.), pero es absolutamente soberano en su decisión, sin estar vinculado a las decisiones de otros Tribunales, y sin que su decisión vincule tampoco a otros efectos que a los del delito en cuestión (STS

1 julio 1959). De este modo pueden darse resoluciones contradictorias entre los Tribunales civiles y penales sobre el mismo asunto difícilmente evitables, y explicables en atención a la diversa finalidad de la actuación jurisdiccional en uno y otro terreno (véanse QUINTANO II, pp. 990 ss.; y HUERTA TOCILDO, pp. 62 ss.).

Tipo subjetivo

Es necesario el dolo. El sujeto debe querer, además de realizar la usurpación, procurarse una utilidad o provecho económico.

b) Ocupación pacífica

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BAZA DE LA FUENTE, *El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994*, CPC 1995; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980.
- Sobre el Código penal de 1995:* BAUCELLS LLADÓS, *La ocupación de inmuebles en el Código penal de 1995*, Valencia 1997; FERNÁNDEZ APARICIO, *Comentarios al art. 245, párrafo 2º*, La Ley 1997; MANZANARES SAMANIEGO, *La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código penal*, AP 1997.

De acuerdo con el art. 245,1, sólo es punible como usurpación la ocupación de inmuebles realizada por medio de violencia o intimidación en las personas. Fuera de este precepto quedan, pues, las ocupaciones en las que no se emplean tales medios, es decir, las *ocupaciones pacíficas*. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo ha introducido en el nuevo Código penal el delito de ocupación pacífica, sin autorización debida, de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o el mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular.

En la regulación anterior este hecho no estaba expresamente tipificado, y difícilmente era reconducible a otros tipos de delitos como las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos; o al allanamiento de morada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (casas deshabitadas, fincas, etc.). El legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la «ocupación» como tal (que realizan los que en el lenguaje coloquial se llaman «okupas» y constituyen un movimiento contestatario bastante extendido en algunas

ciudades), pero también las «ocupaciones» más simbólicas que reales de fincas rústicas. A la ocupación se equipara el mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo. Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal (en este sentido, BAUCELLS; PÉREZ MANZANO, en Compendio, p. 433; con reservas, VIVES/ GONZÁLEZ CUSSAC, en *VIVES*, Comentarios, p. 1207, que de todas formas advierten del posible juego del estado de necesidad; de la misma opinión QUINTERO, Comentarios, p. 1125; a favor de su incriminación, sin embargo, MANZANARES, p. 908). Por otra parte, la «ocupación» de una finca de manera puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con las reivindicaciones de los ocupantes, no debería considerarse incluida en este apartado.

c) Alteración de términos o lindes

El art. 246 castiga con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de cincuenta mil pesetas, y el art. 624 con multa de diez a treinta días si la utilidad no excede de cincuenta mil pesetas o no es estimable (en este caso, siempre que medie denuncia del perjudicado): al que «alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado».

La alteración se refiere a la remoción de los términos o lindes, destruyéndolos, arrancándolos, derribándolos, etc., dejando inseguro el límite de la heredad cuyo término señalaban o haciendo imposible su determinación. La alteración puede ser llevada a cabo de las más variadas formas.

La alteración puede referirse tanto a fincas rústicas como urbanas, ya que el tenor literal legal no se opone a ello, aunque se debe tener en cuenta la dificultad de su realización en la finca urbana, pues ésta tiene unos límites más estrictos e incontundibles (STS 7 diciembre 1981: derribando un muro con una pala).

En la alteración de términos o lindes, si la utilidad no alcanza las cincuenta mil pesetas existe la falta del art. 624; pero si es superior a

esa cantidad la utilidad que el sujeto pretendía, no es necesario que ésta se produzca («pretendida») para que el delito se consuma.

d) **Distracción del curso de las aguas**

El art. 247 se refiere a la distracción de aguas. Hay que advertir que ésta debe realizarse sin valerse de la instalación de mecanismos o de la alteración de contadores, pues entonces se cometería una de las defraudaciones del fluido eléctrico y *análogas* previstas en el art. 255 (cfr. STS 6 marzo 1972). El art. 247 se limita, pues, a la desviación del curso de las aguas públicas o privadas. Tratándose de aguas comunales, según alguna decisión jurisprudencial, no existe un delito de usurpación (STS 5 octubre 1949; QUINTANO II, pp. 1022 ss.; y HUERTA TOCILDO, p. 176).

Tanto este delito, como el anterior son delitos de enriquecimiento, y si la intención del sujeto activo no es la de procurarse un provecho existirá un delito de daños.

Si las alteraciones o usurpaciones se hicieran documentalmente, puede darse un concurso entre estos delitos y un delito de falsedades.

CAPÍTULO XIX

B) Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ANTON ONECA, *Estafa*, NEJ IX, 1958; ASÚA BATAARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones)*; *La teoría de la frustración del fin*, ADP 1993; el mismo, *Estafa común y fraude de subvenciones*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; BACIGALUPO ZAPATER, *Estafa y abuso de crédito*, La Ley 1983; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados*, PJ núm. especial IX, 1989; BAJO HERNÁNDEZ, *Estafa de abuso de crédito mediante el descenso bancario de «terras vacías» o no comerciales*, ADP 1977; el mismo, *Cláusulas contractuales abusivas que conducen por propia voluntad de la víctima a facilitar estufas atípicas*, RDP 1977; el mismo, *La llamada letra de colusión y el delito de estafa*, RDP 1978; el mismo, *El delito de estafa*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Huro impropio y otorgamiento de contrato simulado*, ADP 1964; CANDIL JIMÉNEZ, *En torno al «furtum possessionis»*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CASTIÑEIRA CORCOY/SILVA, *La reforma del art. 531 del Código penal*, La Ley 1985; CERZO MIR, *La estafa procesal*, ADP 1966; CERVELLÓ DONDERIS, *Algunas cuestiones sobre la delimitación de la estafa*, RGD 1991; DE LA MATA BARRANCO, *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa*, PJ 1994; DEL ROSAL, *Comentarios a la STS 18 enero 1961*, ADP 1961; ELGUERO Y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid 1988; HERRER SAMÁ, *Estafa procesal*, ADP 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADP 1985; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores, protección penal*, Madrid 1986; el mismo, *Aproximación al tratamiento de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, RPDUC monográfico 12, 1986; GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid 1991; HUERTA TOCILDO, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1980; LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes colectivos*, Barcelona 1978; LORCA MARTÍNEZ, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid 1990; el mismo, *El carácter pluriofensivo de la estafa del art. 531 del Código penal*, AP 1993; MAPELLI, E., *El uso ilícito de transporte*, ADP 1985; MARTOS NÚÑEZ,

Policonaje, NEI XIX, 1989; MUÑOZ CONDE, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, CPC 1997; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2ª ed., Madrid 1974; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid 1995; REIVES SEVA, *La estafa de policonaje*, AP 1994; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *El delito de contrato simulado*, Madrid 1992; ROMÁN PUERTA, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, PJ núm. especial IX, 1989; ROMEO CASABONA, *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, AP 1987; el mismo, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1988; el mismo, *Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos*, PJ núm. especial IX, 1989; ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires 1986; SAINZ CANTERO, *El delito masa*, ADP 1971; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *La dinda de la víctima como forma de error en el delito de estafa*, CPC 1993; SERRANO PIEDECASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona 1991; SILVA SÁNCHEZ, *La estafa de seguro*, CPC 1987; el mismo, *El derecho penal bancario en España*, AP 1994; SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, EPC 1985/1986; el mismo, *Estafa a través de cheque en el Proyecto de 1994*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 1996; TORIO LÓPEZ, *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*, EPC 1980/1981; el mismo, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Homenaje a Amón Orca, Salamanca 1982; VALLE MUÑOZ, *Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa*, ADP 1986; el mismo, *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona 1987; el mismo, *Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa*, RJCA. 1988; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ número especial IX, 1989; VARIOS, *Falsedades y defraudaciones*, PJ número especial XVI, 1990; VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, La Ley 1984.

Sobre el Código penal de 1995: BACIGALUPO ZAPATER, *Simulación de negocio jurídico y falsedad documental*, La Ley 1998; CONDE-PUMPIDO FERRERO, *Estafas*, Valencia 1997; CHOCLÁN MONTALVO, *Intrusismo con ánimo de lucro y estafa*, AP 1996; el mismo, *Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática*, AP 1997; FERNÁNDEZ GARCÍA LÓPEZ MORENO, *La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código penal de 1995*, PJ 1997; GALLARDO RUEDA, *Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo*, CPC 1998; LORCA MARTÍNEZ, *Las estafas del artículo 251 del Código penal de 1995*, Pamplona 1997; MANZANARES SAMANIEGO, *Estafa timbiliaria y figuras afines*, AP 1998; NAVARRO CARDOSO, *Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores*, PJ 1998; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; PÉREZ DEL VALLE, *El engaño omisivo en la estafa*, CPC 1996; SUÁREZ MONTES, *Estafa mediante cheque en el Código penal de 1995*, ADP 1995; TRUJILLO CALVO, *El pacto de favor: la letra de colusión en el ámbito del Código penal*, La Ley 1997. Sobre apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico, véase *infra*.

B) DEFRAUDACIONES

La clásica definición de Cicerón «*Duobus modis fit iniuria, aut vi aut fraude*», también tiene reflejo en la clasificación de las infracciones patrimoniales. Hasta ahora se han estudiado los delitos patrimoniales llamados aquí de «apoderamiento», porque en ellos la modalidad de acción consiste en una conducta visible en el mundo exterior de ingerencia en el patrimonio ajeno. Ahora trataremos de otros delitos contra el patrimonio realizados también con idénticos propósitos de apoderamiento de bienes ajenos, pero en los que la modalidad de la acción del sujeto activo es más bien de tipo ideal, caracterizada por el empleo del fraude, del engaño.

En el Capítulo VI del Título XIII se recogen, bajo la denominación de «De las defraudaciones», una serie de delitos que en mayor o menor grado responden a las características de este segundo grupo ya señalado. En ellos lo fundamental es el engaño, bien ocupando el papel rector de la acción, como ocurre en la estafa (Sección 1ª), o bien siendo algo derivado de la acción y no esencial a ella, como ocurre en la apropiación indebida (Sección 2ª). También se incluyen en este capítulo las defraudaciones del fluido eléctrico y análogos, que se tipifican en la Sección 3ª de este Capítulo VI. Las insolvencias punibles, aunque se regulen en un Capítulo independiente, el Capítulo VII, responden en buena parte a la estructura de las defraudaciones, si bien el engaño no ocupa en ellas el papel rector que desempeña en la estafa.

En todos estos delitos el bien jurídico protegido tiene primordialmente un carácter patrimonial, pudiéndoseles considerar, por tanto, como delitos contra el patrimonio, si bien, al mismo tiempo, pueden tener una relevancia socioeconómica que los aproxima a algunos delitos contra el orden socioeconómico, con los que tienen gran parentesco (véase *infra*, por ej., delitos societarios, capítulo XXXIII). De todos modos, ya hemos dicho antes que en muchos casos no existe una tajante separación entre el orden patrimonial y el socioeconómico, y que la adscripción a uno u otro grupo se hace más bien en función de la propia regulación legal que por razones de carácter material.

Empezaremos por estudiar los delitos que más se adecuan al significado de la denominación usada por el legislador en la rúbrica de todo el Capítulo VI, que son los tipificados en la Sección 1ª bajo el nombre «De las estafas».

ESTAFA

Consideraciones generales

En el Código penal se dedica la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII a «las estafas», es decir, a una serie de hechos que tienen como denominador común el que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa. A través de esta característica común, el engaño, la doctrina ha ido elaborando un concepto genérico de estafa capaz de acoger las diversas formas de aparición de ésta, aunque después alguna de ellas en su tipicidad concreta presente alguna particularidad que se estudiará en su momento.

Bien jurídico protegido común a todas las modalidades de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc., que pueden constituir el objeto material del delito. Esto no quiere decir, como entiende algún sector de la doctrina, que en la estafa sea el patrimonio como un todo el bien jurídico protegido, sino solamente que, salvo en alguna modalidad típica concreta, la estafa puede incidir en cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio al que ya hemos aludido anteriormente (véase *supra* capítulo XV). Al mismo tiempo, la estafa lesiona la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas y que si, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político-criminal perseguida con la tipificación del delito de estafa sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

De todos modos, el tráfico comercial masivo característico de la sociedad de consumo pone de relieve que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los derechos de los consumidores tienen también un significado social de mayor trascendencia, incluso, que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude el art. 51 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios y a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos

de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil conceptualización jurídica, pero que no se identifica con los intereses exclusivamente patrimoniales individuales. Quien compra un producto corriente en el mercado (detergente, aceite, refresco, cadena musical) tiene una expectativa legítima de que el producto ofrezca las prestaciones y calidades que se mencionan en la publicidad de los mismos o en las etiquetas de los envases, que son, más o menos, los que se predicen de otros productos similares que con otras marcas se ofrecen, igualmente, en el mercado. Si luego el producto no ofrece estas prestaciones (el detergente no lava tan blanco, la cabeza de la cassette se rompe o ésta deja de sonar bien al poco tiempo), hay una frustración de los intereses de los consumidores en general, más allá del interés patrimonial del consumidor individualmente afectado. Sin embargo, la lesión de este derecho económico-social carece de protección directa a través del delito de estafa cuando no se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo relevante, ni siquiera a través de la tentativa, porque lo importante no es tanto el perjuicio patrimonial individualizado (normalmente de escasa cuantía o difícilmente cuantificable), como el perjuicio a los intereses de los consumidores en general, un bien jurídico de carácter socioeconómico que ahora se protege en el art. 282 a través del delito publicitario (véase *infra* capítulo XXII).

Teoría general de la estafa

El apartado 1 del art. 248 define la estafa del siguiente modo: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaran engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Esta definición corresponde al concepto tradicional de estafa que, ya antes de su inclusión en el anterior Código penal en la reforma de 1983, había adoptado la doctrina y la jurisprudencia a partir del excelente trabajo de ANTON ONECA, que la definía como «la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero».

De esta definición se deducen los distintos elementos esenciales para la existencia de la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Entre perjuicio y engaño debe mediar una relación de causalidad de tal manera que el engaño sea el motivo o causa del perjuicio. Si falta esta relación no existe estafa.

La estafa informática. Aunque el esquema expuesto es referible a la mayoría de las estafas, hay que tener en cuenta que el art. 248.2 considera también roos de estafa a «los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

Aquí no se engaña a una persona («otro») para que realice una disposición patrimonial, pero sí existe un cierto fraude que permite un enriquecimiento. Constituiría esta modalidad de estafa, por ejemplo, la conducta del *hacker* que se introduce mediante su ordenador en el de un Banco y ordena una transferencia a su favor o consigue modificar el programa de dicho Banco para que se transfieran los decimales de todas las operaciones que se realicen en él a una determinada cuenta a su nombre (sobre la estafa informática y la situación anterior a su tipificación, véase GUTIÉRREZ FRANCÉS: y sobre la postura jurisprudencial, Ruiz VADILLO, en VARIOS, 1990; y CROCILÁN, 1997).

Tipo objetivo

— El primer elemento hace referencia a la acción del sujeto activo, es decir, a la *conducta engañosa*. Ésta consiste «en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas» (ANTÓN ONECA, p. 61). Puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. Ejemplo de lo primero: la atribución de influencia que no se tiene o de bienes inexistentes; de lo segundo: la defraudación en la calidad de una cosa.

La interpretación del concepto de engaño ofrece bastantes dificultades, siendo, sin embargo, especialmente importante para delimitar y diferenciar la estafa de otros ilícitos que sólo tienen trascendencia en el ámbito civil. El concepto de dolo que da el art. 1269 del Código civil («palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes» que inducen al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no se hubiera hecho), en muy poco se diferencia del de estafa que da el art. 248 del Código penal. Las «palabras o maquinaciones insidiosas» pueden constituir también el «engaño bastante» del delito de estafa. Para un sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas la distinción se basa en un criterio puramente cuantitativo, considerando que el engaño en la estafa debe tener unas características de gravedad e idoneidad para causar el error y determinar la disposición patrimonial que no tiene el dolo civil (así BAIJO II, p. 274). No obstante, el problema se trata como un *problema de tipicidad* a resolver con los criterios hermenéuticos tradicionales, no excluyéndose la hipótesis de que dolo civil y estafa coincidan en un mismo hecho (VALLE, 1987, pp. 39 ss.). Carece, pues, a mi juicio de interés intentar resolver *a priori* el problema con ayuda de fórmulas más o menos ingeniosas como la de la «mise en scene» del Código penal francés o la de los «actos concluyentes» del Derecho penal alemán, pues, en definitiva, el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal, teniendo en cuenta especialmente *el principio de intervención mínima* del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Especialmente problemática es la posibilidad de la *comisión por omisión* en la estafa. En el art. 251, 2º se tipifica expresamente el disponer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, lo que implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte. Fuera de este caso se discute en la doctrina si existe estafa cuando se callan defectos o vicios de las cosas vendidas. QUINTANO (II, p. 600) considera que deben aplicarse los preceptos civiles relativos al saneamiento y a los vicios redhibitorios. El Tribunal Supremo, en cambio, admite la modalidad omisiva cuando no se declaran circunstancias existentes en el momento de contratar, que, de ser conocidas, hubieran impedido la contratación, basándose para ello en el deber de declarar estos defectos o circunstancias en virtud de vínculos contractuales o del principio de lealtad y buena fe entre las partes (así, por ejemplo, STS 6 diciembre 1974: omisión de declarar un accidente al contratar la póliza de seguro, para que sea cubierto por ésta). Según BAIJO (ADP 1977, p. 554), el ocultar el carácter no comercial de una «letra vacía» al descontarla en el Banco no constituye *per se* engaño suficiente para la estafa de abuso de crédito, pero sí lo es el aparentar una solvencia de la que se carece, siempre que ello vaya acompañado de presentación de documentos falsos o la conducta sea lo suficientemente idónea como para provocar un error en la entidad bancaria (cfr. STS 16 mayo 1977 y comentarior a ella de BAIJO, RDP 1978, p. 467). Ahora bien, la obtención fraudulenta de un crédito puede que no constituya directamente estafa por faltar otro de los requisitos de la misma: el perjuicio y el ánimo de perjudicar, ya que el sujeto que obtiene el crédito de esta manera puede, desde el primer momento, pensar en devolverlo y efectivamente hacerlo en el momento del vencimiento, lo que dificulta a veces la punibilidad de la llamada «estafa de crédito» (en este sentido, MUÑOZ CONDE, en VARIOS, 1990; y NÚÑEZ CASTAÑO, pp. 43 ss.).

La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar la posibilidad del engaño por omisión salvo que ésta vaya acompañada, como suele suceder, de actos concluyentes positivos (así, por ej., VALLE, 1987, p. 183; BAIJO II, p. 280; SILVA, 1987; GONZÁLEZ CUSAC/ VIVES, en VIVES Comentarios, p. 1269). Ciertamente, no comunicar el accidente ya ocurrido al contratar una póliza de seguro es una omisión, pero generalmente va acompañada de la afirmación, por lo menos implícita, de que el vehículo se encuentra en perfectas condiciones o no tiene defecto alguno que impida su aseguramiento. En la «estafa de hospedaje» se ve el engaño implícito en la apariencia de pagar que engendraría el huéspedes (cfr. STS 2 abril 1981). No obstante, no creo que haya que excluir siempre la omisión no acompañada por actos concluyentes; el silencio o no sacar a alguien de su error puede ser, en algún caso, un engaño tan idóneo y grave como el comportamiento activo concluyente;

ocultar vicios ocultos de la cosa o las cargas o gravámenes de la misma simplemente porque el comprador no lo pregunta o da por supuesto el buen estado de la cosa no deja de ser equivalente a negar dichos extremos cuando se pregunta (en este sentido STS 7 febrero 1997; CONDÉ-PANPADO, pp. 57 ss.; GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 664).

— Esta conducta engañosa debe ser «bastante» para *producir un error en otra persona*. Se produce un error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa. Es decir, la acción engañosa debe ser causa de este error, debe existir pues una relación de causalidad entre ambos. El que el engaño sea o no causa adecuada para producir error es una cuestión que debe resolverse en atención a las diversas circunstancias concurrentes. Es suficiente con que en abstracto pueda racionalmente ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo que le mueva a hacer la disposición patrimonial. Pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. En todo caso, el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas; si se trata de un menor o de un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. Cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño del que es objeto y por puro pasatempo o liberalidad, tampoco existe estafa: echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, etc., que no engañan a nadie, pero que obtienen dinero y se ganan la vida de este modo.

Tiene, pues, razón GÓMEZ BENVÉZ (p. 338) cuando niega autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, ya que lo que importa es la idoneidad del comportamiento engañoso en sí, lo que debe valorarse de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva (véanse GONZÁLEZ RUS, Madrid 1986, p. 272; VALLE, 1987, p. 164; TORO, 1982, p. 889).

Por otro lado, si se aceptan cláusulas abusivas al contratar, sin que se haya ocultado este carácter, no cabe hablar de estafa, aunque el sujeto pasivo no tenga muchas veces consciencia del posible perjuicio que con la aceptación de esas cláusulas abusivas se le puede irrogar. En estos casos, el error se debe más a inesperienza o ingenuidad que a la conducta engañosa de la otra parte (así, por ej., sucede con la venta de inmuebles con reserva de dominio, reservándose el vendedor la facultad de hipotecar el inmueble en tanto no se le haya satisfecho el precio total, cfr. BAYO, RDP 1977, pp. 545 ss.).

— Disposición patrimonial. El engañado a consecuencia del error debe realizar una *disposición patrimonial*, es decir, la entrega de una

cosa o la prestación de un servicio; lo mismo da que consista en un hacer (realizar un pago) que en un omitir (renunciar a un crédito; cfr. VALLE, 1987, pp. 215 ss.). La diferencia entre la estafa y los delitos de apoderamiento estriba en que el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada.

El engaño puede actuar sobre el perjudicado o sobre otra persona.

Dos constelaciones de casos se presentan en relación con este problema (*estafa en triángulo*).

a) El primero es si es posible la estafa por *utilización abusiva de una tarjeta de crédito*. La respuesta a esta cuestión viene condicionada por la propia praxis bancaria y comercial en relación con estos instrumentos. Desde luego puede considerarse que el particular que utiliza una tarjeta sabiendo que excede del importe autorizado realiza un comportamiento engañoso; y que el comerciante que entrega la cosa o presta el servicio, fiado en la cobertura del importe, realiza una disposición patrimonial que va a perjudicar al banco o a la institución de crédito que concedió la tarjeta. Pero en la práctica, el particular no sabe muchas veces si tiene o no agotado el crédito; el comerciante suele comprobar, llamando a servicios de control, la solvencia del titular de la tarjeta y pide autorización cuando la operación es de cierta entidad, y el banco asume el impago del crédito como un riesgo inherente a su propia política de ofrecer tarjetas de crédito, a veces immoderada e innecesariamente, a sus clientes. En definitiva, el perjuicio para el banco se deriva del propio riesgo que asume al conceder la tarjeta; si esta concesión se debe a que el cliente finge solvencia puede haber estafa, pero no en otro caso. De todas formas, parece difícil concebir que la disposición patrimonial la hace el comerciante al entregar una cosa y no el banco al conceder la tarjeta. La jurisprudencia ha apreciado en algunos casos estafa (véase por ej., STS 25 octubre 1985); pero la doctrina ha criticado con razón esta praxis jurisprudencial (así BACIGALUPO, 1983; BAYO, 1985, p. 521; y ROMERO, 1988, p. 133. Para una visión de conjunto del problema véanse MUÑOZ CONDÉ, en VARIOS, 1990; y NÚÑEZ CASTAÑO, pp. 164 ss.).

b) Otro caso de estafa en triángulo es la llamada *estafa procesal*. Desde ya hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia admiten esta figura (véase 11ª ed., p. 365), que puede subsistir en el n.º 4º del art. 250 o en la cláusula general del art. 248. La posibilidad de engaño al juez por las partes es evidente sobre todo en el proceso civil, donde las facultades del juez están muy limitadas y se reserva casi toda la iniciativa a las partes que, conforme al principio dispositivo, pueden realizar todo tipo de maquinaciones para inducir al juez a fallar de acuerdo con sus pretensiones. Existen, por supuesto, una serie de medidas jurídicas para evitar estos abusos, pero no siempre son suficientes y también se burlan con relativa facilidad. En este caso, se utiliza al juez o Tribunal como un instrumento de comisión del delito de estafa. En la vida diaria tenemos abundantes ejemplos de estafa procesal: se fingen incapacidades para cobrar una mayor indemnización (STS 20 mayo 1958), se ocultan recibos de rentas de alquileres ya pagados para promover juicios de desahucio (SSTS 13 abril 1951 y 10 abril 1964), se intentan cobrar

deudas ya cobradas (STS 9 agosto 1951), etc. De no admitir la estufa procesal estos hechos quedarían impunes, al no constituir otros tipos delictivos. No existe, desde luego, en nuestro Ordenamiento procesal civil un deber de veracidad para las partes, pero sí existe un principio de buena fe procesal que obliga a las partes a no abusar del proceso para conseguir beneficios patrimoniales ilegítimos defraudatorios. También la jurisprudencia admite la posibilidad de la estufa procesal ya desde antiguo (STS 30 junio 1906) y más recientemente en STS 10 mayo 1960, 6 mayo 1963, 3 y 7 octubre 1972, 31 enero y 12 noviembre 1975. Naturalmente que la finalidad de la maquinación debe ser de carácter patrimonial y la acción revestir todos los caracteres de la estufa: idoneidad para producir error en el Juez, perjuicio patrimonial, etc.

El acto de disposición estará constituido normalmente por la decisión del Juez que perjudica a la otra parte, pero la estufa se consume cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por cumplimiento o ejecución de la sentencia (Torío, 1982, p. 897; VALLE, 1987, p. 235). En cambio, otros autores (CAREZO, p. 197; OLIVA, p. 234; y CONDE-PONRUBO, p. 141) consideran que se consume ya cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, pero, como indica Torío, con ello aún no se ha producido una disminución patrimonial real y efectiva, pues hasta la ejecución la cosa continúa en poder del vencido en juicio). Si la conducta engañosa constituye otros delitos además de la estufa procesal, falsedad documental, etc., cabe estimar un concurso de delitos.

— La disposición patrimonial del engañado debe haber producido un *perjuicio* en el engañado o en un tercero. Este perjuicio es de carácter patrimonial, es decir, una lesión de elementos indeterminados del patrimonio, no de éste considerado como una totalidad.

Varios problemas se plantean en relación con la determinación del perjuicio en la estufa:

a) En la doctrina se discute si, salvo en los casos en que así se prevenga expresamente (por ej., arts. 70 y 64 de las Leyes de la marina mercante y de la navegación aérea, respectivamente; arts. 93 y 95 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles), el viajar sin haber abonado el correspondiente billete constituye delito de estufa.

De un modo general se puede decir que el simple viajar sin pagar el billete, no ocupando plaza de viajero, no produce ningún perjuicio patrimonial al transportista: igual que tampoco lo produce contemplar un espectáculo sin abonar el billete pero sin ocupar plaza de espectador. Otra cosa sucede cuando el polizón o el «gorrón» dan la apariencia de un pasajero o espectador normal que ha abonado el billete. En este caso no sólo se da el engaño bastante (y, en consecuencia, el error), sino también la disposición patrimonial (el transporte, el espectáculo) y, por supuesto, el perjuicio, entendiéndose que este último no sólo consiste en el daño emergente, sino también en la pérdida de una ganancia a la que se tiene derecho por la prestación de algún servicio (casí Bayo II, p. 287). Sin embargo, el problema en el polizomaje y en la entrada sin abonar el billete en espectáculos es que, de todos modos, el servicio se presta, por lo que el sujeto activo del engaño no causa la disposición patrimonial, sino que se aprovecha de ella, siendo, pues, muy

difícil concebirlos dentro del concepto general de estufa. Por todo ello, aunque utilizando diversas fundamentaciones, la doctrina se muestra contraria a apreciar en estos casos estufa, dejando a salvo, naturalmente, los preceptos que, en relación con el polizomaje, castigan este hecho en Leyes especiales (para más detalles, MARTOS).

b) Lasteras expectativas de lucro no reconocidas jurídicamente no son elementos del patrimonio, ni en sentido jurídico, ni económico; y, por tanto, su lesión no constituye un perjuicio patrimonial; vender un negocio asegurando al comprador unos beneficios enormes que luego no se dan en la realidad no constituye, desde luego, estufa. Otra cosa sucede con la clientela o con determinadas ventajitas o cualidades de la cosa o negocio que indudablemente incrementan su cotización o valor económico. Piénsese que no es lo mismo que el negocio tenga o no una buena clientela, esté o no situado en un lugar comercial bueno, o que la casa o vivienda tenga vistas al mar o a un blor, que de pisos o esté situada en un lugar residencial o junto a un verdereo. Engañar sobre estos extremos puede ser, sin duda, un engaño bastante. Pero el problema es si la frustración de las expectativas prometidas constituye también un perjuicio patrimonial. Los casos de esta índole pueden multiplicarse. El comprador adquiere por su precio una vaca lechera porque cree, engañado, que es de carne, o una enciclopedia de jardinería porque le han dicho que es de agricultura o un solar para construir pisos cuando en las ordenanzas municipales sólo se permiten viviendas unifamiliares. En todos estos casos es evidente que de haber conocido el comprador con exactitud lo que realmente se le vendía no lo hubiera comprado.

Para considerar estos casos como estufa habrá que incluir junto al concepto objetivo económico-jurídico de patrimonio un aspecto subjetivo o individual según el cual el daño o perjuicio patrimonial se determina también en función del valor de uso o del empleo que el adquirente de la cosa pensaba de a la misma. La compra, por ej., de una enciclopedia por parte del poco instruido agricultor porque el vendedor le asegura que en ella viene todo lo referente a agricultura, siendo así que realmente trata de jardinería, sería estufa, aunque el comprador haya pagado el precio que dicha enciclopedia tiene en el mercado. Del mismo modo también sería estufa la cesión en pago de bienes que se dicen libres o se prometen liberar de cargas y luego resultan embargados o hipotecados, o la venta de una vivienda en lugar residencial con magníficas vistas al mar, que luego está junto a una autopista, rodeada de edificios, sin apenas vislumbrar el mar.

Obviamente casi todos estos casos se pueden resolver por la vía civil y sin necesidad de acudir al Derecho penal, pero de lo que aquí se trata es de saber si se puede considerar como perjuicio patrimonial la lesión de estas expectativas no mensurables estrictamente en términos económicos. Mi opinión es favorable a ello. En la valoración económica de un bien y, por tanto, en la determinación del perjuicio patrimonial, debe tenerse en cuenta el valor de uso o el empleo concreto que el adquirente quiere darle (*aspecto individual del concepto económico-jurídico del patrimonio*).

La consideración del indicado aspecto subjetivo no puede llevarse, sin embargo, hasta el extremo de incluir en el concepto de patrimonio y, por tanto, en el de perjuicio patrimonial, los simples valores afectivos que no se traducen en la valoración económica objetiva. Así, por ej., si alguien vende

sus cuadros a menos precio porque el comprador le dice que es para una institución benéfica o para un personaje público importante, cuando en realidad es para él mismo, el pintor puede considerarse estafado subjetivamente, pero no habrá estafa si, a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto.

En consecuencia, también la *compensación patrimonial*, es decir, la pérdida de la cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente, elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa, aunque personalmente el sujeto pasivo del engaño no esté de acuerdo. Así, por ej., quien compra equivocadamente un cuadro de Murillo por su valor en el mercado, creyendo que compra un Zurbarán, no podrá considerarse perjudicado económicamente, porque su interés personal no incide en el valor económico objetivo.

c) También puede apreciarse perjuicio patrimonial y, por tanto, delito de estafa, cuando el elemento patrimonial sobre el que recae la defraudación tenga su origen en una acción antijurídica o en una causa ilícita. Así, por ej., cabe la estafa al estafador, o al ladrón, sobre las cosas obtenidas por éstos mediante estafa o hurto. Naturalmente habrá que hacer la reserva de que esa protección se dispensa frente a terceros, no frente al propietario o legitimado para reclamar la cosa.

El negocio con causa ilícita (por ej., para traficar con drogas) también puede dar origen a una estafa, si bien no produce efecto alguno en el ámbito civil (art. 1275 Código civil). Ello es una buena prueba de la propia autonomía del Derecho penal, que no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito. Sin embargo, el estafado no puede exigir, en ningún caso, que se realice el negocio ilícito; no puede, por ej., exigir que el traficante le entregue la droga, que la prostituta cumpla su servicio o que se le entregue la máquina de hacer billetes. Esta distinción pasa a veces desapercibida a la doctrina, que no advierte que una cosa es la pertinencia de apreciar la estafa y otra la exigibilidad de la prestación (véanse, por ej., ROMERO, p. 291; BAYO II, p. 295; VALLE, 1987, p. 251; y GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 671).

Una vez establecido qué se entiende por perjuicio habrá que proceder a su determinación, extremo éste importante tanto en la medición de la pena (cfr. art. 250,6º), como en la delimitación entre el delito y la falta de estafa (cfr. arts. 249 y 623,4). Para la determinación del importe del perjuicio patrimonial, tanto a la hora de aplicar la cualificación del art. 250,6º como de determinar la cuantía de 50.000 pesetas que diferencia el delito de la falta, habrá que atenderse al valor de mercado de la cosa o prestación defraudada, es decir, del elemento patrimonial concretamente dañado que es el específico bien jurídico protegido en el delito de estafa, no al perjuicio global o pérdida patrimonial total resultante que sólo debe tenerse en cuenta para determinar la responsabilidad civil, ya que en la estafa no hay un ataque al patrimonio como un todo, sino a concretos elementos integrantes del mismo.

Tipo subjetivo

Correlativamente al perjuicio suele producirse un provecho para el autor del engaño o para un tercero. Por eso, la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de «enriquecimiento». Este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito, por lo que es de extraordinaria importancia para la caracterización de la tipicidad, pues ésta, como en otros delitos patrimoniales, requiere un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro. Dentro del tipo subjetivo se requiere, además, el dolo, no siendo posible la comisión imprudente, dada la exigencia del ánimo de lucro. Este dolo debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio.

La dinámica lucro-perjuicio es, en definitiva, el *leit-motiv* de toda estafa. Pero ello no quiere decir que el perjuicio tenga que ser directamente querido por el sujeto activo de la estafa. El autor (o autores) de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces, le es penoso causarlo. Pero ello en ningún caso excluye el ánimo de lucro. La mayoría de los que emprenden un negocio arriesgado pretenden que el negocio salga bien, para evitar, entre otras cosas, problemas penales; pero la esencia del negocio constitutivo de estafa está precisamente en que ante la perspectiva del fracaso del mismo, quieren, desde el primer momento, desplazar el perjuicio patrimonial hacia terceras personas.

El «ánimo de lucro» se perfila en estos casos a través de todo un montaje en el que lo único que está claro es que de ningún modo se piensa asumir como propios los posibles perjuicios que del negocio se derivan. Beneficios para todos, perjuicios para los demás, sería pues, una forma de «ánimo de lucro», por lo demás muy corriente en el ámbito de los grandes negocios y empresas arriesgadas, que junto con los demás elementos podría dar lugar a un delito de estafa. No es, pues, el lucro como tal, sino la forma fraudulenta de conseguirlo lo que caracteriza al delito de estafa.

Consumación

La estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. En los casos en los que se acepta una letra de cambio a un determinado plazo sin ánimo de pagarla, la estafa no se consuma hasta el momento del impago. Hay tentativa cuando la intervención judicial o policial, la interposición de demandas, etc., impiden oportunamente el daño patrimonial. En las estafas contractuales es necesaria, como indica VALLE (1987, p. 244), la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas para la consumación del delito.

Concurso

El problema del *concurso* con otros delitos es especialmente difícil en lo que se refiere al concurso entre la estafa y las falsedades en documento privado que se realizan para procurarse un provecho patrimonial ilícito y que en la realidad son medios para la comisión de estafa. El problema es de difícil solución, teniendo en cuenta la existencia en nuestro Código de las falsedades lucrativas en documentos privados como delitos autónomos distintos de las estafas. La cuestión es discutida y no hay un criterio jurisprudencial claro o unánime; últimamente el Tribunal Supremo se inclina por la absorción de estas falsedades en las estafas, a no ser que la falsedad tenga igual o mayor pena, castigando entonces sólo por falsedad (STS 7 octubre 1974). Ningún problema hay, en cambio, para admitir el concurso de delitos medial entre la estafa y la falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio (véase *infra* capítulo XXXI).

Delito continuado y delito masa

Cuando existen pluralidad de estafas y pluralidad de sujetos pasivos deben aplicarse las reglas del concurso real (art. 73) con las limitaciones contenidas en el art. 76. Pero estas reglas paradójicamente pueden beneficiar al delincuente que, a través de pequeñas defraudaciones de cuantías que no sobrepasan las de la falta, puede conseguir grandes beneficios patrimoniales. Lo mismo sucede en los fraudes colectivos (estafas de pisos, sociedades de inversión y construcción ficticias, venta de alimentos adulterados, etc.), que individualmente considerados son a veces de poca gravedad. Las penas a aplicar en estos casos conforme a las reglas del concurso real son irrisorias o desproporcionadas, por defecto, a la entidad del delito cometido y a la alarma social creada.

Al principio la jurisprudencia intentó solucionar el problema con ayuda de la teoría del *delito continuado* (SSTS 22 y 26 octubre y 13 noviembre 1954); pero esta teoría exigía, para castigar como un solo delito de estafa por la cuantía total de lo defraudado en las plurales defraudaciones, la unidad del sujeto pasivo y la indeterminación de las fechas y cuantías de las defraudaciones, requisitos que, sobre todo por lo que respecta al sujeto pasivo, no se dan en los fraudes colectivos (SSTS 14 abril, 10 junio, 28 junio y 13 octubre 1967, 6 febrero 1970, 8 noviembre 1974 y 20 febrero 1975). Por eso, la teoría del delito continuado fue sustituida por la del delito masa. Según esta teoría se pueden castigar varias defraudaciones como un solo delito de estafa por el importe total de lo defraudado. El sujeto pasivo masa aparece ante el sujeto activo como una pluralidad indiferenciada de personas anónimas, inter-

cambiables, de las que se pretende extraer cantidades de dinero de poca monta, pero que sumadas producen un gran beneficio patrimonial, con un propósito unitario de enriquecimiento. Son estos dos requisitos los que convierten las diversas defraudaciones, cuyas cuantías individuales son a veces irrisorias, en un único delito de estafa a castigar por el importe global de lo defraudado (sobre esta construcción jurisprudencial véanse SAINZ CANTERO, pp. 656 ss.; LANDROVE; y CASTIÑERA).

Actualmente el problema se resuelve expresamente en el apartado 2 del art. 74, que obliga a determinar la pena en estos casos (delitos patrimoniales) teniendo en cuenta el perjuicio total causado, disponiendo además que el Juez o Tribunal «impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas». Entiendo, sin embargo, que esta disposición no es aplicable si se da el apartado 2 del art. 250 en relación a las circunstancias 1ª y 6ª del art. 250,1, en el que ya se tiene en cuenta el perjuicio total para formar un marco penal autónomo (prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses).

Penalidad

Según el art. 249, los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excede de cincuenta mil pesetas (si no llega a esta cuantía, el hecho es falta, art. 623,4). Según el mismo precepto, para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Pero el art. 250 contiene además una serie de calificaciones específicas que obligan a imponer la pena de prisión de uno a seis años y la de multa de seis a doce meses, e incluso en el caso de que se den las calificaciones 6ª o 7ª con la 1ª, el apartado 2 del mismo artículo impone la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Este régimen de punición es aplicable también al delito de apropiación indebida previsto en el art. 252, que se remite a los arts. 249 y 250 (véase *infra*).

Análisis de las circunstancias cualificadoras del art. 250

Dice el art. 250: «1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- 1º. Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- 2º. Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.
- 3º. Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.
- 4º. Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
- 5º. Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
- 6º. Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
- 7º. Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
2. Si concurrieran las circunstancias 6ª o 7ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».

Igual que sucede con el régimen de punición del hurto, el art. 250 contiene una serie de cualificaciones que deben ser abarcadas por el dolo y que siguen el régimen de comunicación respecto a los partícipes que prevé el art. 65, es decir, se les imputarán las que sean de naturaleza objetiva a aquellos que las comoczan, y las subjetivas a aquellos en quienes concurren. Se trata de subtipos agravados, que se sustraen al régimen general del cómputo de las circunstancias agravantes fijado en el art. 66, no cabiendo, por tanto, la compensación con las atenuantes que puedan concurrir. También la determinación de la pena en caso de tentativa y complicidad se llevará a cabo a partir del marco penal del art. 250, cuando se den las circunstancias citadas en el mismo.

— La primera de estas cualificaciones hace referencia a «cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social». En principio, su sola concurrencia determina la apreciación del tipo cualificado. Si, además, concurre con la circunstancia 6ª o 7ª, las penas serán de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Con ello se pretende castigar con dureza las estas en ámbitos de gran trascendencia social como la construcción de viviendas, en los que promotoras o constructoras reciben diversas cantidades a cuenta para la construcción de viviendas que después no construyen, o en los que se alteran la sustancia, calidad o cantidad de esas mismas viviendas o de otras cosas de primera necesidad como la leche, el pan, etc., de forma grave y con grave quebranto patrimonial de sus adquirentes.

— La cualificación segunda hace referencia claramente a la estafa procesal y es una prueba más de la posibilidad de esta modalidad de estafa en nuestro Ordenamiento jurídico.

— En la cualificación tercera se le da un tratamiento agravatorio a la utilización en la comisión de estafas de títulos valores de gran trascendencia en el tráfico mercantil (cheques, pagarés, letras de confianza), pero obviamente el hecho debe revestir previamente los caracteres de estafa, pues, como ya hemos dicho anteriormente, la obtención de un crédito librando un cheque en descubierto o utilizando una letra de cambio de favor, conociendo el tomador del documento el carácter vacío del mismo, no es constitutivo de estafa; como tampoco lo es la utilización abusiva de una tarjeta de crédito dentro de los límites cuantitativos autorizados por la entidad bancaria que concedió dichas tarjetas (véanse Muñoz Conde, en Varios, 1990; y Suárez Montes).

— La cualificación cuarta puede reflejar también una estafa procesal, pero lo fundamental aquí es la manipulación de un documento, bien por falsificación, por ejemplo, por abuso de firma de otro, bien por daño o hurto del mismo, por lo que normalmente se dará un concurso con el respectivo delito.

— La cualificación quinta coincide casi literalmente con la del art. 235.1 que cualifica la pena del hurto, por lo que nos remitimos a lo allí dicho.

— La cualificación sexta tiene en cuenta la gravedad del perjuicio causado que, obviamente, no puede ignorarse a la hora de determinar la gravedad de la estafa. La indeterminación del término «especial gravedad» ha obligado a la jurisprudencia a fijar unas cuantías, puramente orientativas, que, como dice la STS 23 febrero 1987, están sujetas a las revisiones que vayan aconsejando las circunstancias y las fluctuaciones del valor adquisitivo de la moneda. Las SSTs 18 junio, 3 octubre 1985 y 30 enero 1986, la consideran aplicable cuando la cuantía de la defraudación rebasa el millón de pesetas. Cuando el hecho revistiere notoria gravedad y afecte a múltiples perjudicados, será además aplicable lo dispuesto en el art. 74.2, salvo que ello determine ya la apreciación del apartado 2 del art. 250.

— La cualificación séptima está en cierto modo implícita en la propia acción constitutiva de estafa, ya que precisamente el engaño suele darse cuando existe una relación de confianza, de la que de algún modo se abusa cuando se utiliza esa relación personal ya existente, por lo que no se comprende muy bien el carácter agravatorio y mucho menos el régi-

men de agravación especial que puede tener si se dan los presupuestos del apartado 2 del art. 250. Por ello, habrá que exigir para aplicar estas calificaciones algo más que un simple abuso de confianza o de superioridad, ya de por sí agravantes genéricas (art. 22, 2ª y 6ª) y de algún modo consustanciales al propio engaño. Así, por ejemplo, podrá aplicarse esta cualificación cuando la relación sea de especial confianza, como la de la anciana que confía el cobro de su pensión al director de la institución en la que reside, o el cliente del banco que confía sus ahorros al director de la entidad que los utiliza en su propio beneficio.

ESTAFAS ESPECÍFICAS

El art. 251 tipifica expresamente una serie de estafas que obedecen al mismo concepto general de estafa que anteriormente hemos dado, pero que tienen un marco penal específico (pena de prisión de uno a cuatro años), sustraído al régimen de penalidad, básico y cualificado, previsto para las demás estafas. Estas estafas específicas son:

A) El otorgamiento de contrato simulado (art. 251, 3º)

La inclusión de este precepto entre las estafas sólo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien («otro»), ajeno a los contratantes, que, fiado de la apariencia contractual, realice una disposición patrimonial que le perjudique.

Si, por el contrario, el contrato simulado se realiza para perjudicar al acreedor de uno de los contratantes, tal simulación será, en principio, una forma de alzamiento de bienes (cfr. *inyta* capítulo XX; STS 18 octubre 1972 y Muñoz Conde, 1977, p. 105).

B) La estafa inmobiliaria (art. 251, 1º y 2º)

El art. 251, 1º castiga al que atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenar, gravar o arrendar a otro, en perjuicio de éste o de tercero; y el pfo. 2º al que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o al que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

El supuesto del pfo. 1º, ampliado en la reforma de 1983 al arrendamiento y gravamen, no plantea en realidad ningún problema de distinción con la estafa propia del art. 248, ya que el atribuirse falsamente facultad de disposición («fingirse dueño», como se decía en el anterior Código penal), es un engaño suficiente para generar los demás elementos del delito de estafa.

Otra cosa sucede con los supuestos del pfo. 2º. La ampliación que hizo la reforma de 1983 a los casos de doble venta o gravamen después de la enajenación complicó la regulación anterior. La venta de una cosa gravada ocultando el gravamen puede ser indudablemente estafa frente al adquirente, no desde luego frente al titular de la hipoteca que conserva intacto su derecho *erga omnes* (cfr. STS 13 marzo 1965 y Muñoz Conde, 1977, p. 103). A ella había equiparado la jurisprudencia la enajenación seguida de gravamen previo a la entrega de la cosa (cfr. STS 17 marzo 1973). La equiparación a este supuesto de los casos de «doble venta» o de gravamen del inmueble tras haberlo vendido, antes de la entrega al adquirente, puede ser problemática, pues, como indican Castiñeira/Corcoy/Silva, en algunos casos habrá un ilícito civil, pero no los elementos característicos de la estafa; piénsese en quien, tras haber vendido, recibe una mejor oferta y entrega la cosa al segundo vendedor. Por eso, es necesario exigir en todos estos casos la presencia de los elementos conceptuales de la estafa.

APROPiación INDEBIDA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BELTRÁN BALLESTER, *El hurto de hallazgo*, Valencia 1979; CASTIÑEIRA PALOU, *Venta a plazos y apropiación indebida*, Barcelona 1983; el mismo, *Incumplimiento contractual y responsabilidad penal. Sobre el art. 12 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, en *Homenaje a Pérez-Vitoria I.*, Barcelona 1983; el mismo, *El impago a la seguridad social de las cotizas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida*, ADP 1985; DE LA MATA BARRANCO, *La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, ADP 1987; el mismo, *Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída al titular*, Pj núm. especial IX, 1989; el mismo, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona 1994; DE PRADA BENGON, *Periferia del delito de apropiación indebida y examen de un supuesto incluido y no penado*, en *La nueva delincuencia II*, CJD 1993; DELGADO LÓPEZ, *La doctrina del TS sobre la falta de ingreso en las cotizas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario*, ADP 1985; DÍAZ PALOS, *Poseción de muebles y apropiación indebida*, en Ho-

menaje a Caslán III, Pamplona 1969; HERRER SAMBA, *Apropiación indebida*, NEJ II, 1950; GONZÁLEZ CUSSAC, *Apropiación y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, RGd 1995; HIJAS PALACIOS, *De la apropiación indebida*, ADP 1977; MANJÓN CABEZA-OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Madrid 1988; el mismo, *Cuentas corrientes indistintas y apropiación indebida*, RFDUC 1988/89; MARTÍNEZ PÉREZ, *Apropiación de la cuota obrera de la seguridad social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF*, EPC 1984/1985; el mismo, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC 1993/1994; MORILLAS CUEVA, *El no reintegro de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida*, ADP 1979; MUÑOZ CONDE, *Aspectos jurídicos penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas*, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; OLIVA GARCÍA, *Sobre el llamado delito financiero*, RFDUM 1972; QUINTANAR DÍEZ, *Sobre el «título y la apropiación» en el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código penal*, CPC 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apropiación de la totalidad del tesoro oculto*, CPC 1977; el mismo, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, CPC 1982; SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Barcelona 1977; ZUGALDÍA ESPINAR, *Hurto y apropiación indebida, criterios de demarcación*, CPC 1986 (también en RFDUC monográfico 11, 1986).

Sobre el Código penal de 1995: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Apropiaciones indebidas*, Valencia 1997; HAVA GARCÍA, *Comentario a las sentencias 1/1997 y 224/1998 («Fiteasa» y «Argentina Trust»)*, *Falsedad mercantil cometida por particular: apropiación indebida y administración desleal*, RCP 1998; MARCHENA GÓMEZ MORENO VERDEJO, *El delito de apropiación indebida en el Código penal de 1995*, Madrid 1998; PAREDES CASTAÑÓN, *Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida*, PJ 1997; SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*, Madrid 1997. Véase además la bibliografía de los delitos societarios en el capítulo XXIII.

La Sección 2ª del Capítulo VI trata de la apropiación indebida y en ella, junto a la apropiación indebida propiamente dicha del art. 252, se tipifican también dos supuestos similares a ella, aunque no exactamente coincidentes.

Dice el art. 252: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado ex-

ceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

Esta figura felicitiva se encontraba ya en el Derecho romano, aunque confundida entre el hurto y la estafa. En el Código penal francés se tipificó como delito independiente bajo el nombre de «abuso de confianza», sirviendo de modelo al nuestro de 1822. En el Código penal de 1870 se colocó en el capítulo de la estafas y allí estuvo situada hasta la reforma de 1944 que creó una sección especial con esta figura, tipificándola expresamente con el nombre de apropiación indebida, dándole una autonomía en el orden típico y sistemático, pero remitiéndose en cuanto a la aplicación de las penas al art. 528, que sancionaba la estafa. La reforma de 1983 incluyó en este precepto la apropiación de una cosa perdida.

Diferencias con la estafa, con el hurto y con la malversación

El común originario con la estafa y con el hurto hace a veces difícil delimitar la apropiación indebida de estos dos delitos.

— La diferencia con la estafa es de tipo morfológico y comisivo. En la apropiación indebida no existe el engaño previo que en la estafa es esencial. En la apropiación indebida la posesión de la cosa es originalmente lícita y después surge el ánimo de apropiársela ilícitamente. En la estafa la constitución de la posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es el origen o la causa de esa constitución, con lo que la posesión es desde ese momento ilícita. Esta tesis es dominante desde antiguo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (cfr., por ej. STS 29 abril 1975; QUINTANO II, p. 87); sin embargo, en la praxis se plantean muchas veces problemas de prueba del engaño previo que determinan alternativamente la aplicación de la apropiación indebida cuyo marco penal es el de la estafa.

— Tampoco plantea ya mayores problemas, teóricos y prácticos, la diferenciación entre apropiación indebida y hurto. En términos generales puede decirse que la apropiación indebida difiere del hurto en no mediar sustracción, sino apropiación ilegítima de algo que ya se posee legítimamente. El sujeto activo de la apropiación indebida debe estar, por tanto, en posesión de la cosa apropiada, siendo la propiedad directamente el bien jurídico protegido en este delito. Pero la cuestión se complica cuando se trata de determinar el alcance de esa posesión. Existen hechos de apoderamiento de cosas muebles respecto a las cuales el sujeto activo tiene una relación posesoria y que, sin embargo, son calificados como hurtos. El cajero que se apodera del dinero de la

caja que custodia o la chica del servicio doméstico que sustrae algunos objetos de plata mientras está limpiándolos, poseen indudablemente estas cosas, aunque sea a título de meros «servidores de la posesión», y, sin embargo, cometen hurto.

La distinción hurto-apropiación indebida en el Derecho penal español no puede llevarse a cabo, por tanto, en base al concepto de posesión —que, por otra parte, no es pacífico ni está firmemente delimitado en el Derecho privado—, sino en base al título en virtud del cual se tiene la posesión. Por imperativo del art. 252, dicho título debe ser en la apropiación indebida uno de los allí señalados que produzca obligación de entregar o devolver los objetos recibidos. Así, será hurto el apoderamiento de las cantidades cobradas por el ordenanza de un Banco, y apropiación indebida el realizado por el director de la sucursal (cfr. ZUGALDIA, pp. 123 ss.).

Común con el hurto propio es en la apropiación indebida solamente el objeto material sobre el que recae la acción: cosa mueble ajena. El supuesto de la apropiación de cosa perdida constituye desde el punto de vista de la modalidad comisiva de acción también una apropiación indebida, ya que la posesión originaria de las cosas perdidas, por parte de los que se las encuentran, es lícita; pero debe tenerse en cuenta que el título en virtud del cual se poseen no puede equipararse a ninguno de los citados en el art. 252. De ahí la necesidad de su tipificación expresa que lleva a cabo el art. 253 (cfr. *infra*: respecto a la situación anterior, 4ª ed. pp. 194 ss. y 256).

— Respecto a la malversación de caudales públicos, que como delito contra la Administración pública se tipifica en los arts. 432 ss., la distinción con la apropiación indebida es relativamente fácil en un plano estrictamente dogmático. En la malversación el sujeto activo debe ser un funcionario público o persona asimilada *ex lege* a él y el objeto material tener la conceptualización de caudal público, debiendo mediar una relación entre el objeto material y el sujeto activo; mientras que en la apropiación, además de algunas diferencias morfológicas, ni el sujeto activo ni el objeto material deben tener una cualidad especial. Estas diferencias se relativizan respecto a la llamada malversación impropia (art. 435), al imponerse en este caso la consideración de funcionario y de caudal público en supuestos que originariamente carecen de esta conceptualización. Razones político-criminales han pesado en esta calificación, para imponer penas más elevadas cuando los bienes, aun siendo privados, están afectados a obras de interés público o sujetos a administración o depósito judicial, etc. (cfr. *infra* capítulo XLII).

La distinción propiedad-posesión y su relevancia en la apropiación indebida y figuras afines

Al igual que la posesión derivada de alguno de los títulos citados en el art. 252 sirve para diferenciar el delito de apropiación indebida de algunos hurtos, también la propiedad sirve para delimitar la apropiación de otros delitos e incluso del ámbito de la más absoluta impunidad. La libre disposición de los bienes de los que se es propietario no tiene, en principio, más limitaciones que la de no sustraer esos bienes al deber de cumplimiento de las obligaciones al que están sujetos por imperativo del art. 1911 del Código civil. La lesión de este deber, colocándose en insolvencia, puede constituir todo lo más una insolvencia punible, un alzamiento de bienes por ejemplo, pero nunca una apropiación indebida. Por eso fue objeto de críticas por PACHICO (III, p. 321) el precepto del Código penal de 1850 que castigaba como hurto el negar haber recibido dinero en préstamo y por parte de GROSZARD (VII, p. 182), la jurisprudencia que castigaba por la actual apropiación indebida el negar haber recibido dinero tomado a préstamo, ya que en estos casos se transmite la propiedad del dinero entregado y con ello la disposición sobre él. La cotitularidad sobre cuentas corrientes autoriza, por tanto, a cualquiera de los titulares a disponer de la totalidad (así MANJÓN, 1988/89), independientemente de la cuestión civil de reclamación de cantidad que pueda plantearse por la otra parte titular de la cuenta.

Esta tendencia a sancionar penalmente el incumplimiento de obligaciones civiles se extiende en modernas disposiciones como la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en cuyo art. 59 se dispone que «el *dueño* de los efectos pignoratios, a *todos los efectos legales*, tendrá la consideración de *depositario* de los mismos» (cfr. STS 19 mayo 1972), y la Ley de compraventa de bienes muebles a plazos, en cuyo art. 12 se dispone aún más claramente que «el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código penal para los delitos de apropiación o daños». Respecto a este último precepto la jurisprudencia ha extraído claramente las consecuencias que de él se derivan, castigando, como apropiación indebida, la disposición o enajenación por parte del comprador del objeto vendido a plazos antes de haber satisfecho el último plazo, desvirtuando de este modo el sentido originario del delito de apropiación indebida (véase *infra*: supuestos especiales de apropiación indebida).

Ante esta ampliación de los títulos previstos en el art. 252 a otros que crean una situación de superior rango de la mera posesión, mucho más cercana a la de la propiedad, cuando no similar a ella, cabe preguntarse por

el bien jurídico protegido en estas figuras de «apropiación indebida» que no puede equipararse con el de la apropiación indebida propiamente dicha del art. 252 del Código penal en el que, como opina la doctrina dominante, se protege la propiedad. El bien jurídico protegido en estos delitos «*stricti generis*» creados por leyes especiales es, por tanto, el derecho que tiene quien entrega una cosa a que sea usada conforme al ámbito de disponibilidad que permita el título por el que fue entregada la cosa, ámbito de disponibilidad que puede coincidir con una propiedad con limitaciones. La esencia de estos delitos consiste en la lesión a este derecho con el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación de disponer de la cosa con las limitaciones que en el título se indican. De este modo, creándose delitos que sólo tienen con la apropiación indebida un parentesco morfológico y que sólo se asimilan a ella a efectos penales, se amplía el ámbito de protección penal, sancionando el mero incumplimiento contractual o la frustración de ciertas expectativas y limitaciones. De *lege ferenda* convendría limitar la punibilidad a aquellos casos en los que únicamente se transmite la posesión mediante un título que imponga la obligación de entregar o devolver las cosas recibidas, que son los casos para los que está pensado el art. 252.

Salvo estas excepciones, la propiedad de las cosas por parte del sujeto que dispone de ellas desvirtúa el delito de apropiación indebida, pudiendo constituir la disposición sobre estas cosas todo lo más, cuando se trata de un uso abusivo del propio patrimonio, un delito de alzamiento de bienes (véase *infra* capítulo XX). De aquí se desprende que no pueda castigarse por apropiación indebida el hecho de que el prestatario no devuelva la cosa fungible objeto del préstamo o mutuo, pues este contrato transmite la propiedad y no la posesión de las cosas prestadas, aunque naturalmente subsistan las correspondientes acciones civiles o, si ha existido engaño previo que determinó la entrega de la cosa, la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a la estafa.

Tipo objetivo

De lo dicho se desprende que *la acción* en el delito de apropiación indebida del art. 252 consiste en actos de apropiación de las cosas, es decir, en disponer de ellas «como si fueran propias», transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica. Esta acción se puede llevar a cabo bien por actos positivos de disposición de las cosas o bien negando haberlas recibido.

— *Actos positivos*. La disposición, para la que no se está autorizado, implica un acto de apropiación del sujeto que dispone, siendo sólo poseedor. En el art. 252 se habla de apropiarse o distraer. No existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre la apropiación y la

distracción o, por lo menos, esta distinción carece de relevancia, siempre que se entienda que la *distracción* es una forma de apropiación y no un mero uso distinto al pactado. De aquí se deriva que no basta con un simple mal uso de la cosa poseída, sino que son precisos verdaderos actos de apropiación. La mal llamada «apropiación indebida de uso» no encaja, pues, en el art. 252. El Tribunal Supremo ha extendido, sin embargo, el delito de apropiación indebida a casos como la pignoración de objetos y el uso de automóviles arrendados por más tiempo del pactado (véanse por ej., SSTS 23 abril 1929, 20 noviembre 1964 y 22 febrero 1982; críticamente QUINTANO II, pp. 999 ss.). La «distracción» es también una forma de apropiación: el que distrae piensa devolver la cosa, mientras que el que se la apropia no piensa ni por un momento en la devolución. Esto es importante para incluir también en la apropiación indebida la utilización de cosas poseídas, por ejemplo, en administración para negocios propios, pues ya la disposición de las mismas, salvo que se trate de un simple uso, es una forma de apropiación como si se fuera propietario de la misma y, por tanto, exponiéndose a riesgos que sólo puede asumir el verdadero propietario. La mera disposición sin esta apropiación sólo es punible como administración desleal o fraudulenta prevista en el ámbito societario en el art. 295 (cfr. *infra* capítulo XXIII).

— *Negar haber recibido las cosas*. Si, faltando a la verdad, se niega haber recibido una cosa mueble con obligación de devolverla, existe una presunción de apropiación, de ahí que se mencione expresamente esta modalidad comisiva. Pero también existe esta presunción, aunque no se mencione expresamente, cuando se afirma, falsamente, haber ya devuelto la cosa entregada. En ambos casos la intención es la misma: apropiarse de las cosas. Distinta es la negativa a entregar las cosas recibidas, cuando se reconoce que se han recibido y que aún no se han devuelto, porque esta conducta puede deberse al ejercicio de legítimos derechos, como el de retención. Lo importante en todo caso no es la modalidad comisiva de la apropiación, sino el que ésta revele el ánimo de apropiarse de la cosa por hechos *concluyentes* (véase *infra* y STS 27 junio 1975).

El objeto material ha de ser una cosa mueble, mencionándose expresamente el dinero, efectos y valores, o activo patrimonial.

Estas cosas han de ser recibidas en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Es decir, *la cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión*. En la frase «u otro título» han de entenderse comprendidos

otros contratos traslativos de la posesión como el comodato, el mandato y la prenda. Respecto a las cosas cuya posesión se transmite se comprenden también los contratos de arrendamientos y arquería. Por las razones ya dichas no pueden asimilarse a estos títulos el contrato de préstamo o mutuo, porque transmite la propiedad, y por las mismas razones la compraventa a plazos y la prenda sin desplazamiento, salvo las excepciones ya citadas que se contienen en leyes especiales. Respecto al contrato de sociedad no hay óbáculo legal alguno que impida que uno de los socios sea castigado por apropiación indebida cuando dispone ilícitamente de objetos del patrimonio comunitario en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos (STS 27 junio 1975). Lo mismo puede decirse del administrador que utiliza los fondos sociales para fines propios, desviando el patrimonio social del objeto social a que estaba afecto (STS 23 junio 1973; véase comentario a esta sentencia de OJIVA, pp. 40 ss.). La cuestión de la tipicidad de la administración fraudulenta en el Código penal vigente a través del delito de apropiación indebida ha sido, sin embargo, discutida, alegando que si la conducta no constituye una apropiación de fondos ajenos, sino sólo una disposición indebida en «abuso de confianza», sin ánimo de apropiación personal, puede constituir todo lo más el delito societario previsto en el art. 295. Sin embargo, en la STS 26 febrero 1998 (caso «Argentina Trust») se considera que aunque no quede probada la apropiación en beneficio propio de 600 millones pertenecientes a la sociedad, el administrador que dispuso de ellos, sin que quede constancia de haberlos reintegrado a la sociedad, comete apropiación indebida, que en el nuevo Código penal sería de preferente aplicación por estar castigada más gravemente que el delito de administración fraudulenta del art. 295 (en este sentido, también CONDE-PUMPIDO, pp. 50 ss.; cfr. *infra* capítulo XXIII).

Tipo subjetivo

Lo mismo que en el delito de hurto, se exige también aquí el ánimo de lucro referido a la intención de apropiarse de la cosa: «*animus rem sibi habendi*», o de disponer de ella sin facultades para ello, lo que produce un perjuicio en el sujeto pasivo. El ánimo de devolución posterior a la apropiación no excluye el dolo, pero puede constituir el presupuesto subjetivo de la impunidad por desistimiento voluntario en las formas imperfectas de ejecución o de la atenuación en los casos de arrepentimiento posterior a la consumación (véase *infra*).

Causas de justificación

El delito de apropiación indebida es el resultado de una serie de negocios jurídicos que motivaron la entrega o transmisión de la posesión de las cosas y que muchas veces condicionan su antijuricidad. Como causas de justificación suelen invocarse el derecho de retención y el estado de liquidación o rendición de cuentas pendientes. Por lo que respecta al *derecho de retención* el Código civil y el Código de comercio permiten en algunos casos que se retengan por el poseedor las cosas a él entregadas hasta que se le satisfagan los gastos realizados para su conservación, manutención, etc.; el ejercicio de este derecho dentro de los límites marcados en estos cuerpos legales justifica indudablemente la apropiación (véase QUINTANO II, pp. 925 ss.). En íntima relación con el derecho de retención se encuentra la *liquidación de cuentas pendientes* entre los distintos sujetos del título traslativo de la posesión. El que exista una liquidación pendiente no implica necesariamente la justificación de la apropiación indebida y todo lo más puede tener importancia para la determinación de la cuantía del perjuicio y consiguientemente de la pena. Pero si la liquidación revela un estado de deudas recíprocas entre las partes, la apropiación de las cosas por un importe inferior a la cuantía de la deuda puede estar justificada.

Consumación

El resultado de la apropiación indebida consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizarse los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas. Normalmente apropiación y perjuicio suelen coincidir, pero si, a pesar de los actos dispositivos, no se llega a producir el perjuicio patrimonial lesivo para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa. La cuestión tiene trascendencia para apreciar la impunidad en los casos de desistimiento voluntario que habrá que admitir cuando gracias a ese desistimiento el perjuicio no se produce. Así, por ejemplo, en el caso fallado por la STS 25 octubre 1882: el autor sustituyó un cuadro que tenía en depósito por una copia, pero al entregarla al depositante éste notó el cambio y reclamó el original que inmediatamente le fue devuelto. En los casos de cantidades recibidas en comisión y empleadas para cubrir gastos propios con fines distintos a los previstos, la devolución de estas can-

tidades, al ser exigidas, excluyen la consumación e incluso el castigo por tentativa, si se trata de un desistimiento voluntario (cfr. STS 17 abril 1964). Distinto del desistimiento es el arrepentimiento posterior a la consumación, es decir, posterior a la producción del perjuicio, que todo lo más puede constituir una circunstancia atenuante (art. 21,5^ª). En la práctica sólo se presentan casos de apropiación indebida en grado de consumación, porque normalmente la apropiación supone casi siempre el perjuicio y porque sólo cuando se produce el perjuicio se presentan las correspondientes querrelas (muy interesante al respecto STS 14 noviembre 1975. En contra, SAINZ-PARDO, pp. 156 ss., no admite las formas imperfectas de ejecución, considerando que la acción de apropiarse y el resultado perjudicial se dan *simultáneamente*; de la misma opinión BAYO II, p. 421. En el sentido del texto, VIVES, en VIVES/BOIX, p. 969).

Delito continuado

Igual que en otros delitos patrimoniales como la estafa y el hurto, la apropiación indebida puede darse en ejecución de un plan preconcibido a través de una pluralidad de acciones que, conforme al art. 74,1 y 2, pueden considerarse como un solo delito a sancionar por el importe del perjuicio total causado. En realidad, se trata de un expediente procesal que sirve para castigar como un solo delito distintas conductas de apropiación, cuando las distintas acciones no están perfectamente individualizadas. Al principio la jurisprudencia mantenía la tesis de aceptar la continuidad cuando no estaban concretadas las fechas y cuantías de las distintas apropiaciones y existía unidad de sujeto pasivo. Posteriormente la exigencia de la unidad del sujeto pasivo se sustituyó por el criterio de la unidad patrimonial y más recientemente las mismas necesidades político-criminales que ya veíamos en la estafa, hicieron surgir la teoría del *delito masa*, según la cual basta con que los distintos apoderamientos de cantidades pertenecientes a varias personas se lleven a cabo con un ánimo de lucro global, requisitos todos ellos que han sido acogidos en la regulación que de esta figura hace el art. 74.

Penalidad

Ya hemos dicho que las penas de la apropiación indebida son las del art. 249 ó 250, a los que se remite expresamente el art. 252. Tanto

en este artículo como en los que regulan otras formas de apropiación (arts. 253 y 254), el hecho sólo es delito si el valor de lo apropiado excede de cincuenta mil pesetas, constituyendo falta si no llega a esa cantidad (art. 623,4).

Estas penas no se determinan en función del valor de la cosa apropiada, sino del perjuicio patrimonial producido, en el caso de la consumación, o que se pudo producir, en el caso de las formas imperfectas de ejecución. En los casos de *depósito miserable o necesario* (art. 1781 Cc) las penas se impondrán en su mitad superior.

Supuestos especiales de apropiación indebida

Como ya se ha advertido anteriormente, existen algunos preceptos en Leyes extrapenales que equiparan a la apropiación indebida hechos que realmente no lo son. Uno de ellos era el recogido en el art. 6 de la Ley de 27 de julio de 1968 que ha sido expresamente derogado por el Código penal de 1995. Dicho artículo castigaba como apropiación indebida la no devolución de las cantidades anticipadas a cuenta para la construcción de viviendas. Pero aunque era cierto que la calificación de apropiación indebida forzaba la naturaleza jurídica del título por el que se entregaban dichas cantidades (una especie de compra-venta de cosa futura o contrato de cesión que, en principio, transmite la propiedad del dinero entregado a cuenta), muchos de los casos juzgados por los Tribunales podían también ser considerados desde el punto de vista de la estafa, posibilidad que sigue obviamente vigente (véanse 10^ª ed., p. 321; MANIÓ, 1988; GONZÁLEZ CUSSAC; y MUÑOZ CONDE, 1989).

— Dificultades similares pueden darse con otros supuestos de «apropiación indebida» anómalos como los ya citados del art. 59 de la Ley de hipoteca mobiliaria y el art. 12 de la Ley de compraventa de bienes muebles a plazos, aunque en estos casos al recaer la acción sobre cosas muebles perfectamente identificables es más fácil construir una especie de posesión o depósito sobre las mismas (véase CASRIENKA, 1983, pp. 55 ss.).

— Otro problema que se viene planteando en los últimos años, éste sin previsión legislativa expresa, es el del impago por parte del empresario de la cuota obrera a la Seguridad Social que ha descubierto del salario del trabajador. Una vez más nos encontramos aquí con el problema de la calificación del título por el que el empresario retiene la cuota obrera. La jurisprudencia, a partir de la STS 30 octubre 1971, viene considerando que existe aquí apropiación indebida, por estimar que el empresario es en realidad un mero depositario de la cuota obrera, obligado a entregarla en el Instituto Nacional de Previsión (cfr. STS 11 noviembre 1988). La doctrina penal dominante mantiene, en cambio, la atipicidad del comportamiento por con-

siderar que no existe ese depósito y que el empresario no recibe las cantidades de los obreros, sino que son suyas (así, por ej., MARTÍNEZ PÉREZ, 1984/1985, p. 93; CASTIÑEIRA, 1985, p. 597; y DELGADO, p. 229). De *lege lata* parece éste el planteamiento más correcto, aunque no debe olvidarse el problema social que subyace en este tema y que obliga a una previsión legal expresa, que, sin embargo, no se ha llevado a cabo tampoco en los nuevos delitos contra la Seguridad Social. No obstante, VALLE MUÑOZ (en QUINTERO, Comentarios, p. 1418) y la Consulta 2/1996 de la Fiscalía del Estado consideran aplicable el art. 307, mientras que CONDE-PUNARRO (pp. 86 ss.) considera aplicable el delito de apropiación indebida (sobre este problema, véase *infra* capítulo XLIII).

Un problema similar y la misma solución se plantea con la apropiación de las cantidades retenidas en el Impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF; véanse MARTÍNEZ PÉREZ, 1984/1985, p. 110 y STS 17 octubre 1988; empresario que no entregó en Hacienda los importes del impuesto de lujo pagados por los compradores de automóviles). Aquí, sin embargo, tras la reforma de 1995, considero que este supuesto queda tipificado expresamente como delito contra la Hacienda Pública en el art. 305 (véase *infra* capítulo XLIII).

Apropiación de bien perdido

Como ya antes se ha dicho, la reforma de 1983 introdujo en el pfo. 2º del art. 535, lo que antes se tipificaba como hurto en el art. 514.2º, castigándose ahora en el art. 253 con la pena de multa de tres a seis meses a «los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Si se tratare de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años».

Aunque la denominación de apropiación indebida para este supuesto es correcta, hay que advertir que el hecho no es exactamente una apropiación indebida pues la cosa perdida o de dueño desconocido encontrada por alguien no se tiene por ninguno de los títulos mencionados en el art. 252.

Por *bien perdido* ha de entenderse el bien mueble del que accidentalmente está privado su propietario por algún acto que lo ponga fuera de su alcance. A él se equipara la cosa de dueño desconocido. No tiene tal cualidad, sin embargo, la *cosa abandonada*, que puede ser objeto de apropiación por cualquiera, igual que la *res nullius*. La cosa olvidada, por el contrario, está dentro de la esfera de custodia del propietario y su apropiación puede constituir hurto, aunque de hecho puede seguir el mismo régimen que la cosa perdida.

El delito se produce cuando el que se encuentra la cosa perdida o de dueño desconocido se apropia de ella, aunque no es suficiente con que se incumplan los deberes que impone el art. 615 del Código civil.

La jurisprudencia incluye en este delito el apoderamiento del total del tesoro oculto por quien se lo encuentra, aunque con más propiedad cabría hablar de hurto, ya que, en principio, existe una copropiedad del propietario del fondo y del que se encuentra el tesoro que sólo tiene derecho a exigir la mitad del mismo, por lo que el hurto sería de la cuota correspondiente al propietario del lugar donde se encontró. Si la cosa es de interés artístico, histórico, cultural o científico, la pena es de prisión de seis meses a dos años.

Apropiación de cosa recibida por error

El art. 254 castiga con la pena de multa de tres a seis meses al que «habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas».

Se trata de un supuesto de apropiación indebida, en el que, sin embargo, la entrega de la cosa no es reconducible a uno de los títulos citados en el art. 252, de ahí la necesidad de su tipificación expresa para evitar la laguna de punibilidad, que tampoco podía salvarse incluyendo en el hurto. El delito puede darse también cuando el error lo comete un tercero (por ej., el cartero o el mensajero que entrega un paquete o carta en la dirección equivocada, o el banco que ingresa en una cuenta la cantidad que debería ingresar en otra). El tipo subjetivo requiere el ánimo de apropiación una vez comprobado el error; ánimo de apropiación que se puede manifestar tanto negando haber recibido el objeto, como no procediendo a su devolución (véase RODRÍGUEZ RAMOS, 1982).

DEFRAUDACIONES DEL FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* MORILLAS CUEVA. *Defraudaciones del fluido eléctrico*, RGLJ 1981; RODRÍGUEZ DEVESA. *Defraudación de energía eléctrica y análogos*, NEJ IV, 1954. *Sobre el Código penal de 1995:* BLANCO LOZANO. *El delito de defraudación de fluido eléctrico*, La Ley 1997.

Ya hicimos referencia en la teoría general de las infracciones patrimoniales a la dificultad de calificar determinadas energías como cosas y de poder calificar su apoderamiento como hurto o robo. Antes de su tipificación expresa se dudaba en encuadrar su apoderamiento entre los supuestos de hurto o de estafa. La jurisprudencia se inclinó, a través de una dudosa interpretación analógica, por incluir estos hechos en el delito de hurto (así, por ej., STS 30 octubre 1910). La polémica se cortó legislativamente con la Ley de 10 de marzo de 1941, que después se incorporó al Código penal de 1944 ocupando una Sección en el Capítulo IV bajo el nombre genérico de «Defraudaciones del fluido eléctrico y análogos». Actualmente dichos delitos se recogen en la Sección 3ª del Capítulo VI (art. 255), pero se ha añadido la defraudación a través de uso ilícito de equipo terminal (art. 256), mientras que la facturación fraudulenta en perjuicio de los consumidores mediante alteración de aparatos automáticos se tipifica entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el art. 283 (véase *infra* capítulo XXII).

En esta sección se recogen dos tipos distintos:

A) DEFRAUDACIONES DEL FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

Se tipifican en el art. 255, que dice así: «Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a cincuenta mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

- 1º. Valléndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.
- 2º. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.
- 3º. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos».

La acción consiste precisamente en esta defraudación empleando los medios descritos en la Ley (instalando mecanismos o valiéndose de ellos para la utilización de la energía eléctrica, alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores, o empleando cualesquiera otros medios clandestinos).

Para la consumación se requiere la producción de un perjuicio, que si no llega a las cincuenta mil pesetas constituye sólo una falta del art. 623,4. Caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución, cuando no se llega a producir este perjuicio. Es indiferente que los actos sean

realizados por el beneficiario o por un tercero (cfr. STS 29 enero 1982 y Morillas, p. 563).

La amplitud de los objetos materiales (energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos) ha hecho pensar a algunos que aquí se podría incluir la defraudación de toda clase de energías, incluso de la genética animal (por ej., utilizar sin consentimiento de su dueño un caballo o un toro de raza para la reproducción), lo que ahora con la redacción del número 3º es perfectamente posible (cfr. 10ª ed., p. 335).

B) UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TERMINAL DE COMUNICACIÓN

Cuando la utilización de un aparato de telecomunicación (teléfono, fax, etc.) no se lleva a cabo a través de la utilización de un mecanismo, sino directamente abusando de la posibilidad de acceso al mismo por persona no autorizada o utilizándolo sin autorización del titular, se puede producir un perjuicio patrimonial, que cuando es superior a cincuenta mil pesetas constituye el delito previsto en el art. 256, y si no llega a dicha cantidad la falta del art. 623,4. La proliferación del abuso de las llamadas telefónicas desde teléfonos de instituciones públicas para usos privados ha motivado la creación de este precepto, cuyo supuesto de hecho se da, la mayoría de las veces, por un abuso de confianza o por una especie de apropiación indebida de un uso que no es el autorizado por el titular, aunque también puede darse por la llamada subrepticia de alguien que no tiene facultades para utilizar el equipo de telecomunicación, en cuyo caso la autorización del titular falta por definición.

Si el que utiliza indebidamente el terminal de comunicación es un funcionario o autoridad cabe plantearse si resulta o no aplicable el art. 434 (véase *infra* capítulo XLII).

CAPÍTULO XX

Insolvencias punibles: La protección del derecho de crédito. Alzamiento de bienes. Delitos relativos a las quiebras, concursos y suspensiones de pagos

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALONSO MONTTERO, *La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes*, La Ley 1988; BAIJO FERNÁNDEZ, *El contenido de injuria en el delito de quiebra*, ADP 1971; el mismo, *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978; el mismo, *Protección penal del crédito*, P1 núm. especial IX, 1989; BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra*, ADP 1990; CERES MONTES, *Perspectiva jurídica-penal del derecho concursal: la insolvencia punible*, La Ley 1995; CLIMENT DURAN, *Sobre la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes (Examen de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*, RGD 1992; COMELLAS SALMERÓN, *Aspectos penales de la quiebra*, Revista de Derecho procesal iberoamericana 1975; CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español*, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1976; DE VICENTE REMESAL, *Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público*, La Ley 1990; DEL ROSAL BLASCO, *Las insolvencias punibles: a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal*, en La nueva delincuencia I, CDJ 1993 (también en ADP 1994); GONZÁLEZ MONTES, *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona 1974; JIMÉNEZ ASEÑO, *Represión penal del concurso penal*, ADP 1948; LANDROYE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, Barcelona 1970; MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos del delito de bancarrota*, Santa Cruz de Tenerife 1962; MONER MUÑOZ, *Protección penal del crédito*, P1 núm. especial IX, 1989; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona 1971; el mismo, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, CPC 1977 (también en RJCat. 1977); el mismo, *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, CPC 1977; el mismo, *La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia*, en Homenaje a Saiz Cantero, RFDUG 1989 (también en P1 número especial IX, 1989); PÉREZ VALENZUELA, *La tipificación de las insolvencias punibles en la PANCP*, RGD 1984; PUIG PEÑA, *Alzamiento de bienes*, NEI II, 1950; el mismo, *Concurso punible*, NEI IV, 1952; QUINTERO OLVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona 1973; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Crisis de*

una empresa y «alzamiento laboral de bienes», a propósito del artículo 499 bis, penúltimo párrafo. (Comentario a la STS 3 marzo 1993), PJ 1994; RUIZ ANTÓN, *La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra fraudulenta cometido culpablemente y la teoría de la participación*, La Ley 1983; RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid 1995; VARIOS, *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, Centro de Estudios judiciales, Madrid 1988; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, P1 número especial IX, 1989; VILADAS JANE, *Los delitos de quiebra*, Barcelona 1982.

Sobre el Código penal de 1995: CERES MONTES, *La insolvencia punible*, La Ley 1996; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *La nueva regulación de las insolvencias punibles*, RMF 1997; FERNÁNDEZ CAMPOS, *Consecuencias civiles del alzamiento de bienes*, Revista de Derecho Privado 1998; GÓMEZ PAVÓN, *Las insolvencias punibles en el Código penal actual*, CPC 1998; JAÉN VALLEJO, *Las insolvencias punibles*, CPC 1996; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999; el mismo, *El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes*, en *Empresa y delito*, CDJ 1999; el mismo, *Autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes*, en *Homenaje a Toró*, Granada 1999; NARVÁEZ BERMEO, *La autonomía del Derecho penal y del Derecho mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código penal*, AP 1997; NIETO MARTÍN, *Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal*, AP 1996; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes*, *Sus aspectos civiles*, Madrid 1997; el mismo, *Transmisiones de bienes fraudulentas*, Madrid 1998; QUINTERO OLIVARES, *La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales*, RDPC 1998; REY GONZÁLEZ, *El delito de alzamiento de bienes en el Código vigente y en el nuevo Código (insolvencia punible)*, RDPC 1995; ROJLES MENDIOLAGARAY, *Los delitos de quiebra*, en *La quiebra III*, Barcelona 1998; SAGRERA TIZÓN, *El derecho concursal en el nuevo Código penal*, RGD 1998; SOBRÓN FERNÁNDEZ, *Las insolvencias punibles, de la alteración de precios en concursos y subastas*, *De los daños*, RMF 1997; URÍA FERNÁNDEZ, *La protección penal de los derechos de crédito de la Hacienda Pública: el delito de alzamiento de bienes*, *¿Novedades en el Código penal de 1995?*, Crónica Tributaria 1996; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia 1997.

INSOLVENCIAS PUNIBLES: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

El Capítulo VII del Título XIII trata de las insolvencias punibles. *Bien jurídico común* a todas ellas es el derecho de crédito del acreedor o acreedores, concretado en el derecho a la satisfacción que tienen sobre el patrimonio del deudor en el caso de que éste incumpla sus obligaciones, como contrapartida del deber que tiene el deudor de responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros en base al art. 1911 del Código civil. La

existencia de este derecho a la satisfacción es independiente de su declaración en un título ejecutorio. La responsabilidad del deudor y el consiguiente derecho del acreedor a satisfacerse sólo puede derivarse de una obligación realmente existente, nunca de un título ejecutorio formalmente válido, pero que tiene por base una obligación inexistente. Pero el derecho de crédito que como bien jurídico se protege en estos delitos tiene algunas particularidades de las que seguidamente pasamos a ocuparnos.

El problema de la naturaleza de las obligaciones: El apartado 2 del art. 257

El principio *peena sunt servanda* constituye el principio cardinal del Derecho de obligaciones, una de cuyas consecuencias es el nacimiento del derecho de crédito, es decir, el derecho por el que una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una determinada prestación de carácter patrimonial.

Este tipo de relación puede surgir en cualquier clase de actividad intersubjetiva, pero para que pueda calificarse de auténtica relación jurídico-obligacional tiene que darse entre sujetos colocados en pie de igualdad.

El crédito no es un derecho de servicio sobre una persona determinada, ni sobre su actividad. Ello estaría en contradicción con la libertad e igualdad de derechos entre las partes que constituye la base del Derecho de obligaciones, una de las instituciones básicas del Derecho privado.

Ciertamente puede el acreedor influir en la voluntad del deudor, recordándole su obligación y advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento. Pero hasta ahí llegan sus facultades. El cumplimiento de la obligación depende, pues, en principio, de la exclusiva voluntad del deudor.

Por tanto, del Derecho de obligaciones deben excluirse las obligaciones que descansan en presupuestos distintos a los del Derecho privado. Sobre todo deben excluirse de su ámbito las obligaciones de carácter económico de los ciudadanos frente al Estado que se derivan del poder sancionatorio que corresponde a éste, bien como consecuencia del ejercicio del «*ius puniendi*», bien como consecuencia del poder sancionatorio de la Administración. El ciudadano no es, en estos casos, un simple deudor de obligaciones económicas frente a un acreedor, el Estado, sino el responsable de una infracción que debe soportar una sanción. El mecanismo sancionatorio sólo muy superficialmente puede ser equiparado al de la relación jurídico-obligacional.

Lo mismo sucede con otras «obligaciones» de carácter económico que tiene el ciudadano frente al Estado por razón del poder tributario de éste. La relación jurídica tributaria sólo estructuralmente se parece a la relación jurídica obligacional del Derecho privado y nada tiene que ver con el contenido de ésta. También las facultades del Estado frente al ciudadano son más amplias que las de un simple acreedor privado y las consecuencias del incumplimiento distintas. En parecida situación se encuentran las obligaciones con la Seguridad Social.

No obstante, el legislador ha querido asegurar también el cumplimiento de estas obligaciones a través de los delitos de insolvencia, y para ello ha dispuesto en el apartado 2 del art. 257 lo siguiente:

«Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación *cualesquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda* cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada».

Esta afirmación debe ser matizada al objeto de evitar confusiones con otros delitos. En principio, la elusión del pago de los tributos o de las cuotas de la Seguridad Social constituye los delitos previstos en los arts. 305 ss. (cfr. *infra* capítulo XLIII), respecto a los cuales las insolvencias punibles de las que nos ocupamos en este capítulo son subsidiarias (en este sentido Quintero, Comentarios, p. 1183; VIVES ANTON/ GONZÁLEZ CUESSAC, p. 50). Sólo cuando la frustración del cumplimiento de estas obligaciones no pueda castigarse por los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad Social vendrán en consideración estos delitos. De todas formas, no deja de ser paradójico que para castigar los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social la cuantía de lo defraudado tenga que ascender en algunos casos a quince millones de pesetas (cfr., por ej., arts. 305.1: 307.1), y que para castigar un alzamiento de bienes frente a la Hacienda pública sea suficiente con que la obligación cuya satisfacción se frustra tenga una relevancia económica mínima, y quepa, además, en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social la excusa absoluta de la *regularización fiscal* (cfr. arts. 305.4 y 307.3, e *infra* capítulo XLIII), que no se permite en las insolvencias punibles (véase MUÑOZ CONDE, 1999, pp. 75 ss.). Ningún problema hay, en cambio, en admitir entre los derechos de crédito a proteger por las insolvencias punibles los derechos económicos de los trabajadores (sobre ello, véase 1ª ed., pp. 397 ss.).

La protección del derecho a la satisfacción de los acreedores como bien jurídico específicamente protegido en estos delitos

El derecho de crédito comprende dos intereses diferentes y con distintas consecuencias: por un lado, el derecho al cumplimiento de la obligación; por otro, el derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento. Sólo el último tiene trascendencia para la delimitación del bien jurídico en los delitos de insolvencia.

El nacimiento de una obligación supone para el acreedor siempre el riesgo de que el deudor no cumpla con la prestación debida. Éste es un riesgo normal con el que el acreedor debe contar, aunque puede minorarlo con los medios del Derecho civil. El Derecho penal no puede forzar el cumplimiento de las obligaciones. El mero incumplimiento es, pues, imputable. Pero cuando la conducta del deudor traspasa los límites de la libertad contractual y de su poder de disposición sustrayéndose a las consecuencias de su incumplimiento, ocultando sus bienes y eludiendo así su responsabilidad patrimonial, no son suficientes ya los remedios del Derecho civil. El derecho

de crédito, en su vertiente de derecho a la satisfacción, se ve, de esta manera, notablemente perjudicado y es entonces cuando hay que recurrir al Derecho penal.

El incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor carece, como tal incumplimiento, de relevancia como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia. Sólo cuando ese incumplimiento obligacional va acompañado o se traduce en la frustración del interés del acreedor en satisfacerse en el patrimonio del deudor, porque éste evade los bienes que conforme al art. 1911 del Código civil están adscritos al cumplimiento de las obligaciones, es cuando se justifica la intervención del Derecho penal a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles.

El *bien jurídico* protegido en estos delitos no es, pues, en ningún caso la evitación del simple incumplimiento de las obligaciones, sino de ese incumplimiento seguido de la frustración de la satisfacción patrimonial de los acreedores por ocultación del patrimonio del deudor (en este sentido la doctrina y la jurisprudencia dominantes; para más detalles, véanse MUÑOZ CONDE, 1971, 1989 y 1999).

Lógicamente, esta frustración de la satisfacción del acreedor es un dato puramente objetivo, cuya constatación no puede dar lugar, sin más, a la existencia de estos delitos.

El derecho de crédito es un derecho que, en última instancia, tiende a satisfacer al acreedor, pero la frustración de ese derecho es penalmente irrelevante si no proviene de acciones del deudor que puedan ser desvaloradas penalmente. El Derecho penal protege este derecho a través de la prohibición de los comportamientos dolosos del deudor que puedan lesionarlo. No existe, pues, en nuestro Derecho la simple «prisión por deudas» ni es, con la interpretación del bien jurídico aquí propuesta, una consecuencia del carácter patrimonial de estos delitos. Es más, es la propia estructura del derecho de crédito, entendido como un derecho patrimonial, la que posibilita una mejor delimitación del bien jurídico protegido y una interpretación restrictiva de los tipos delictivos.

Una vez hechas estas aclaraciones en relación con el bien jurídico común a todas las insolvencias punibles tipificadas en el Capítulo VII, vamos a ver ahora los aspectos más importantes de los concretos tipos delictivos. Para ello incluímos dentro del alzamiento de bienes las insolvencias previas a juicio ejecutivo universal (arts. 257 y 258), ocupándonos seguidamente de las conductas punibles que se dan en relación con los juicios ejecutivos universales de quiebras, concursos y suspensiones de pago (arts. 259, 260 y 261).

ALZAMIENTO DE BIENES

Son varios los tipos delictivos contenidos en el Capítulo VII que pueden reconducirse al denominador común de alzamiento de bienes que era, en la regulación anterior, la única tipología que sancionaba penalmente la lesión del derecho de crédito independientemente de un procedimiento ejecutivo universal. En la actual regulación se han querido tipificar expresamente determinadas formas de frustración de la satisfacción del derecho de crédito cuya inclusión en la tipicidad originaria del alzamiento de bienes era, por lo menos, dudosa (véase al respecto, MUÑOZ CONDE, 1971). Sin embargo, la estructura y penalidad de los nuevos tipos coincide con la del alzamiento de bienes propiamente dicho, por lo que se pueden estudiar conjuntamente bajo esta rúbrica.

El alzamiento de bienes propiamente dicho se tipifica en el art. 257,1,1.º «El que se alice con sus bienes el perjuicio de sus acreedores». A él se equipara en el n.º 2.º del apartado 1 del mismo artículo al que con el mismo fin (es decir, en perjuicio de sus acreedores) «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación», y en el art. 258 al «responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente». En los tres casos la pena es prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Autonomía y relación con otras figuras

El alzamiento de bienes que ahora se tipifica en el apartado 1,1.º del art. 257 figura desde el Código penal de 1848 como un tipo autónomo frente a las demás insolvencias y defraudaciones.

Esta autonomía se oscurece posteriormente, sobre todo frente a la quiebra punible, debido, por una parte, a que el Código de comercio incluyó el alzamiento de bienes en su art. 890 como primer supuesto de la quiebra fraudulenta, y, por otra, a que el Código penal vigente le aplica una pena más leve que al mismo hecho cuando se da en una quiebra, concurso o suspensión de pagos y tiene que castigarse en base al art. 260 (cfr. *infra*). Ante esta discordancia legislativa cabe preguntarse en el caso de que exista un alzamiento de bienes de un comerciante, qué delito es el que se ha cometido, si el de alzamiento de bienes (art. 257) o el relacionado con la quiebra (art. 260). En mi

opinión, el art. 257 es de preferente aplicación en todos los casos en que la actuación de la jurisdicción penal surja independientemente del procedimiento que se lleve a cabo en la jurisdicción civil, y sólo se aplicará el art. 260 cuando la actuación de la jurisdicción penal se derive de una calificación y previo mandato para proceder dados por el juez civil en el correspondiente juicio ejecutivo de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Esta tesis viene confirmada por el apartado 3 del art. 257, que dispone que el delito de alzamiento de bienes previsto en dicho artículo será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal (véase también *infra*: delitos relativos a las quiebras; sobre otros criterios de distinción, véase QUINTERO OLIVARES, 1998).

De la estafa se distingue por la no exigencia en el alzamiento del engaño previo (cfr. STS 20 enero 1989). De los tipos especiales de estafa: enajenación de cosa gravada y otorgamiento de contrato simulado, se distingue el alzamiento, además de por el engaño previo, por los distintos sujetos pasivos: acreedor en el alzamiento, no acreedor en los otros delitos.

De la apropiación indebida, por la distinta cualidad del objeto material, los bienes, que en el alzamiento son propios y en la apropiación indebida, ajenos (para más detalles y sobre las diferencias con otros delitos, véanse MUÑOZ CONDE, 1977, pp. 37 ss.; 1999, pp. 189 ss.).

Tipo objetivo

El tipo objetivo de todos los delitos que hemos incluido bajo el nombre de alzamiento de bienes descansa en la existencia de una *relación jurídica obligacional* que debe ser preexistente a la comisión del delito, aunque no es necesario que esté vencida. La determinación de la existencia de este presupuesto lo hará el Tribunal de lo penal con total independencia; aunque, en los casos en que ese presupuesto sea objeto de litigio ante otro Tribunal (no penal), deberá esperar a la resolución de éste, no para quedar vinculado a su decisión, sino para tenerla en cuenta como un hecho más (*cuestiones prejudiciales*; STS 4 julio 1980).

El momento del nacimiento de la relación jurídica obligacional y su incidencia en el delito de alzamiento de bienes: análisis del art. 258

Otro problema interesante que ya puse de relieve en su día (MUÑOZ CONDE, 1971, p. 135), es el de si se puede decir que existe ya una obligación

en el caso de alzamiento dirigido a frustrar una futura reclamación de alimentos del hijo ya concebido, pero aún no nacido. Por las razones ya dichas allí, sigo considerando que siendo el derecho de alimentos un derecho claramente favorecedor del *nasciturus* es aplicable aquí el art. 29 del Código civil y se puede estimar, por tanto, existente tal obligación desde el momento en que se pueda hablar de vida humana dependiente. Un problema distinto es que, por imperativo del art. 268.1 (exceusa absolutoria), este alzamiento, como otros para frustrar deudas alimentarias familiares, no sea punible. El art. 268.1 se convierte así en un valladar inextinguible para castigar por vía penal los alzamientos de bienes en perjuicio de los parientes allí mencionados. La cuestión es aún más penosa si se tiene en cuenta que muchas veces tampoco es posible aplicar el delito de abandono de familia, ni el de impago de prestaciones acordadas judicialmente (cfr. *supra* capítulo XIII; para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, 1999, pp. 86 y 226 ss.).

Más discutible es el ámbito de aplicación del art. 258, que castiga la frustración de las responsabilidades civiles futuras que se derivan de la comisión de cualquier hecho delictivo. Este precepto plantea el problema de que mientras no haya condena por el hecho delictivo no sabremos si el que lo cometió será responsable del mismo y, en consecuencia, será condenado también a satisfacer las responsabilidades civiles que se puedan derivar. De ahí que la existencia del presupuesto del tipo delictivo y del propio delito quede supeditada a la condena penal por el delito originariamente cometido (homicidio, lesiones, agresión sexual, etc.) que genere también las responsabilidades civiles frustradas durante la tramitación del proceso penal, por lo que el Juez o Tribunal que entienda del alzamiento de bienes deberá suspender el procedimiento hasta que se resuelva como *questión prejudicial* (art. 4 LECrim.) si efectivamente hubo o no una obligación (para más detalles, MUÑOZ CONDE, 1971, p. 96. Sobre el sentido y alcance del art. 258, MUÑOZ CONDE, 1999 pp. 79 ss.; para NIETO MARTÍN, p. 768, la sentencia condenatoria del delito cuya responsabilidad se evade es una condición objetiva de penalidad).

De esta relación jurídica obligacional se derivan los sujetos: deudor y acreedor.

El *sujeto activo* del delito de alzamiento de bienes sólo puede ser el *deudor*. Debe considerarse este delito, por tanto, como un delito especial, en el que sólo puede ser autor el que ostenta tal cualidad de deudor y de propietario de los bienes alzados.

Antes de la introducción en 1983 en el Código penal anterior del art. 15 bis, que posibilitó la atribución de responsabilidad penal a los órganos de las personas jurídicas que actúan en nombre y representación de éstas sin tener la cualidad de deudor exigida en estos delitos, existía una laguna de punibilidad difícilmente salvable por vía interpretativa. Al ser la personalidad de la persona jurídica distinta de la de los miembros de sus órganos de gestión, sus socios, etc., y su patrimonio también distinto del de éstos, las condiciones personales

exigidas en el tipo, la de deudor y propietario de los bienes enajenados, no se daban en los miembros de los órganos de gestión que actúan en su representación. Estas personas no podían, por tanto, ser nunca consideradas autores en sentido estricto de un delito de alzamiento de bienes.

La laguna de punibilidad se subsana ahora con lo dispuesto en el art. 31 del Código penal. A partir de este precepto se puede atribuir *ex lege* a tales personas las cualidades que exige el tipo, en este caso la de deudor, al que «actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro». Ya anteriormente la jurisprudencia, movida por razones de justicia material fácilmente comprensibles, castigaba por alzamiento o por quiebra en calidad de autores a los representantes, administradores, etc., de sociedades mercantiles que enajenaban, ocultaban o distraían el patrimonio de estas sociedades en perjuicio de los acreedores de éstas (véanse SSTS 4 abril 1931, 1 diciembre 1969 y 19 enero 1974; sobre la situación anterior a 1983 véase MUÑOZ CONDE, 1977). Pero de ese modo se procedía a una ampliación del círculo de autores posibles en las insolvencias punibles incompatible con el respeto al principio de legalidad. Es evidente la necesidad político-criminal de incrementar estos hechos que están a la orden del día, sobre todo en el ámbito de las sociedades anónimas y en relación con las insolvencias fraudulentas de éstas, pues precisamente el anonimato y la responsabilidad patrimonial limitada impide, no ya sólo legalmente sino materialmente también, la extensión de la responsabilidad criminal a las personas físicas que las componen.

El art. 31 es aplicable también al «administrador de hecho», que sin tener ningún cargo o representación domina o controla la persona jurídica, lo que de hecho supone que en estos delitos se admita un «concepto fáctico de deudor», hace ya algún tiempo aceptado por la jurisprudencia (cfr. SSTS 24 julio 1989, 6 marzo 1990, 20 mayo 1996, aunque en esa última se trataba de un delito fiscal), no del todo exento de objeciones (críticos frente a esta jurisprudencia, VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSAC, p. 42; más matizadamente, MUÑOZ CONDE, 1999, pp. 102 ss.).

Sujeto pasivo es el acreedor o acreedores titulares del bien jurídico protegido afectado por la acción del deudor.

La *acción* consiste en el delito del apartado 1, 1º del art. 257 en «alzarse», una antigua expresión que debe interpretarse en el sentido de «insolventarse». En los otros tipos de alzamiento de bienes se

especifican diversas maneras de provocar la insolvencia: realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones (art. 257,1,2º), realizar actos de disposición o contraer obligaciones que disminuyan el patrimonio (art. 258). Todas estas modalidades de la acción pueden reducirse a la ocultación material de los bienes del deudor (cosa mueble), o a su desaparición sirviéndose de medios jurídicos, bien por disminución del activo o bien por aumento ficticio del pasivo (bienes inmuebles, créditos, etc.). En el alzamiento de bienes previsto en el nº 2º del apartado 1 del art. 257, la acción debe realizarse para impedir la eficacia de un embargo o procedimiento similar ya iniciado o de previsible iniciación, pero esto no quiere decir que las insolvencias realizadas antes de este momento sean impunes, ya que en todo caso puede aplicarse el nº 1º del mismo apartado. En el delito previsto en el art. 258 la acción debe realizarse con posterioridad a la comisión del hecho delictivo cuya responsabilidad civil se quiere frustrar, pero antes de la condena penal por ese hecho; si se realizare después de este momento sería aplicable el nº 1º del apartado 1 del art. 257.

En todo caso, como consecuencia de alguna de las acciones descritas en el párrafo anterior debe producirse un estado de *insolvencia*, que puede definirse como la creencia generalizada de que una persona se encuentra en una situación económica tal que no le permite responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Se trata de un dato fáctico que no necesita especial declaración, a diferencia de la insolvencia en la quiebra o el concurso (véase *infra*). La insolvencia tal como aquí se considera puede ser real o aparente, total o parcial (véase art. 258), basta con la creencia generalizada de que el deudor no puede responder con su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones. En todo caso, debe distinguirse la insolvencia del perjuicio de los acreedores. Normalmente insolvencia y perjuicio suelen coincidir, pero pueden distinguirse conceptualmente y de hecho lo son también en la práctica. La cuestión tiene importancia a la hora de estimar el momento consumativo. Si se considera que el resultado consiste en un perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores, la simple constatación de un estado de insolvencia que no llega a producir ese efecto perjudicial deberá estimarse como forma imperfecta de ejecución, como tentativa. Lo que no puede hacerse en ningún caso es confundir la insolvencia con el perjuicio. El descubrimiento del deudor en el momento de atravesar la frontera o de coger el avión llevado en sus maletas todo el patrimonio convertido en alhajas, dinero,

etc., la simulación de créditos que luego no son reconocidos como tales, el pago de la deuda una vez alzados los bienes ante la amenaza de denuncia por parte del acreedor, etc., son hechos en los que se reflejan estados de insolvencia, aparente por supuesto, en los que ese perjuicio efectivo y material, como empeoramiento, valorable económicamente, de la situación patrimonial de los acreedores, no se da. El perjuicio no consiste, por tanto, en una simple puesta en peligro del derecho a la satisfacción de los acreedores, sino en su lesión efectiva. Si se dice que debe producirse un perjuicio para consumir el delito, deberá exigirse esa efectiva lesión patrimonial; si no se exige, no puede decirse entonces que sea el perjuicio el resultado típico del delito de alzamiento de bienes.

La distinción entre insolvencia y perjuicio debe y puede hacerse. A mi juicio, no es necesaria la producción de un perjuicio efectivo para consumir el delito de alzamiento de bienes, bastando para ello con la constatación del estado de insolvencia entendida en el sentido aquí expuesto. Me lleva a esta conclusión, entre otras razones, un argumento dogmático bastante importante: el alzamiento de bienes, a diferencia de casi todas las demás defraudaciones y a diferencia sobre todo de las demás insolvencias punibles (quiebra, concurso y suspensión de pagos), no se castiga en función de la cuantía del perjuicio o de la defraudación patrimonial producida, sino con una pena unitaria que es independiente en su graduación de la entidad del perjuicio producido.

Objeto material de todas las modalidades de alzamiento son los bienes propiedad del deudor. En ellos deben comprenderse tanto los materiales como los inmateriales, los muebles e inmuebles y también los créditos. Pero todos ellos deben tener la cualidad de embargables y estar afectos al cumplimiento de las obligaciones que impone el art. 1911 del Código civil.

Tipo subjetivo

En el art. 257 se exige que la acción se realice «en perjuicio de los acreedores» y en el art. 258 «con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles». Tales expresiones han de entenderse en el sentido de que el deudor debe tener conciencia de que perjudica a sus acreedores, al frustrar intencionalmente la satisfacción a que éstos tienen derecho, con actividades fraudulentas sobre su propio patrimonio. El perjuicio no es un elemento del tipo objetivo y la intención a él referida es, por consiguiente, distinta del dolo que jun-

tamente con ella sirve para fundamentar el elemento subjetivo de la tipicidad en el delito de alzamiento de bienes.

Causas de justificación

Si el deudor, al no poder atender a todos sus acreedores, paga a uno de ellos en detrimento del derecho de los demás (*favorecimiento de acreedores*), su conducta quedará justificada siempre que se trate del pago congruente de una obligación exigible y no exista ya un procedimiento en el que se haya asignado una prelación a los créditos, en cuyo caso será aplicable el art. 259 (cfr. STS 20 enero 1989).

Autoría y participación

Como antes se ha dicho, el alzamiento de bienes es un delito especial en el que sólo puede ser autor en sentido estricto el deudor, entendiendo por tal también al amparo del art. 31 al administrador de hecho o de derecho. La participación se rige por las reglas generales. El no deudor que se presta a colaborar con el deudor en maniobras de ocultación fraudulenta del patrimonio de éste puede responder por cooperación necesaria o complicidad. Cabe también la autoría mediata y la coautoría, aunque en este caso no es necesario que los coautores (por ejemplo, los miembros de un Consejo de Administración de una sociedad anónima) intervengan directamente en la ejecución del hecho, bastando que conforme al organigrama y división de funciones dentro de la sociedad tengan el *dominio funcional del hecho* (Muñoz Conde, 1999, pp. 178 ss.).

DELITOS RELATIVOS A LAS QUIEBRAS, CONCURSOS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

Dice el art. 260.1: «El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre».

El presupuesto jurídico: la previa declaración de la quiebra, concurso o suspensión de pagos

Como ya hemos dicho, además de los distintos supuestos de alzamiento de bienes tipificados en los arts. 257 y 258, se recogen en el

Capítulo VII otros delitos con grandes parentescos morfológicos y un denominador común: la intervención de la jurisdicción penal tiene que ir forzosamente precedida por un procedimiento ejecutivo universal en la jurisdicción civil. Sólo podrá procederse por lo penal cuando se haya declarado una quiebra, concurso o suspensión de pagos. En relación con la quiebra y el concurso se exige que el juez civil mande proceder por vía criminal (arts. 896 Código de comercio y 1300 de la LEC). Este requisito previo constituye una *condición objetiva de penalidad* en estos delitos de quiebra y concurso, no siendo necesario para proceder por el delito de alzamiento de bienes.

La diferencia entre la quiebra y el concurso radica en que la primera se refiere sólo al comerciante y la segunda al no comerciante. La suspensión de pagos también es privativa del comerciante y en la práctica funciona como una antesala de la quiebra, cuando no como una quiebra verdadera. Pero a diferencia de lo que sucede en la quiebra o en el concurso no es necesario ningún mandato especial para proceder por la vía penal, por lo que basta con la declaración de la suspensión de pagos para proceder penalmente.

Para proceder por estos delitos no es necesario, sin embargo, que el proceso civil haya concluido, sino sólo que haya llegado a la fase de declaración de la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos (art. 260.3). Pero como dispone el art. 257.3, si antes del inicio del procedimiento concursal se detecta un alzamiento de bienes, este delito podrá ser perseguido independientemente del proceso civil que se inicie. Y lo mismo puede decirse de cualquier otro delito que pueda haberse cometido o detectado antes del inicio del procedimiento civil (apropiación indebida, estafa, falsedad documental, etc.), aunque, en todo caso, si el hecho que determina la insolvencia ha sido ya juzgado como un delito independiente de alzamiento de bienes, apropiación indebida, etc., no podrá volver a ser juzgado por el art. 260 (Muñoz Conde, 1999, pp. 198).

La autonomía de la jurisdicción penal frente a la jurisdicción civil

Aunque para proceder por el art. 260 sea, pues, necesaria la previa declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos, esto no quiere decir que el Derecho penal esté vinculado a los pronunciamientos dados en otras ramas del Derecho. A este respecto, y para evitar algunas dudas y tesis jurisprudenciales mantenidas antiguamente, el

apartado 4 del art. 260 dice expresamente que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal». Así, por ejemplo, el que una quiebra haya sido calificada de fraudulenta en lo civil no significa que automáticamente haya que exigir una responsabilidad penal, pues el Tribunal penal puede apreciar que la conducta no es antijurídica o que el sujeto no es culpable. Los conceptos penales de antijuricidad o culpabilidad siguen conservando su autonomía (véase STS 13 junio 1959 y en el mismo sentido QUINTANO III, pp. 87 ss.; LANDROVE, pp. 89 ss.; VLADAS JANE, pp. 105 ss.). Esta tesis iniciada por la jurisprudencia, al principio tímidamente en STS 18 febrero 1911, fue ampliándose paulatinamente hasta el punto de que a veces los Tribunales de lo penal castigaban por *imprudencia* supuestos de quiebra calificados en la vía civil como *fraudulenta*, sobre todo en los casos de omisión del deber de llevar libros de comercio considerado expresamente en el art. 890 del Código de comercio como un supuesto de quiebra fraudulenta (véanse SSTS 13 junio 1959, 29 marzo 1969, 9 abril 1969, 10 diciembre 1971, 27 junio 1972 y 5 octubre 1974; sobre la regulación anterior véanse Córdua RODA, p. 115; BAO FERNÁNDEZ, 1971, pp. 536 ss.; y 10ª ed., pp. 360 ss.). La comisión imprudente de este delito no es ya punible, pero, en todo caso, de lo que no cabe duda es de que cualquiera que sea la calificación que merezca la insolvencia en el plano civil o mercantil, la calificación penal de la misma es absolutamente independiente. Por las mismas razones, según dispone el art. 260,3, los delitos concursales y los delitos singulares relacionados con él podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste, aunque obviamente la persecución de la quiebra, concurso o suspensión de pagos supone la previa declaración civil de los mismos (cfr. QUINTERO OLIVARES, 1998, p. 122).

Tipo objetivo

Aunque autor en sentido estricto sólo puede serlo el *deudor declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos*, el art. 260,1 menciona también al «que actúe en su nombre», pensando sobre todo en el caso de los órganos de gestión de las personas jurídicas, sociedades mercantiles, etc., y en los representantes legales de menores, incapaces, etc.; pero dicha mención no era necesaria, por cuanto el art. 31 permite ya de un modo general esta ampliación de la responsabilidad penal.

Respecto a la acción, el Código penal ha simplificado enormemente la regulación tradicional, desvinculando la tipicidad penal de la regulación extrapenal civil o mercantil, que convertía estos delitos en puras *normas penales en blanco* (véase sobre esta regulación 10ª ed., pp. 360 ss.). Ahora se hace recaer el acento en que la *insolvencia* haya sido causada o agravada dolosamente. La insolvencia a la que aquí se alude no es, sin embargo, la misma que en el alzamiento de bienes, puesto que en la quiebra, concurso o suspensión de pagos hay un previo juicio ejecutivo que precisamente sirve para establecer y declarar la insolvencia y las causas de la misma, a partir de la cesación por parte del deudor de sus pagos. Pero para exigir responsabilidad penal hay que determinar si las conductas han sido la causa o la agravación de esa insolvencia. Conductas de este tipo pueden ser, por ejemplo, las que se describen en el art. 890 del Código de comercio como calificadoras de la quiebra fraudulenta, como por ejemplo, el alzamiento de bienes, apropiaciones indebidas de fondos ajenos de los que el deudor es depositario o administrador, simulación de enajenaciones, ocultación de créditos, etc. Estas conductas son ya de por sí suficientemente idóneas para causar la insolvencia o agravarla; pero es, en definitiva, el Juez penal el que decidirá el valor de las mismas en orden a la exigencia de una responsabilidad penal. Así, por ejemplo, si un comerciante cae en insolvencia por un hecho totalmente fortuito, pero en el juicio ejecutivo universal se califica la quiebra como fraudulenta porque se comprueba que no llevaba libros de comercio, que es uno de los supuestos de la quiebra fraudulenta en el Código de comercio, dicha calificación no puede tener relevancia penal en sí misma por no haber la menor relación de causalidad entre el hecho descrito en el Código de comercio y el resultado penalmente relevante. Asimismo tampoco son vinculantes las presunciones de fraude contenidas en los arts. 891 y 892 del Código de comercio (no poder deducirse la verdadera situación del comerciante de sus libros; operaciones de los agentes mediadores constituidos en garantes de las operaciones en que intervienen).

A la vista de todo lo expuesto se puede decir que el tipo de injusto del art. 260 es, *desde el punto de vista objetivo*, la causación o agravación de un estado de insolvencia, entendiéndose en este caso por tal no sólo la cesación de pagos, sino también el perjuicio efectivo y material, más o menos importante, de los derechos de crédito, tal como quede demostrado en el correspondiente juicio ejecutivo universal previo.

Tipo subjetivo

Es necesario, además, que la causación o agravación de ese estado de insolvencia se realice dolosamente.

Penalidad

El art. 260,2 dispone que para graduar la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo dispone que tanto este delito previsto en el art. 260, como los delitos singulares relacionados con él, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

Favorecimiento de acreedores: art. 259

Como ya se dijo respecto al delito de alzamiento de bienes, el deudor es, en principio, libre, cuando carece de bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores, para pagar a uno de ellos con preferencia a los demás, siempre que sea un pago congruente y no exista ya un procedimiento en el que se haya asignado una prelación de créditos. Pero, una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, el art. 259 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al deudor que, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales y fuera de los casos permitidos por la Ley, realizare cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con oposición del resto. En realidad, se trata de evitar la convivencia entre el deudor y algunos acreedores en perjuicio de otros, algo bastante frecuente en los procedimientos concursales; pero también un posible alzamiento de bienes con ayuda de terceros, que pueden ponerse de acuerdo con el deudor para simular créditos y luego reclamárselos.

Presentación de datos falsos: art. 261

Independientemente del art. 260, el art. 261 castiga con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses al que «en

procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos». Este hecho ya de por sí constituye uno de los supuestos que determinan en el art. 890 del Código de comercio la calificación de la quiebra como fraudulenta; pero el Código penal le da un tratamiento autónomo, porque más que una forma de causación o de agravación de la insolvencia es una especie de obstaculización a la labor de clarificación de la situación económica del deudor, que es precisamente el objeto del procedimiento concursal y que lógicamente sólo se puede averiguar de un modo general a través de la presentación del estado de cuentas.

CAPÍTULO XXI

II. Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: Daños. Daños en cosa propia

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BARRÓN DE BENTTO, *La referencia a la cuantía del seguro obligatorio como condición objetiva de penalidad de los ilícitos culpables con resultado de daños*, AP 1990; CORCOY BIDASOLO, *Protección penal del sabotaje informático*, La Ley 1990; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes*, PJ núm. especial XII, 1990; JORGE BARREIRO, Agustín, *El delito de daños en el Código penal español*, ADP 1983; NIN DE CARDONA, *El pastoreo abusivo*, Madrid 1948; POLAINO NAVARRETE, *Pastoreo abusivo doloso con causación de daños*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Daños en objeto de ornato, recreo o utilidad pública*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; QUINTANO, *El delito de daños*, REP 1951; el mismo, *Dogmática del delito de daños*, RGLJ 1954; el mismo, *Daños*, NEJ VI, 1954; ROMEO CASABONA, *Los delitos de daños en el ámbito informático*, CPC 1991; RUIZ ANTÓN, *El delito de daños en las cosas* (Art. 563), en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; SERRANO BUTRAGUENO, *Los delitos de daños*, Pamplona 1994; el mismo, *Breve estudio de los delitos de daños y algunas propuestas para su reforma*, AP 1995; SUAY HERNÁNDEZ, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, Barcelona 1991.
- Sobre el Código penal de 1995:* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Los daños a objetos de las Fuerzas Armadas*, La Ley 1997; el mismo, *El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas*, Burgos 1999; MARÍN LÓPEZ, *Daños dolosos y seguro obligatorio del automóvil*, La Ley 1997; SOTO NIETO, *Condena penal por daños dolosamente causados con vehículo de motor*, La Ley 1997.
- Sobre los daños en cosa propia véase *infra*.

II. DELITOS PATRIMONIALES SIN ENRIQUECIMIENTO

Componen el grupo aquellos delitos patrimoniales en los que la Ley prescinde del enriquecimiento, real o posible, del que los realiza, colocando el fundamento de su punición en la destrucción o deterioro

de alguna cosa del patrimonio ajeno (y a veces, excepcionalmente, de alguna cosa propia).

A esta razón obedece el delito de daños tipificado en el Capítulo IX del Título XIII. Pero también se puede estudiar aquí por su parentesco morfológico la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, tipificada en el Capítulo XII del mismo Título, aunque como después veremos incide más en el orden socioeconómico que en uno puramente patrimonial.

Los delitos de incendio y estragos, que en el anterior Código penal se tipificaban como delitos patrimoniales sin enriquecimiento (véase 10ª ed., pp. 395 ss.), se tipifican ahora como delitos contra la seguridad colectiva en el Título XVII y serán estudiados junto con los demás delitos que se contienen en este Título (cfr. *infra* capítulo XXVI).

DAÑOS

Concepto

1. En el Código penal no se da un concepto de daños. El art. 263 sólo habla de «el que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código», con lo que da a entender que hay otros delitos de daños que, por afectar a otros bienes jurídicos más específicos, se tipifican en otros lugares (cfr. por ej., arts. 289, 323, 346, etc.), pero en ningún sitio se dice qué se debe entender por daño.

Aunque se pueda entender el «daño» en un sentido normativo como todo empobrecimiento en el patrimonio ajeno, es preferible un concepto más descriptivo, ya que el concepto normativo produce una confusión entre el daño como causa y el perjuicio patrimonial como efecto. El daño al que se refiere el Código penal tanto en este Capítulo IX del Título XIII, como en otros lugares, supone la destrucción o menoscabo de una cosa independientemente del perjuicio patrimonial que el daño pueda ocasionar. La prueba de ello es que el delito de daños se castiga, en principio, atendiendo al valor de la cosa dañada y no al del perjuicio patrimonial producido, que sólo tiene interés para determinar la responsabilidad civil nacida del delito (arts. 116 y ss. Cp y 1902 Cc); únicamente en el tipo cualificado del número 5º del art. 264 se tiene en cuenta el empobrecimiento patrimonial («arruinando al perjudicado») para agravar la pena. Sólo con este entendimiento puramente descriptivo del daño patrimonial se comprende que pueda existir un delito de daños aunque éste produzca un enriquecimiento

del titular de la cosa dañada (así, por ej., la muerte de un animal enfermo o el derribo de una casa en ruinas, cuyo mantenimiento es muy costoso). Esta concepción del daño no significa, sin embargo, que la cosa dañada no tenga que tener un valor patrimonial, por escaso que sea. En todo caso la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial económicamente valorable, porque sólo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerarse los daños como un delito contra el patrimonio. Quedan excluidos de este delito, por tanto, los llamados «daños morales» que sólo son indemnizables por la vía de la responsabilidad civil (cfr. art. 113 Cp; en este sentido también ANDRÉS DOMÍNGUEZ, p. 122).

2. El delito de daños supone, en definitiva, que se quite o disminuya el valor de la cosa dañada, lesionando su esencia o sustancia.

Es discutible si la alteración de su valor de uso o de su destino se incluye también en el delito de daños. El dejar en libertad a un animal no constituye una alteración o menoscabo del valor del animal; pero sí lo constituye el hecho de golpearlo y dejarlo inútil, parcial o totalmente, temporal o permanentemente, para el trabajo (cfr. STS 16 octubre 1917). Tampoco puede considerarse un delito de daños el dejar abierta la espita de un tonel de vino o el grifo del agua al no alterarse con ello su esencia o sustancia, aunque sí se produzca un perjuicio patrimonial al propietario; pero sí puede incluirse en los daños el echar a perder el vino o el agua, añadiéndole sustancias tóxicas (véanse SSTS 11 marzo 1936 y 20 marzo 1965).

Frente a esta opinión entiende BAYO (Compendio, p. 505) que es incluyente en el delito de daños la alteración del valor de uso, apoyándose para ello en la expresión «inutilizarse» del art. 562 del anterior Código penal (hoy art. 289). No creo que comportamientos como el dejar en libertad un pájaro o un animal salvaje puedan entenderse, literalmente hablando, como «inutilización» del animal, aunque desde el punto de vista económico el perjuicio para su propietario sea igual que si se le mata o lesionara. Pero, aparte de la diferenciación ya citada entre daño de la cosa y perjuicio patrimonial, lo que aquí se cuestiona es si cabe, sin incurrir en analogía prohibida, abarcar en el concepto de *daños*, conductas que no inciden en la cosa misma, sino en su posibilidad de uso. Poner un «cepo» al coche impide su utilización, pero no supone un daño del mismo, igual que no lo es desinflar las ruedas, aunque sí pincharias. Probablemente algún caso de alteración del valor del uso implique ya alguna alteración de la sustancia o esencia de la cosa (por ej., abrir el grifo del agua con la consiguiente pérdida no recuperable de la misma), pero me parece excesivo calificar automáticamente de *daño* de una cosa toda alteración del valor de uso de la misma (de la misma opinión ANDRÉS DOMÍNGUEZ, p. 141, que considera que lo que ella llama *daño funcional*, o ataque al valor de uso, no integra el desvalor de acción necesario para

la constitución del injusto; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 753; en contra SUÁREZ, en RODRÍGUEZ MOURILLON, Comentarios, p. 749; y SERRANO GÓMEZ, p. 426).

A veces hay un amplio lapso de tiempo entre la producción del daño y la acción que lo causó. Sucede esto, por ej., en los daños en la construcción (grietas en las paredes, daños en los cimientos debidos a la utilización de materiales deficientes). Aunque el Código civil exime de responsabilidad al constructor una vez que hayan transcurrido diez años (la llamada *responsabilidad decenal*), entiendo que, en tanto pueda afirmarse una conexión causal conforme a las reglas de la imputación objetiva (incremento del riesgo, realización del mismo, etc.) entre la acción y el resultado, cabe exigir responsabilidad por los daños. La *prescripción* sólo comenzará a computarse desde el momento de la consumación del delito, es decir, desde la producción del resultado.

Tipo objetivo

La acción puede realizarse por cualquier medio (exceptuando los que determinen la existencia de otros delitos como el incendio, los estragos, la manipulación de sustancias radioactivas, etc.; véase *infra* capítulo XXVI). Es posible la comisión por omisión: por ejemplo, dejar morir de hambre a un animal, naturalmente siempre que se den los requisitos exigidos en el art. 11.

El objeto material es una cosa ajena. Por tanto, el delito de daños lesiona el bien jurídico de la propiedad y puede ser cometido también por el poseedor de la cosa (en el art. 289 también puede ser sujeto activo el propietario, pero precisamente por esto debe considerarse como un delito más afín al orden socioeconómico que al patrimonial, véase *infra*). Es indiferente que la cosa sea mueble o inmueble, pero ha de ser corporal y susceptible de deterioro o destrucción.

El resultado ha de ser la destrucción o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción (caben teóricamente las formas imperfectas de ejecución).

Un caso límite lo constituye el *sabotaje informático por virus*. Si el virus afecta al funcionamiento del aparato de un modo relevante o destruye alguno de sus programas, habrá daños, *pero* si el ordenador afectado actúa más lentamente pero no es destruido o alterado en su esencia o prestancia como tal, ni en sus programas, difícilmente se podrá hablar de daños (a favor de la existencia de un delito de daños, COCCOY). En el apartado 2 del art. 264 se prevé como tipo cualificado la causación de daños por destrucción, alteración o cualquier clase de inutilización de los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. La determi-

nación del valor patrimonial es en muchos de estos casos difícil de realizar, porque lo relevante no es muchas veces el daño material del aparato o soporte informático, sino la destrucción de los datos en él contenidos, y ésta a su vez puede ser menos grave si hay copias de seguridad de los mismos. Pero de nuevo nos encontramos aquí con la necesidad de distinguir entre el daño material (constitutivo del delito o falta de daños) y el perjuicio patrimonial (o moral) que sólo puede ser, en principio, valorado a efectos de determinar la responsabilidad civil.

Tipo subjetivo

Aunque el delito de daños es un delito eminentemente doloso, el Código penal prevé expresamente en el art. 267 el castigo de los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones (pena: multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos).

Pero la persecución penal de la comisión imprudente de este delito queda supeditada a la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo cuando se trate de menor de edad, incapaz o persona desvalida, en cuyo caso podrá denunciar el Ministerio Fiscal. El perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del art. 130 (art. 267; cfr. también art. 324).

TIPOS LEGALES

En el Código se recogen en el Capítulo IX con abundante casuismo una serie de tipos diferentes de daños sobre cosas ajenas. Además en el art. 289, único del Capítulo XII, se castigan daños en cosa propia de utilidad social y en el Libro III se tipifican los daños constitutivos de faltas.

Tipo básico

En el art. 263 se castigan con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas, al que causare «daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código»; y en el art. 625, 1 se castiga con la pena de arresto de uno a seis fines de semana o multa de uno a veinte días a los que

intencionadamente causaren daños cuyo importe no exceda de cincuenta mil pesetas.

Tanto uno como otro precepto se refieren a los daños dolosos (los daños por imprudencia grave sólo son delito en el caso previsto en el art. 267, véase *supra*). A ellos deben reconducirse, por tanto, los daños que no sean incluíbles en los demás preceptos relativos a este delito.

En el art. 626 se castiga como falta con la pena de arresto de uno a tres fines de semana a los que «deslucieren» bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios; una muy leve sanción para las «pinchadas» y demás formas vandálicas de ensuciamiento de edificios que, aunque no queden por ello destruidos o alterados en su integridad material, se ven afectados en su estética o apariencia externa y consiguientemente en sus fachadas que deben ser repintadas, reparadas, etc., en cuantía normalmente superior a las cincuenta mil pesetas.

Tipos cualificados

1. En el art. 264 se castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al que causare los daños expresados en el artículo anterior, si concurren alguno de los supuestos siguientes:

- 1º. Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.
 - 2º. Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.
 - 3º. Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.
 - 4º. Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.
 - 5º. Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica».
- Además, el apartado segundo de este artículo aplica también la misma pena en caso de daños en material informático (cfr. *supra*).

2. En el art. 265 se castiga con pena de prisión de dos a cuatro años, si el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas, al que «destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o

recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

El art. 266 impone la pena de cuatro a ocho años al que cometa los hechos descritos en el artículo anterior «mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas». Este precepto demuestra que también en el incendio puede estar presente el aspecto del daño y que cuando no hay peligro para la vida o la integridad de las personas, o no constituye alguno de los delitos específicamente previstos en el Capítulo II del Título XVII, se debe castigar como daño.

DAÑOS EN COSA PROPIA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* SUAY HERNÁNDEZ, *El delito de daños en cosa propia de utilidad social y el fraude a la ley*, RFDUC monográfico 11, 1986; TERRADILLOS BASOCO, *Sustracción de cosa propia a su utilidad social en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983.

Sobre el Código penal de 1995: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999.

El Capítulo XII del Título XIII tipifica en un sólo artículo, el 289, lo que en su rúbrica se llama «De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural», y que no constituye más que un daño patrimonial, pero con la particularidad de que el que lo comete es el propietario de la cosa dañada.

Dice el art. 289: «El que por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de cuatro a dieciséis meses».

El bien jurídico protegido de este delito ya no es el derecho de propiedad ajeno, puesto que el sujeto activo es el mismo propietario de la cosa dañada. Se trata más bien de un delito contra los intereses sociales, o más concretamente contra la *función social de la propiedad*, que no deja de ser por eso un bien jurídico de carácter patrimonial individual. Este precepto es una buena muestra del relativismo en la distinción entre patrimonio y orden socioeconómico, ya que también la propiedad, según el art. 33,2 de la Constitución, debe cumplir

una función social que le da un contenido socioeconómico que es precisamente lo que justifica el presente delito. Ello explica igualmente que cuando la propiedad recae sobre un objeto del patrimonio histórico, artístico, cultural o monumental, el daño de la misma, también si lo comete el propietario, pueda constituir un delito autónomo tipificado en el Capítulo II del Título XVI.

En lo demás, el tipo contiene fundamentalmente la estructura de un delito de daños, aunque la referencia a «de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad» demuestra que lo importante es este resultado y no la forma en que se produce, aunque difícilmente podría entrar en el sentido del precepto la simple ocultación de la cosa. Romper un cuadro de Goya por parte de su propietario para impedir que se lo lleven a un Museo entraría dentro de este artículo, pero no el esconderlo (en este sentido TERRADILLOS y SUAY). MARTÍNEZ-BUJÁN (pp. 165 ss.) considera, en cambio, que la autonomía que se ha dado a la regulación de este delito en el Código penal de 1995, desvinculándolo del delito de daños, no permite esta interpretación restrictiva, que además no es avalada por el carácter supraindividual del bien jurídico protegido, lo que le lleva a decir que incluso ya no es necesaria la mención expresa de la modalidad de daños. A pesar de que esta interpretación es compatible con el tenor literal del precepto, considero que, sobre todo en las obras de carácter histórico o cultural, el contenido de este delito se debe restringir a la destrucción o daño material de la cosa, dejando la modalidad no destructora bien en el ámbito de otros delitos (como el de desobediencia), o en el de la actividad sancionatoria de la Administración.

DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

CAPÍTULO XXII

Consideraciones generales sobre los delitos contra el orden socioeconómico. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Disposiciones comunes

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España*, en Estudios de Derecho penal económico, Arroyo Zapatero/Tiedemann (edit.), Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal Económico*, Madrid 1978; el mismo, *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, RFDUC monográfico 3, 1980; el mismo, *El Proyecto de Código penal y el art. 38 de la Constitución*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; el mismo, *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y politico-criminal*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; el mismo, *Marco constitucional del Derecho Penal Económico*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; el mismo, *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales y económicos*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; BARBERO SANTOS, *Los delitos económicos en la legislación española*, RFDUC 1986-87; BUSTOS RAMÍREZ, *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; CASALS COLLDECARRERA, *La letra vacía*, RJCat. 1980; CORDOBA RODA, *Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de Sociedades Mercantiles en Derecho español*, EPC 1985/1986; FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre la criminalidad económica*, Barcelona 1978; FERNÁNDEZ ALBOR/ MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987*, ADP 1989; GÓMEZ BENÍTEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio*, ADP 1980; HERRERO HERRERO, *Los delitos económicos*, Madrid 1992; MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1987; el mismo, *Los fundamentos político-constitucionales de la delincuencia socio-económica*, CPC 1989; MOLINA BLÁZQUEZ, *Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1994; MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, CPC 1982 (también en RJCat. 1982); NOVOA MONREAL, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito*

económica, ADP 1982; QUINTERO OLIVARES, *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español*, EPC 1978/1979; el mismo, *Economía e instrumentos represivos*, Papeos 1980; el mismo, *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; RIGHI, E., *Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica*, CPC 1979; RODRIGUEZ MOURULLO, *Los delitos económicos en el Proyecto de Código penal*, ADP 1981; RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional*, RGLJ 1979; el mismo, *Los delitos contra el orden socioeconómico*, Anuario de la Escuela Judicial 1981; SERRANO GÓMEZ, *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*, AP 1993; SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, ADP 1988; SILVA SÁNCHEZ, *El Derecho penal bancario en España*, AP 1994; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995; TIEDEMANN, *Palier económico y delito*, Barcelona 1985; el mismo, *El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico*, CPC 1986; el mismo, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona 1993; VILADAS JANE, *Notas sobre la delincuencia económica en España*, ADP 1980; el mismo, *Introducción a la delincuencia económica en Homenaje a Pérez-Vitoria II*, Barcelona 1983; el mismo, *Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica*, RFDC monográfico 6, 1983; VARIOS, *La reforma penal*, Madrid 1982; VARIOS, *Los delitos socio-económicos*, Barbero Santos (edit.), Madrid 1985; VARIOS, *El nuevo Derecho penal económico*, Barcelona 1986; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, Pj núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo Zapatero/Tiedemann (edit.), Universidad Castilla-La Mancha 1994; VARIOS, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Univ. Autónoma Madrid 4-17 oct. 1992, Madrid 1995.

Sobre el Código penal de 1995: ARROYO ZAPATERO, *Delitos socioeconómicos*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDI 1996; el mismo, *Derecho penal económico y Constitución*, RP 1998; BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid 1998; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, AP 1997; GIMENO SENDRA, *La aplicación procesal del nuevo Código penal con especial referencia a los delitos contra el orden socioeconómico*, RP 1998; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia 1998; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; MORENO CÁNOVES/ RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, (Comentarios a con jurisprudencia), Madrid 1996; MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, RP 1998; VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos socioeconómicos en el Código penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales*, EPC 1998; VARIOS, *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), A Coruña 1998; VARIOS, *Empresa y delito*, CDJ 1999.

Ver también bibliografía de los capítulos XXIII y XLIII, y además la bibliografía correspondiente a los distintos delitos en éste y el siguiente capítulo.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

1. Como ya antes se dijo (véase *supra* capítulo XV), la rúbrica del Título XIII habla de los delitos contra el patrimonio «y contra el orden socioeconómico». El orden «socioeconómico» al que se alude en dicha rúbrica dista, sin embargo, de ser un concepto perfijado y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo. Fue el Proyecto de 1980 el primero que configuró un Título autónomo (el VII) con esta denominación incluyendo en él un gran número de delitos que luego se fueron reduciendo en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 hasta llegar a los Proyectos de 1992 y 1994 y al Código penal vigente, en donde desaparece el Título autónomo para incluir algunos de los delitos que originariamente se regulaban en el Proyecto de 1980 como «delitos contra el orden socioeconómico» en el Título dedicado a regular los delitos contra el patrimonio, o constituir Títulos independientes como el Título XIV (Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social) o el Título XV (Delitos contra los derechos de los trabajadores). (Sobre esta evolución véase MIÑOZ CONDE, 1982; y en Jornadas Tiedemann, pp. 265 ss.).

Ello demuestra, a mi juicio, la falta de concreción del concepto de «orden socioeconómico», al que, sin embargo, hay que dar un contenido, no sólo porque se mencione expresamente en la rúbrica del Título XIII, sino porque realmente existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico o macroeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente se derivan, pero con el que no coinciden exactamente.

Del concepto de «orden socioeconómico» debe excluirse el *orden económico en sentido estricto* u *orden público económico*, que es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado. Este orden económico en sentido estricto no es, pues, otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, eviando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *laissez-faire, laissez-passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales. En este sentido, los arts. 128.2 y 131.1 de la Constitución reconocen, respectivamente, la iniciativa pública en la actividad económica y la facultad del Estado para planificar la economía, e igualmente hay otros pre-

ceptos constitucionales que reconocen el poder tributario del Estado, la posibilidad de su intervención en determinados sectores económicos, etc. Pero para la protección penal de este orden económico en sentido estricto se crearon los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (Título XIV) y algunos otros delitos tipificados en leyes especiales, como los delitos de contrabando (véase *infra* capítulo XLIII).

Pero esta concepción estricta del orden económico no es suficiente para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, merecen una consideración distinta a la que tradicionalmente se les ha dado. Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar a mediados de los años setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego de la legislación, de un *Derecho penal económico*, al que serviría de base o de bien jurídico común una *orden económica en sentido amplio* entendido como «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios» (así, por ej., Bayo, 1978; sobre éste y otros criterios, MARTÍNEZ-BUÁN, 1998; 1999; Muñoz Conde, 1998). Pero la misma amplitud de este concepto de orden económico le hacía perder al «nuevo» Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Así, por ej., la propiedad privada, uno de los ingredientes básicos de ese orden económico, tal como reconocen los arts. 33 y 38 de la Constitución, es objeto de protección en el Título XIII del Código penal a través de delitos contra el hurto o el robo, pero obviamente nadie dice que estos delitos sean delitos económicos o contra el orden socioeconómico. Lo mismo puede decirse respecto a delitos patrimoniales clásicos como la estafa de escasa cuantía, el alzamiento de bienes de un deudor frente a unos pocos acreedores, la apropiación indebida del importe de los recibos por el cobrador de una empresa, la falsificación de una letra de cambio para obtener un crédito bancario, etc. Todos estos hechos son constitutivos de diversos delitos contra el patrimonio, sin que para su tipificación ni para la comprensión de su naturaleza, razón de su incriminación, etc., haya que recurrir a un concepto distinto del puramente patrimonial. Si todos estos hechos se configurarían como delitos contra el orden «socioeconómico» se correría el peligro de diluir el ya muy bien delimitado Derecho penal patrimonial en un desmesurado Derecho penal socioeconómico sin más límites que los que quisiera dársele en lenguaje coloquial al término «económico» o «socioeconómico».

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico. Con este criterio, una estafa sería un delito «socioeconómico» cuando, además de todos los elementos conceptual es propios de este delito patrimonial (véase *supra* capítulo XIX), incidiera en una pluralidad de perjudicados o produjera un grave perjuicio econó-

mico. Una insolvencia punible sería delito «socioeconómico» cuando, además del perjuicio al derecho de crédito, por su magnitud incidiera negativamente en el orden crediticio bancario o tuviera grandes repercusiones en la economía nacional. Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante de la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito «socioeconómico», sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política, salvo la demagógica o snobista que subyace a muchas de estas construcciones jurídicas; o habría que duplicar los delitos patrimoniales clásicos, sobre todo los defraudatorios, para tipificar expresamente los casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

2. No puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos que difícilmente son reconducibles a los delitos patrimoniales. En estos casos, la primera preocupación del legislador debe ser evitar escandalosas «lagunas de punibilidad», bien creando delitos nuevos, o bien reformando o añadiendo algunas particularidades a los delitos patrimoniales para extenderlos a supuestos evidentemente merecedores de pena y que difícilmente pueden ser sancionados con los delitos ya existentes. Pero ello debe hacerse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro.

Desde este punto de vista es como debe analizarse el contenido del Título XIII, en el que se protege primordialmente el orden patrimonial, pero en el que también se contienen tipos delictivos que sólo pueden entenderse desde un prisma socioeconómico más amplio que el patrimonial. El legislador ha dejado, sin embargo, sin resolver cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII son reconducibles al ámbito patrimonial y cuáles al orden socioeconómico. Como ya hemos visto antes (*supra* capítulo XV), en la propia sistemática legal, a partir de la Disposición común a los «delitos patrimoniales» contenida en el art. 268.1, hay base para decir que todos los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son «delitos contra el patrimonio»; mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serían «delitos contra el orden socioeconómico». Pero tampoco puede mantenerse este criterio de un modo rígido, porque aun en los Capítulos en los que se tipifican delitos patrimoniales principalmente defraudatorios como la estafa, la apropiación indebida o las insolvencias punibles, pueden incluirse hechos con incidencia en intereses socioeconómicos, y en los Capítulos en los que se tipifican delitos contra el orden socioeconómico hay algunos delitos, como los relativos a la propiedad intelectual o a la recepción, que obedecen más a una estructura de carácter patrimonial que socioeconómica. Por otra parte, algunos delitos por su parentesco estructural deben estudiarse conjuntamente, aunque unos participen más de un carácter patrimonial y otros tengan más uno socioeconómico; así sucede, por ej., con los daños patrimoniales del Capítulo IX y los daños en cosa propia de utilidad social del Capítulo XII. Otras veces es el legislador el que tiene en cuenta esta

similitud estructural para agrupar en el mismo Capítulo delitos que inician en órdenes distintos, como la receptación «y otras conductas afines» (blanco de capitales o de bienes) en el Capítulo XIV. Y otras veces simplemente no se entiende por qué el legislador ha situado en uno de los Capítulos que el mismo llama «patrimoniales», el VIII, un delito claramente socioeconómico, como «la alteración de precios en concursos y subastas públicas», mucho más relacionado con las maquinaciones para alterar el precio y los delitos relativos al mercado del Capítulo XI, Sección 3ª, que con los delitos patrimoniales.

Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción «delito contra el patrimonio-delito contra el orden socioeconómico» tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso, por lo que en el apartado correspondiente se intentará analizar qué particularidades tiene el concreto tipo delictivo que justifican su consideración como delito contra el orden socioeconómico. Para ello se parte del orden legal acogido en el Título XIII, con las reservas ya dichas, estudiando en este capítulo los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, y en el capítulo siguiente los delitos societarios y la receptación y conductas afines.

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS, *Protección penal de la propiedad intelectual*, en Estudios de Derecho penal económico, Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas de la legislación y la jurisprudencia en los delitos contra la propiedad industrial*, Justicia Penal 1995; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La reforma de los delitos contra la propiedad industrial en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; el mismo, *La tutela de la competencia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en Los delitos socioeconómicos, Barbero Santos (edit.), Madrid 1985; BOIX REIG, *Nuevo sistema de protección penal de los derechos de propiedad intelectual*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de propiedad intelectual*, Madrid 1988; el mismo, *Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, 1989; el mismo, *Algunas consideraciones sobre el plagio como modalidad de conducta del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *Algunas reflexiones acerca del objeto material del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; el mismo, *Los tipos agravados del nuevo delito contra la propiedad intelectual*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONILLADO, *Los derechos de autor y anexos. Su protección penal:*

cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico, ADP 1990; FERRÉ OLIVÉ, *Delitos contra los derechos de autor*, ADP 1991; GIMBERNAT ORDEIG, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Berstain, San Sebastián 1989 (también en PJ núm. especial IX, 1989); el mismo, *Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en Delitos contra la propiedad, CDI 1995; GÓMEZ BENÍTEZ QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid 1988; GUINARTE CABADA, *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid 1988; el mismo, *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, EPC 1991/1991; el mismo, *Las infracciones de los derechos de la propiedad industrial del artículo 534 del Código penal*, en Comentarios a la legislación penal XIII, Madrid 1991; el mismo, *Los delitos contra la propiedad industrial en el Proyecto de Código penal español de 1992*, Actas de Derecho Industrial 1991-92; JIMÉNEZ VILLAREJO, *La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y las vías judiciales para su exigencia*, PJ núm. especial IX, 1989; LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia 1994; MASCARENAS V., *Nus para un estudio sobre la defraudación de la propiedad intelectual*, J.Cat. 1953; el mismo, *Delitos contra la propiedad intelectual*, NEJ VI, 194; MISERACHS, *Delitos contra la propiedad intelectual*, NEJ VI, 1954; POAINO NAVARRETE, *Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española*, en Homenaje a Berstain, San Sebastián 1989; ROLDAN BARBERO, *Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, La Ley 1988; ROMEO GASABONA, *Protección penal del software en el Derecho español*, AP 188; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid 199; SOTO NIETO, *Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Nuevas formas de delincuencia*, PJ núm. especial IX, 1989; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Madrid 1990.

Sobre el Código penal de 1995: DEL ROSAL BLASCO/ SEGURA GARCÍA, *La infracción del derecho de marca en el nuevo Código penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDI 1997; GARCÍA RIVAS, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995*, en Propiedad intelectual: Aspectos civiles y penales, CDI 1995; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid 1998; JORGE BARREIRO, Agustín, *Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las infracciones punibles contra la propiedad intelectual*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 199; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; MARTÍNEZ RUIZ, *La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código penal*, La Ley 1997; NOREÑA DE SLTO, *Delitos relativos a la propiedad intelectual*, RMF 1997; PORTELLANO DÍEZ, *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones e un mercantilista*, CPC 1996; SEGURA GARCÍA, *La protección penal de la propiedad industrial en el nuevo Código penal de 1995*, RGD 1997; SORIANO SORIANO, *Los delitos contra la propiedad*

industrial, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDI 1996; VARGAS CABRERA, *Delitos relativos a la propiedad industrial*, RMF 1997; VIDORRETA RUIZ, *Comentarios al artículo 277 del Código penal de 1995*, CPC 1997.

En la rúbrica del Capítulo XI del Título XIII se habla de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, aunque después se regulan diferenciadamente en la Sección 1ª los relacionados con la propiedad intelectual y en la Sección 2ª los relacionados con la propiedad industrial.

Se produce así un tratamiento diferenciado, aunque todavía unido sistemáticamente, de la protección penal de ambos bienes jurídicos (la propiedad intelectual, por un lado, la industrial, por otro), que sólo tienen en común que son una creación de la inteligencia humana, pero que tanto en su tratamiento jurídico, como en su significado social y económico son completamente diferentes (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 28, quien considera que los delitos contra la propiedad intelectual no tienen un contenido socioeconómico).

A) DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Bien jurídico protegido

Para la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos es necesario remitirse a la legislación extrapenal y concretamente al Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado en algunos aspectos por la Ley 5/1998 de 6 de marzo.

El art. 2 del Real Decreto 1/1996 dice que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Como se ve, este precepto acoge abiertamente una concepción dualista en la que se atribuyen a la propiedad intelectual facultades de tipo personal y patrimonial. Sin negar la importancia del primer aspecto, en la regulación de estos delitos predomina, sin embargo, el aspecto patrimonial, no tanto porque se mantenga dentro del Título XIII del Código penal, como por las dificultades que entraña la protección penal de la vertiente personal o extrapatrimonial.

La propiedad intelectual tiene, en efecto, una dimensión moral que algunos intentan ubicar incluso a nivel constitucional en el art. 20,1,b) de la Constitución («derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; en este sentido ROLDÁN). Pero en los delitos tipificados en esta Sección 1ª no se protege esta dimensión moral o personal de la propiedad intelectual. El derecho reconocido en el art. 20,1,b) de la Constitución es, como destacan BAJO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (en BAJO II, p. 350), un derecho a la producción y creación intelectual que sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas, pero no con delitos de carácter patrimonial o socioeconómico (doctrina dominante; así, por ej., BOIX/JAREÑO, en VIVES, Comentarios, p. 1327: «no se tiene en cuenta el contenido moral del derecho de autor a efectos de penalizar la conducta»; en este sentido también ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS, CARMONA SALGADO, 1988, JORGE BARRERO, DÍAZ y GARCÍA, GÓMEZ BENTÍEZ/ QUINTERO OLIVERES, etc.).

Ahora bien, hay un aspecto de ese derecho moral que se refiere a la relación misma entre el autor y su obra, a su paternidad y a la defensa de su integridad, que sin ser el derecho constitucional reconocido en el art. 20,1,b) CE, tampoco se identifica con un derecho de carácter patrimonial. El art. 270 protege claramente este derecho al sancionar, sobre todo, el *plagio*, que no es más que la negación del derecho a la paternidad misma de la obra, que tiene evidentemente un contenido superior al puramente patrimonial. Pero aun así la protección a este derecho viene limitada, en lo que se refiere a su explotación económica, por los plazos de caducidad marcados, por ejemplo, en el art. 26 del Real Decreto 1/1996. ¿Incurriría en plagio «punible» el que se atribuyere la paternidad de una sinfonía de Mozart?

Inequívocamente tienen carácter patrimonial los derechos de explotación que incluso, una vez enajenados, pueden corresponder a una persona distinta al autor. Especiales problemas se plantean precisamente en casos de colisión entre el derecho moral y el derecho patrimonial cuando el autor trabaja como asalariado anónimamente o formando parte de un equipo en una obra colectiva (por ej., en la redacción de un diccionario). La Ley de Propiedad Intelectual resuelve algunos de estos casos, reconociendo en su Libro II «Otros derechos de propiedad intelectual» como el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de programas, etc., pero siempre pensando en los derechos patrimoniales antes que en los morales o personales.

En general, se puede decir que en los diversos tipos delictivos que se contienen en esta Sección 1ª se protege la propiedad intelectual en

su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso concreto, como en el plagio, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística. Pero también en este caso existe simultáneamente un derecho patrimonial que normalmente es el que motiva la intervención del Derecho penal. Reclérdesse, por ejemplo, que sólo suelen presentarse querrelas por plagio en caso de obras que han ganado un concurso o tienen un gran éxito comercial.

En todo caso hay que tener en cuenta que los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos y que, a diferencia de lo que sucedía en el Código penal anterior donde se hablaba de «derecho de autor» (véase 10ª ed., pp. 326 ss.), ahora se habla expresamente de «propiedad» intelectual, exigiéndose además para que el hecho sea punible el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, haciendo recaer, pues, el acento en el aspecto patrimonial antes que en el personal. Por lo demás, el Código penal es en esta materia, como en tantas otras de parecida índole, un mecanismo protector de la propiedad intelectual puramente subsidiario, que sólo se pone en marcha, en principio, cuando hay denuncia de la parte agraviada (cfr. *infra* y art. 287), por lo que también hay que tener en cuenta otros sistemas de protección jurídica contenidos en el Real Decreto 1/1996, que generalmente son más eficaces (véase la circular núm. 2/1989 de 20 de abril, de la Fiscalía General del Estado, de gran interés para la interpretación de otros delitos, en ADP 1989, pp. 677 ss.).

Tipos legales

I. Tipo básico

Es el recogido en el art. 270:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comuniqué públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.»

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador».

Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera. En caso de concurrencia de diversas personas en la comisión del delito habrá que estar a las reglas generales de la participación.

Sujeto pasivo es el titular de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios. Para la determinación de esa titularidad habrá que estar a las previsiones que al respecto se contienen en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 5 a 9).

Objeto material es una obra literaria, artística o científica, especificándose en los arts. 10 a 13 de la referida Ley qué se entiende por tal.

En cuanto a las acciones típicas, deben diferenciarse aquellas que afectan a lo que la Ley llama derecho moral (derecho a la divulgación, a la paternidad y a la integridad de la obra; art. 14) y las que afectan a los derechos de explotación, aunque, como ya se ha dicho, en ambos casos la acción tiene que afectar al aspecto patrimonial de estos derechos.

Entre las primeras se encuentra fundamentalmente el *plagio*, que constituye la negación de la autoría de la obra. No es fácil, sin embargo, diferenciar el *plagio* de la simple influencia o de la falta de originalidad. La delimitación entre estos extremos es difícil y depende del tipo de obra de que se trate. Desde luego no es lo mismo el plagio de una obra literaria o musical, que el plagio de una obra pictórica, en la que si se finge la autoría lo más frecuente es la querrela por estaña del que adquiere la obra creyendo que es auténtica, pero no la del autor plagiado. La «reproducción» está a caballo entre el plagio, cuando además no se menciona al autor o se pone a otro en su lugar, y la lesión del derecho de explotación, afectando, generalmente, más a este último (por ej. fotocopias, cassettes o vídeos o ediciones «piratas»).

Las demás conductas citadas en el art. 270 («distribuir o comunicar públicamente... importar, exportar o almacenar») afectan directamente al derecho de explotación, que sólo debe considerarse conculcado, al menos con relevancia penal, cuando dichas conductas recaen sobre los objetos citados en el párrafo primero, es decir, cuando se trate de

copias «ilícitas», obras plagiadas, etc. En el párrafo tercero del art. 270 se extienden las penas del párrafo primero a «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador», lo que por la particularidad de la *obra informática* supone un adelanto de la intervención penal a conductas meramente preparatorias del ataque a la propiedad intelectual recogida en programas de ordenador.

En todo caso, la autorización del titular destituye el hecho (en este sentido también ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS, p. 172, quienes hacen unas interesantes consideraciones sobre la diferencia existente entre el consentimiento como causa de justificación y causa de atipicidad en relación con el plagio y la usurpación).

Tipo subjetivo

Para recordar que nos encontramos ante conductas eminentemente dolosas, el art. 270 utiliza en al párrafo primero la expresión «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», pero en el párrafo segundo sólo la expresión «intencionadamente», que tiene un significado parecido, aunque en la redacción del Código penal anterior el ánimo de lucro constituía un tipo cualificado.

II. Tipos cualificados

Son los contenidos en el art. 271:

- «Se impondrá la pena de prisión de un año a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
 - b) Que el daño causado revista especial gravedad.
- En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años.»

Estas cualificaciones se refieren a la trascendencia económica y al daño (patrimonial) causado, lo que demuestra la importancia del contenido patrimonial en la regulación jurídico-penal de estos derechos,

pero también, lo que quizás justifique su consideración como delito socioeconómico, la relevancia económica que hoy pueden llegar a tener algunas formas de propiedad intelectual como las relacionadas con la producción de cassettes y videos musicales de famosos estrellas de la canción pop, programas de ordenador, etc., cuya explotación se lleva a cabo por empresas exclusivistas que invierten grandes cantidades en la elaboración de dichos productos. El que muchos de estos sectores estén en manos de multinacionales y grandes empresas obliga, sin embargo, a examinar con cuidado la legitimación de algunas de esas «exclusivas», que pueden constituir algún delito relativo al mercado y a los consumidores.

Consecuencias jurídicas

Además de las penas correspondientes a los diversos tipos, el art. 272.2 faculta al Juez o Tribunal para ordenar la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor, en un periódico oficial. El apartado 1 de dicho artículo dispone que la extensión de la responsabilidad civil derivada de estos delitos se regirá por la Ley de Propiedad Intelectual en lo que se refiere al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

B) DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Son los tipificados en la Sección 2ª del Capítulo XI. En ella se incluyen diversos tipos delictivos que antes se encontraban dispersos bien en esta misma Sección, bien en el Título dedicado a las falsedades (los relativos a la falsificación de marcas), bien en la legislación especial (por ej. la Ley de 16 de mayo de 1902, derogada expresamente por la Disposición derogatoria única del Código penal de 1995), y que ahora se agrupan en torno a un mismo bien jurídico, la propiedad industrial (sobre la regulación anterior, véase 10ª ed., pp. 331 ss.).

La propiedad industrial, a la que se refieren estos delitos, es aquella parte de la actividad económica empresarial que se refiere tanto a la creación o invención de técnicas y objetos de uso industrial, como a su explotación, pero también a determinados signos o marcas que los empresarios utilizan para distinguir sus productos de otros similares que se ofertan en el mercado. En última instancia, lo que el Derecho protege en esta materia es una competencia leal entre los empresarios que, al mismo tiempo que un interés patrimonial privado, tiene también un contenido socioeconómico en la medida en que incide también en los derechos de los consumidores (sobre las

diversas concepciones del bien jurídico en estos delitos, GONZÁLEZ CABADA, 1988, pp. 158 ss.; SAGUNA GARCÍA, 1995, p. 111). La propiedad industrial que se protege penalmente puede ofrecer las siguientes modalidades: invenciones (patentes o modelos de utilidad), creaciones con aplicación industrial (modelos y dibujos) y signos distintivos de la industria y el comercio (nombre comercial, marcas, denominaciones de origen); cada una de ellas puede ser objeto de las defraudaciones que seguidamente vamos a exponer.

1. DEFRAUDACIÓN DE PATENTE O MODELO DE UTILIDAD Y SIMILARES

a) En el art. 273,1 y 2 se tipifican, en relación con la patente o con modelos de utilidad, dos modalidades de conductas: la primera hace referencia al que «fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos». La segunda al que «utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado». La segunda modalidad es subsidiaria de la primera. Con la doble tipificación se pretende cubrir todo el ciclo de defraudación de la propiedad industrial sobre patentes y modelos de utilidad, tanto en la usurpación del derecho del inventor, como en la explotación ilegal.

Comunes a ambas modalidades son los conceptos de patente y modelo de utilidad. Por «patente» hay que entender el derecho del titular registral de una invención, bien referida a un producto o a un procedimiento para su fabricación, bien a un determinado perfeccionamiento o desarrollo de una patente preexistente (véanse arts. 50 y 108 ss., Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes). El «modelo de utilidad» es una especie de invención menor, o de mejora en la configuración, estructura o composición de algo ya conocido previamente (véanse arts. 143 ss. de la Ley de Patentes antes citada). En ambos casos se castiga cualquier manera de fabricación o utilización ilegítima de los objetos amparados en estos derechos, cuyo ejercicio y explotación viene regulado en la Ley de Patentes, a la que indirectamente hay que remitirse para ver los límites de la protección penal. El consentimiento del titular del derecho excluye, por tanto, tal como se dice expresamente en el art. 273,1, la relevancia penal de la conducta.

La protección penal de estos derechos requiere, además de la realización de la correspondiente acción típica sin el consentimiento del titular del derecho, que el objeto sobre el que recae la propiedad industrial haya sido previamente registrado. Esta cuestión, que era

discutible en la regulación anterior (véase 10ª ed., p. 332), ha quedado ahora expresamente resuelta en el Código penal de 1995, que solamente concede protección penal al objeto previamente registrado (cfr. arts. 273 y 274) o protegido legalmente (cfr. art. 275), y en la medida en que el sujeto actúe con conocimiento del registro o, en su caso, de la protección legal.

En el tipo subjetivo se requiere no sólo «el conocimiento del registro», sino un especial elemento subjetivo del injusto (que el sujeto actúe «con fines industriales o comerciales»), que elimina del ámbito penal la realización de estas conductas con ánimo de lucro personal o para su particular provecho, comodidad, etc.

b) El art. 273,3 castiga las conductas descritas en el párrafo primero concurrendo iguales circunstancias «en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor». La peculiaridad de este precepto consiste en que los objetos a los que alude no se encuentran regulados en la Ley de Patentes, sino en el Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, el modelo o dibujo industrial o artístico (arts. 182 ss.), y en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la Protección Jurídica de las Topografías de Productos Semiconductores. El modelo industrial es un objeto que puede servir como tipo para la fabricación de un producto; el dibujo es un conjunto de líneas y colores que adorna un producto. El producto semiconductor, también denominado chip, es uno de los productos básicos de la microelectrónica, y su topografía la constituye un conjunto de elementos que cumplen diversas funciones fundamentales para este tipo de industria (transistores, resistencias, almacenamiento de datos, etc.). La tipificación expresa de las conductas que recaen sobre ellos era necesaria al no estar contenido en los conceptos de patente y modelo de utilidad a que se refieren los apartados anteriores del mismo artículo. Por lo demás no presentan ninguna particularidad, exigiéndose los mismos requisitos para su tipificación penal.

Penas

Las penas aplicables a los tres supuestos tipificados en el art. 273 son las de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses (véase también *infra* y art. 276).

2. DEFRAUDACIÓN DE MARCAS Y SIGNOS DISTINTIVOS

Con la misma estructura que en el art. 273, el art. 274 castiga con las mismas penas (seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses):

— Por un lado, al que «reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado» (art. 274,1).

— Y, por otro lado, al que, a sabiendas, «posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero» (art. 274,2).

La peculiaridad de este precepto consiste en que aquí el objeto de referencia son las llamadas marcas, reguladas por la Ley 32/1988, de 10 de noviembre y su Reglamento de 18 de mayo de 1990, que cumplen en el tráfico comercial una importante función de identificación de los productos y servicios que se ofrecen por los empresarios en el mercado. Pero, igual que en el caso de las patentes y modelos de utilidad, su utilización indebida sólo adquiere relevancia penal si la marca o signo distintivo ha sido previamente registrado y si el sujeto actúa con conocimiento de ese registro, con fines industriales o comerciales y sin consentimiento del titular. Este último requisito deviene fundamental, por cuanto como se deduce del apartado 2 del art. 274, los derechos sobre los signos distintivos pueden ser cedidos por su titular, cuyo derecho de explotación en exclusiva es lo que constituye el objeto de protección. La protección penal es, por tanto, tributaria de la que ofrece la Ley de Marcas, y sólo en la medida en que estén reconocidos estos derechos podrá plantearse su protección penal.

3. DEFRAUDACIÓN DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN O INDICACIÓN GEOGRÁFICA

El art. 275 castiga también con las mismas penas (seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses) «a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para

distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección».

En este precepto se ve claramente la voluntad expansiva del Código penal de 1995, cubriendo sancionatoriamente supuestos de hecho que no deberían de pasar del nivel de una infracción administrativa. Las «denominaciones de origen» son ciertamente importantes signos distintivos de algunos productos (fundamentalmente alimenticios: vinos, aceites, hiecos, jamones, quesos, etc.), pero no tienen la importancia y la significación jurídica de la marca. La Ley de Marcas sólo autoriza su utilización bajo estricto control administrativo y siempre para un uso colectivo de los productores establecidos en el lugar geográfico determinado.

4. AGRAVACIÓN POR ESPECIAL GRAVEDAD Y MEDIDAS COMUNES APLICABLES A LOS DELITOS ANTERIORES

El art. 276,1 dispone que se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, «cuando los delitos tipificados en los anteriores artículos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados».

El art. 276,2 faculta al juez para decretar, en el supuesto previsto en el apartado 1, es decir, cuando los hechos revistan especial gravedad, «el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años». Si se aplica esta consecuencia, quedará sin efecto lo dispuesto en el art. 288, pfo. 2.

5. DIVULGACIÓN DE LA INVENCIÓN OBJETO DE PATENTE SECRETA

Art. 277: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional».

Aunque la regla general es la publicidad de la patente y de su solicitud, el art. 119 de la Ley de Patentes establece que dicha regla puede sufrir excepciones por razones de defensa nacional. De ahí que

dichas patentes o sus solicitudes sean declaradas secretas y que su acceso sea vedado al público, castigándose en el art. 277 del Código penal la divulgación intencional de la invención que tenga este carácter, siempre obviamente que se haya hecho la correspondiente solicitud de patente secreta. La relación de este delito con los relativos a la defensa nacional (arts. 598 ss.) es muy estrecha, y más que un delito contra la propiedad industrial es un delito contra la defensa nacional, con el que estaría en relación de consunción.

DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BUENO ARÚS, *Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores*, AP 1989; DE VEGA RUIZ, *Protección penal del consumidor*, Pl núm. especial IX, 1989; MARTÍNEZ PÉREZ, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; MARTOS NÚÑEZ, *Protección de los consumidores y usuarios*, RFEDUC monográfico 6, 1983; TORIO LÓPEZ, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en Estudios sobre el derecho de consumo, Bilbao 1991.

Sobre el Código penal de 1995: DE VEGA RUIZ, *Los delitos contra el consumidor en el Código penal de 1995*, Madrid 1996; MARTÍN PALLÍN, *Protección penal de los consumidores*, La Ley 1996.

La Sección 3ª del Capítulo XI contiene una pluralidad de delitos que afectan a bienes jurídicos diferentes, sirviendo la mención en la rubrica al mercado y a los consumidores de mero marco de referencia. Por un lado, en los arts. 278 a 280 se tipifican delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa que afectan directamente a la capacidad competitiva de la misma o incluso a su derecho de propiedad intelectual o industrial. Por otro lado, en los arts. 281 a 283 se tipifican determinadas conductas de desbasacamiento de materias primas, publicidad fraudulenta y facturación falsa, que inciden directamente en los derechos de los consumidores. En el art. 284 se tipifican una serie de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que estudiaremos juntamente con el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas del art. 262, con el que tiene gran afinidad. Y, finalmente, los arts. 285 y 286 castigan el abuso de información privilegiada en el mercado. Estudiaremos cada uno de estos grupos de delitos por separado.

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BAJO FERNÁNDEZ, *Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías de la contabilidad de su principal*, ADP 1978; GÓMEZ SEGARDE, *El secreto industrial*, Madrid 1994; GUINARTE CABADA, *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, EPC 1990/1991; LAMPE, *La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983*, en La reforma penal: delitos socioeconómicos, Barbero Santos (ed.), Madrid 1985; SERRANO PIEDECASAS, *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, ADP 1990.

Sobre el Código penal de 1995: CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona 1998; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delito penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; PÉREZ DEL VALLE, *La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 CP)*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; PRATS, J. M., *Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997.

Los arts. 278 a 280 tipifican una serie de conductas que afectan a la capacidad competitiva de la empresa, por cuanto suponen el descubrimiento y revelación de secretos de su actividad empresarial. El bien jurídico protegido es, por tanto, la *competencia leal*, en una parte de la misma referida a los secretos industriales y comerciales legítimamente adquiridos (*know how*), es decir, la capacidad competitiva de la empresa (en este sentido, también CARRASCO ANDRINO, p. 139, quien, sin embargo, considera que se trata de un delito pluriofensivo, ponderando otros intereses en juego). Este bien jurídico, la competencia leal entre los empresarios, se encuentra también protegido en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyos arts. 13 y 14,2 sancionan la violación de secretos, pero la importancia cada vez mayor del «espionaje industrial» o empresarial como una forma de competencia desleal entre las empresas que afecta a su capacidad productiva, ha llevado a una regulación de esta materia más en consonancia con los tiempos actuales en el Código de 1995, dado que la regulación penal de este ámbito era insuficiente y anticuada en el anterior Código penal, en cuyo art. 499 se castigaba sólo al «administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgar» (véase al respecto 10ª ed., pp. 170 ss.). La protección

penal que se dispensa ahora a la competencia leal en materia de secretos de empresa en el Código penal de 1995 se articula a través de una triple tipificación:

a) El art. 278,1 contiene un tipo básico de «apoderamiento», por cualquier medio, «de datos, documentos escritos o electrónicos, soporte informáticos u otros objetos que se refieran al mismo (secreto de empresa), o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197». El paralelismo con los delitos contra la intimidad del art. 197 (cfr. *supra* capítulo X) es evidente, aunque aquí la conducta típica es más amplia. El delito se consuma con el apoderamiento mismo, sin necesidad de que se llegue a la divulgación que constituye un tipo cualificado en el apartado 2. Pero es preciso que el apoderamiento se haga con un especial elemento subjetivo de lo injusto, «para descubrir un secreto de empresa», es decir, con intención de revelar a otros, y no sólo de saber para sí. Por «secreto de empresa» hay que entender no sólo los secretos puramente industriales o técnicos (fórmula de un producto, plano de una máquina), sino también los comerciales (campañas publicitarias en preparación, lista de clientes, etc.) y de organización interna, siempre que tengan un objeto lícito. No creo, sin embargo, que la situación financiera o económica de la empresa (por ejemplo, dar a conocer las deudas de la empresa o que ésta figura en una lista de «morosos»), así como sus relaciones con Hacienda, puedan considerarse como un secreto de empresa, sino más bien como «datos reservados» de la intimidad del empresario individual o del empresario colectivo, cuyo descubrimiento o revelación estaría tipificado entre los delitos contra la intimidad (cfr. arts. 197 y 200, y *supra*, capítulo X; cfr. STS 22 marzo 1962, con comentario de BAJO FERNÁNDEZ, p. 771) aunque, como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN (1999, p. 71), si el secreto afecta a la capacidad competitiva de la empresa en el mercado, puede constituir el delito del art. 278,1. No obstante, si el secreto tiene un objeto ilícito (penal o administrativo) carece de sentido su protección y la revelación será atípica, o, en todo caso, podría estar amparada por una causa de justificación, bien por ejercicio de la libertad sindical, bien por el ejercicio del derecho a la prevención de riesgos laborales, etc. (en este sentido, CARRASCO ANDRINO, pp. 278, 280 ss.).

La pena de este tipo básico es prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En el apartado 2, la pena de prisión se incrementa a prisión de tres a cinco años, «si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos». El apartado 3 deja a salvo el correspondiente concurso de delitos con los delitos de apoderamiento (hurto y robos)

o destrucción de los soportes informáticos (daños). (Cfr. arts. 234, 237 y 263).

b) El art. 279 castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses «la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva». La tipificación autónoma de este delito se explica por el quebrantamiento de deberes específicos que supone la realización del presente delito. Es preciso, por tanto, que el secreto de la empresa se conozca previamente de modo lícito en función del puesto que el sujeto desempeña, legal o contractualmente, en la empresa, constituyendo el núcleo del tipo el hecho de revelarlo, con quebrantamiento de deberes específicos de sigilo. El deber durará el tiempo que se especifique legal o contractualmente, de modo que aunque el sujeto cese su relación con la empresa puede seguir vinculado por el deber de secreto, si así se deduce expresa o tácitamente de la propia relación. En el párrafo segundo se atenúa la pena a su mitad inferior si el secreto se utilizara en provecho propio, una curiosa forma de privilegio no del todo justificable (piénsese en el caso en el que el antiguo empleado utiliza el secreto para crear una empresa que fabrique lo que fabricaba la empresa donde trabajaba). Sobre lo que se entiende por «secreto de empresa», véase *supra* a). Sobre la posible atipicidad o justificación del hecho en caso de secreto ilícito o de deberes prevalentes de información, véase *supra* a) y CARRASCO ANDRINO, pp. 278 ss.

c) Igual que en los delitos contra la intimidad (cfr. art. 197,3, pfo. 2º), el art. 280 castiga expresamente con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al que, «con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores». El precepto pretende evitar alguna laguna de punibilidad que pudiera surgir en la posterior utilización de los secretos de la empresa obtenidos en las formas tipificadas en los artículos anteriores por terceros que no hubieran tenido algún tipo de participación en ellas, o cuando no pudiera demostrarse ningún tipo de convivencia previa con los sujetos que hubieran cometido dichos delitos. Por tanto, si se ha tomado parte en el descubrimiento habrá que aplicar los preceptos generales de la participación en dicho delito. El tipo subjetivo requiere el conocimiento del origen ilícito de los secretos, no bastando pues la mera sospecha, ni la previsión de la posibilidad de dicho origen.

DESABASTECIMIENTO DE MATERIAS PRIMAS, PUBLICIDAD FRAUDULENDA Y FACTURACIÓN FALSA

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* CHOCLÁN MONTALVO, *La criminalización de la publicidad engañosa. El delito publicitario, en Propiedad industrial y competencia desleal*. CDJ 1995; GARCÍAS PLANAS, *Hacia un delito publicitario*, EPC 1992/1993; HORMAZÁBAL MALAREE, *Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación del mercado en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; LEMA DEVEÑA, *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, La Ley 1995; MANZANARES SAMANIEGO, *La tipificación del delito publicitario en el Derecho español*, PJ núm. especial IX, 1989; MARTÍNEZ PÉREZ, *Delitos publicitarios en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; el mismo, *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, CPC 1984; el mismo, *La ley general de publicidad y el futuro delito publicitario*, Actas de derecho industrial 1990; el mismo, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código penal*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; MUÑOZ CONDE, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; TAMARIT SUMALLA, *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales*, CPC 1990; TORIO LÓPEZ, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en Estudios sobre el Derecho de consumo, Bilbao 1991.
- Sobre el Código penal de 1995:* CARTAIBENA PASTOR, *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, BIMJ 1997; CUERDA RIEZU, *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, en Estudios sobre Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1995; GÓMEZ RIVERO, *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, La Ley 1997; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *El delito publicitario*, AP 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Facturación ilícita*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CDJ 1997; el mismo, *El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores*, RDPC 1998; el mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; MUÑAGORRI LAGUJA, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Art. 282 del Código penal, Granada 1998; SÁNCHEZ GARCÍA, *El nuevo delito publicitario*, (Artículo 282 del Código penal), AP 1997; VILLEN NAVAJAS, *Los delitos relativos a los consumidores en el Código penal de 1995*, RMF 1997.

Los artículos 281, 282 y 283 del Código penal tipifican una serie de conductas que tienen como denominador común su referencia a los

«consumidores», ya que son los derechos de éstos los directamente afectados por estos delitos. Los derechos de los consumidores no son, desde luego, de naturaleza exclusivamente patrimonial, sino que, como reconoce el art. 51 de la Constitución, tienen también un componente socioeconómico. La protección del consumidor como parte integrante de un colectivo, los consumidores, no es lo suficientemente eficaz a través de los delitos patrimoniales tradicionales, sobre todo la estafa, por lo que se plantea la necesidad de crear tipos delictivos específicos que protejan los intereses económicos de los consumidores globalmente considerados (en este sentido, ya en relación con el Código penal anterior, Torio López, p. 119; Muñoz Conde, 1995, p. 273; Martínez Pérez, 1992/1993). También los otros delitos tipificados en esta misma Sección tercera inciden en los derechos de los consumidores, pero éstos que vamos a ver ahora les afectan mucho más directamente, constituyendo tales derechos la razón última de su incriminación.

1. DESABASTECIMIENTO DE MATERIAS PRIMAS

Art. 281: «1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

El bien jurídico protegido es el interés de los consumidores en que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad y respetando las reglas establecidas, que, por ejemplo, en épocas de crisis económica, guerras, etc., son bastante severas, de ahí que el quebrantamiento de las mismas se castigue severamente también, tanto más en situaciones como las previstas en el apartado 2 del art. 281, que es donde el precepto puede cobrar operatividad (en este sentido Martínez-Buján, 1999, p. 122). El delito se consuma con la realización de la acción de detracer del mercado materias primas o productos de primera necesidad. Por «materias primas» hay que entender aquéllas que son fundamentales para la industria (petróleo, minerales, etc.); por «productos de primera necesidad» las sustancias alimenticias (leche, pan, etc.), los medicamentos, etc. No es necesario que se produzca ningún resultado ulterior, aunque en el tipo subjetivo se exige que la acción se lleve a

cabo «con intención» de desabastecer un sector del mercado, de forzar una alteración de los precios o de perjudicar gravemente a los consumidores. La prueba de este elemento subjetivo, sobre todo en relación con el perjuicio grave de los consumidores, es, sin embargo, difícil, tanto más cuanto la finalidad del sujeto que realiza normalmente este tipo de acciones va encaminada a obtener, directa o indirectamente, un lucro, pero no a perjudicar directamente al colectivo anónimo de los consumidores, pero, al estar formuladas alternativamente, basta con que se dé una de las tres finalidades, normalmente el ánimo de elevar los precios, para que se cumpla el tipo (en este sentido MARTÍNEZ-BUÁN, 1999, p. 121). Igual que ocurre en el art. 282, donde el perjuicio a los consumidores se configura como un peligro hipotético («puedan causar»), en el art. 281 debería ser entendido también como una consecuencia objetiva u objetivable de la acción de desabastecimiento, con lo que basta que se pueda producir y que el sujeto tenga conciencia de ello. Lo contrario supone dejar prácticamente sin aplicación el precepto. El art. 281 es ley especial frente al art. 284.

2. PUBLICIDAD FRAUDULENTA

Art. 282: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

En pocos delitos como en éste se ve la influencia de un bien jurídico de carácter colectivo o universal, como son los derechos de los consumidores, en su configuración típica. En realidad, en el art. 282 se tipifica una tentativa de estafa o, por lo menos, un acto preparatorio de la misma que incluso debería quedar fuera del ámbito de intervención del Derecho penal, siendo suficiente para su castigo con las sanciones administrativas que, por lo demás, ya existen (cfr., por ej., la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad o la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos). Sin embargo, se considerara conveniente hacer intervenir al Derecho penal en un estado en el que, aunque aún no se ha producido ni va a producirse de manera

inminente un daño patrimonial individual, se lesionan las expectativas del conjunto de consumidores ofreciéndoles masivamente productos que carecen de las calidades y características que oficialmente se les atribuyen en campañas de publicidad preparadas al efecto y que pueden inducirles a error. La técnica utilizada para brindar protección a este interés colectivo es la del delito de peligro, pero exigiendo una idoneidad para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. El Derecho penal pasa a ocupar un papel preventivo más afín al Derecho administrativo, con el que puede confundirse, cuando no a utilizarse como pretexto para ocultar los déficits de funcionamiento de los sistemas de control administrativo, mucho más eficaces cuando se emplean correctamente y a tiempo. Con ello se pretende atacar los fraudes publicitarios en un doble frente que no siempre es nítidamente diferenciable y que provoca algunos problemas interpretativos (véanse HERNÁNDEZ PLASENCIA, pp. 1102 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, pp. 544 ss.; GÓMEZ RIVERO, p. 4). La protección penal autónoma de este bien jurídico colectivo puede reforzar también la del bien jurídico individual, ya que cuando la publicidad fraudulenta es constitutiva de otro delito (por ej. de estafa o de un delito contra la salud pública), este delito puede ser también objeto de valoración por la vía del concurso, tal como dispone el inciso último del art. 282, lo que puede determinar en la práctica que el delito publicitario funcione como una agravación del delito individual cometido, con el que estaría en concurso ideal-medial a castigar conforme a las reglas del art. 77 (en este sentido GÓMEZ RIVERO, pp. 3 ss.). La realidad jurisprudencial habida hasta la fecha demuestra, sin embargo, que, como todos los delitos de peligro, y mucho más en el ámbito económico, la intervención del Derecho penal sólo se produce cuando se constata efectivamente el perjuicio patrimonial o por lo menos la tentativa concreta de éste, quedando el delito de peligro más como una previsión hipotética que como una defensa efectiva del consumidor (véase CUERPA RIEZU, p. 79).

El delito debe cometerse en el ámbito de la «oferta o publicidad de productos o servicios», lo que extiende su aplicación a sectores más amplios que los que se desarrollan en la publicidad «masiva», que es la que de algún modo justifica la penalización autónoma. Por tanto, incluso en la «oferta» individual puede cometerse, lo que sin duda está muy próximo a la tentativa de estafa (dudoso, MARTÍNEZ-BUÁN, 1999, p. 97). La acción puede realizarse tanto haciéndose «alegaciones falsas», como manifestando «características inciertas», para lo que habrá que tener en cuenta no sólo las reglamentaciones existentes sobre la

publicidad de determinados productos (cfr. por ej., Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, por el que se aprueba la Norma general de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios), sino también los usos sociales y comerciales, en los que siempre suelen exagerarse las cualidades del producto que se pretende vender («X lava más blanco», o «C es la mejor cerveza del mundo»), sin que ello tenga especial incidencia motivadora en la conducta de los consumidores. En realidad, para ser relevante la acción debe ser similar a la acción engañosa constitutiva de estafa y aun así a veces será difícil distinguirla del «dolo civil» al que alude el art. 1269 del Código civil, como causa de anulabilidad de los contratos.

La acción, para ser penalmente relevante, tiene que ser idónea para «causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores», lo que ya de por sí supone una importante restricción, ya que indirectamente se está exigiendo que también sea idónea para inducir a error al consumidor, dato sin el cual no podría causarse el perjuicio. Se trata, pues, de un delito de peligro hipotético, referido a un perjuicio «grave y manifiesto», que, obviamente, salvo que se llegue realmente a producir, tiene que ser valorado hipotéticamente por el Juez. La acción debe recaer sobre algún extremo esencial del objeto material, «productos o servicios», lo que prácticamente amplía el objeto material a cualquier objeto susceptible de contratación o intercambio (por ej., las acciones de un Banco en una oferta o en una ampliación de capital); pero en todo caso la publicidad fraudulenta debe recaer sobre datos que falsen el verdadero valor económico del producto.

El círculo de sujetos activos se limita a los fabricantes o comerciantes, lo que no excluye la posibilidad de incriminación de las conductas de otros sujetos que cooperen o participen con estos sujetos en la publicidad fraudulenta (sobre todo, por ej., la de los agentes de publicidad o del personal del Departamento de publicidad de la empresa).

3. FACTURACIÓN FALSA

Art. 283: «Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos».

En el anterior Código penal se castigaba sólo con multa en el art. 537 al que alterare maliciosamente las indicaciones o aparatos conta-

dores del fluido eléctrico o cometiere cualquier otro género de defraudación. Sin embargo, en el actual art. 283, en la línea de reforzar la protección de los derechos de los consumidores, se castiga esta forma privilegiada de estafa, cuya acción consiste en una facturación falsa, habiendo manipulado previamente los aparatos automáticos que sirven para la medición del producto o servicio (contadores del agua, luz, teléfono, gasolina, etc.). La falsedad va referida sólo, por tanto, a la cantidad del producto o del servicio, no a otros extremos como calidad, sustancia, etc., cuya alteración fraudulenta sólo puede ser castigada por estafa. Indudablemente, este tipo de actividades incide casi siempre en la cantidad a facturar, dada la facilidad con la que se pueden manipular los aparatos contadores, pero su tipificación expresa como delito contra los consumidores sólo tiene sentido como delito de peligro y en la medida en que no puedan demostrarse las concretas defraudaciones particulares que se cometan, ni la cuantía global de las mismas, aunque esta misma característica permite también apreciar el *delito continuado*, cuando se den los presupuestos fijados en el art. 74. En el caso de que se pruebe un concreto perjuicio individual cabrá, por tanto, el concurso con el correspondiente delito de estafa, lo que, igual que veíamos sucedía en el delito de publicidad fraudulenta, conforme a las reglas del art. 77 conduce en la práctica a que el delito de facturación falsa funcione como una agravación del delito individual cometido, con el que estaría en concurso ideal-medial (para más detalles sobre este problema y sobre la autonomía del delito, véase MARTÍNEZ PÉREZ, 1992/1993, pp. 370 ss. y MARTÍNEZ-BUÁN, 1998 y 1999, pp. 105 ss.).

ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS Y MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, ADP 1973; el mismo, *Intento de alterar los precios en el mercado o en un acto aislado de contratación*, ADP 1978; el mismo, *Convenio entre postores de una subasta y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, CPC 1978; el mismo, *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978; BOIX REIG, *Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia*, RDP 1977; FERNÁNDEZ ALBOR, *Pero el agio arrendatario, ¿es delito o no?*, RFDUC monográfico 11, 1986; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los*

precios (naturales) de las cosas, CPC 1981; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; MARTÍN PALLÍN, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, en *Delitos contra la propiedad*, CDJ 1995; MARTÍNEZ PÉREZ, *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992*, EPC 1992/1993; QUINTERO OLIVARES, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, NEJ XV, 1972.

Sobre el Código penal de 1995: EIRANOVA ENCLAS, *La alteración de los precios en concurso y subastas «públicas»*, La Ley 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; SOTO NIETO, *Alteración de precios en concursos y subastas públicas*, La Ley 1998; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado*, en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CDJ 1997.

La protección de la formación de precios en la economía de mercado ha tenido siempre una deficiente regulación en la Codificación penal española, aunque el delito tipificado en el actual art. 284 tiene gran raigambre en el Derecho penal español y se encontraba ya regulado en el Código penal de 1848 como un «delito contra la propiedad», configuración que perduró hasta el Código penal de 1995. Su regulación anacrónica y su carácter excepcional motivaron en gran manera su escasa aplicación práctica. El funcionamiento de las reglas básicas que regulan la formación de los precios en la economía de mercado necesitaba una mayor protección que la que se le daba con este delito en el anterior Código penal.

El actual art. 284, incardinado en la Sección tercera entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, tiene como objeto claramente la protección de la economía de mercado al castigar las alteraciones ilegales de los precios, pero dicha protección se brinda también y más eficazmente en otros delitos que se tipifican en la misma Sección tercera y debe ser completada con la alteración de los precios en concursos y subastas públicas que, sin embargo, se tipifican en el Código penal de 1995 en otro lugar del Título XIII, concretamente en el Capítulo VIII (art. 262). En realidad, la estructura típica de este último delito lo hace más afín a un delito patrimonial, pero también incide en la formación de los precios y, por tanto, en el mercado, con lo que se justifica su tratamiento en este epígrafe (en contra MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 125, quien considera que en este delito se protege un bien jurídico de naturaleza privativamente individual).

Se puede decir, por tanto, que el bien jurídico protegido en los delitos que vamos a estudiar aquí es la *política económica de precios*, entendida como un poder ordenador que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes (libre concurrencia, importancia de determinados artículos, etc.). En el art. 262, sin embargo, se protege una forma específica de determinación de los precios en un sector concreto: los concursos y subastas públicas, pero con incidencia también en un ámbito socioeconómico más allá del puramente individual patrimonial (cfr. HORMAZÁBAL, pp. 24 ss.). Empezaremos por el estudio de este delito.

1. ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

Art. 262: «Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratara de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o Entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años».

Tipo objetivo

La acción consiste en solicitar dádiva o promesa; en intentar alejar a los postores con amenazas, dádivas o cualquier otro artificio (véase concurso *infra*); en concertarse con otros; o en quebrar o abandonar la subasta en la que se ha obtenido la adjudicación. El sujeto activo puede ser un licitador o cualquier otra persona.

Según el Código, la subasta ha de ser «pública». Ya en relación con el Código penal anterior, QUINTANO (III, p. 204) comprendía también las «subastas privadas», interpretando que «la alusión en forma de adjetivo a pública que aparece en el texto penal, más bien parece hacer mérito a la concurrencia de cualquier postor que a determinada cualidad administrativa». Para QUINTERO (p. 845) el término «pública»

debía entenderse como un elemento normativo que «hace mención a condición jurídica especial, en el sentido de tratarse de subastas celebradas con arreglo a una forma jurídica determinada, que les imprime tal carácter», citando en su apoyo una serie de disposiciones sustantivas y procesales referentes a diversas clases de subastas «públicas», judiciales, administrativas y notariales. La referencia en el apartado 2 a concursos y subastas convocadas por la Administración puede ser empleada como argumento a favor de la inclusión en el apartado 1 de las subastas «privadas». En todo caso, la exclusión de las subastas «privadas» del art. 262, coherente con la naturaleza socioeconómica que en nuestra opinión tiene este delito, no significa siempre la impunidad de las maniobras en ellas realizadas, pues cabe el recurso de castigarlas por otros delitos como amenazas o coacciones, estafas, etc., cuando las acciones cumplan el tipo de tales delitos. Pero como el mismo QUINTERO (Comentarios, p. 1196) dice ahora, la referencia a los «concursos» en el Código penal de 1995 amplía notablemente el precepto a la adjudicación de obras y servicios, suministros, etc., no reservándolo exclusivamente al ámbito de las subastas públicas.

Tipo subjetivo

En la modalidad de concertación, además del dolo es necesaria la finalidad de alterar el precio de remate; pero en el caso en que se solicite dádiva o promesa para no tomar parte en la subasta no es exigible esta finalidad (en este sentido, ya en la anterior regulación, STS 23 octubre 1930; QUINTERO, p. 845; BAJO II, p. 392; MUÑOZ CONDE, 10ª ed., p. 374; también de la misma opinión respecto a la nueva regulación, QUINTERO, Comentarios, p. 1197). En la modalidad de quiebra o abandono de la subasta, una vez adjudicado el bien, se exige que ello se deba a una maniobra fraudulenta, siendo por tanto necesario que ésa sea la intención del sujeto.

Consumación

El delito se consuma con la realización de la acción, no siendo necesario que efectivamente se produzca la alteración de los precios (aunque sí es preciso que a esto se dirija la intención del autor); en la modalidad de quiebra o abandono de la subasta es necesario, sin embargo, el efectivo abandono, que constituye al mismo tiempo la base para probar el ánimo fraudulento.

2. ALTERACIÓN DE LOS PRECIOS NATURALES

Art. 284: «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

El problema central que plantea este precepto, y que condiciona toda su validez, es la interpretación de la expresión «precios que habrían de resultar de la libre concurrencia». Por precio se entiende generalmente la unidad de cambio por la que se adquiere un bien. La formación de los precios es muy compleja, de ahí las diferentes clases de precios: libres; declarados, regulados, etc., pero el precio al que se refiere el Código es el que resulta de la libre concurrencia. ¿Existe esa libre concurrencia en nuestro mercado? Si por *libre concurrencia* se entiende el modelo clásico de formación de los precios, que resultaban de la llamada competencia perfecta y que exige la atomización y perfecta transparencia del mercado, homogeneidad del producto, libre entrada en la industria, etc., entonces hay que decir que la situación ideal no se da ya en ningún sitio o por lo menos no se da en la situación económica española actual.

El precio «que habría de resultar de la libre concurrencia» es, por tanto, una entelequia, porque una «libre concurrencia» en el sentido clásico de la palabra no existe en el mundo económico moderno, que se caracteriza por una economía dirigida y por la existencia de grandes trust y monopolios. Se puede decir, en definitiva, que en la actualidad los precios se determinan por muchos factores que raras veces coinciden con la libre concurrencia. En todo caso, del tenor literal del precepto se deduce que quedan fuera del mismo los precios fijados directamente por la Administración, por ejemplo, viviendas públicas (en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 127).

El art. 284 prevé de todos modos una situación económica utópica que condiciona fuertemente su validez. Si se quiere salvar su aplicación, a pesar de todo muy hipotética, habrá que entender por libre concurrencia una *libre concurrencia relativa*, es decir, una concurrencia en la que se deja margen a la iniciativa privada, junto con la intervención del Estado o de los grupos económicos de presión. En

esta libre concurrencia relativa se forman unos precios normales que oscilan entre un máximo y un mínimo.

El objeto material son todas las cosas muebles e inmuebles susceptibles de contratación. La enumeración que se hace en el art. 284 es meramente ejemplificativa.

La acción consiste en «intentar» alterar los precios, y no es necesario que efectivamente se alteren para consumir el delito. Algunas modalidades de la acción que se citan en el art. 284 son de por sí constitutivas de delitos, que, conforme a la regla concursal del párrafo último del precepto, entran en concurso con el delito aquí previsto (especialmente la modalidad consistente en «utilización de información privilegiada», que a su vez constituye el delito previsto en el art. 285).

En el tipo subjetivo se exige la intención de alterar los precios.

ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* AUGER LINÁN, *Delitos bursátiles*, PJ núm. especial IX, 1989; FARALDO CABANA, *Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el proyecto de Código Penal de 1994*, EPC 1994/1995; GONZÁLEZ CUSSAC, *El abuso de información privilegiada*, CPC 1989; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *El «insider trading»*, ADP 1993; LÓPEZ PÉREGRIN, *El «insider-trading» o abuso de información privilegiada bursátil*, AP 1993; MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, apéndice a la 8ª ed. del Derecho penal, Parte Especial, Valencia 1991; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal*, PJ núm. especial IX, 1989; SÁNCHEZ CALERO, *Delitos bursátiles*, PJ núm. especial IX, 1989; VARIOS, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Univ. Autónoma Madrid 4-17 oct. 1992, Madrid 1995.

Sobre el Código penal de 1995: CALDERÓN SUSÍN, *El abuso de información privilegiada en el mercado de valores*, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, CDJ 1996; GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Barcelona 1997; HERNÁNDEZ SAINZ, *La nueva regulación penal de los abusos de información privilegiada*, AP 1997; LÓPEZ LOZANO, *Información privilegiada en los mercados de valores. Aportaciones de la jurisprudencia de los Estados Unidos*, La Ley 1997; MARTÍN PALLÍN, *Uso de información relevante para la cotización en mercado de valores*, en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CDJ 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; RUIZ

RODRÍGUEZ, *Protección penal del mercado de valores. (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Valencia 1997; SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, *Aportaciones recientes de los tribunales belgas en materia de delito de iniciados*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil 1996.

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, introdujo en el anterior Código penal el delito de uso indebido de información privilegiada en el ámbito de la Administración pública cometido por autoridad o funcionario público (véase al respecto Muñoz Conde, 1991 y 10ª ed., pp. 821 ss.), que ahora se tipifica entre los delitos contra la Administración pública en el art. 442 (cfr. *infra* capítulo XLD). Pero este tipo de abuso no sólo puede darse en este ámbito, sino también en otros de carácter económico en los que un conocimiento privilegiado de la situación económica derivado del ejercicio de una determinada actividad puede colocarse a un sujeto en una situación de preeminencia respecto al resto de los ciudadanos y ello llevarle a aprovecharse de la situación para su lucro personal. Se rompe así un principio básico de la economía de mercado cual es que todas las partes concurrentes al mismo se encuentren en condiciones de igualdad. Esto es especialmente importante en relación con un sector de la economía como es el *mercado de valores*, sensible por definición a todo tipo de especulaciones, rumores y noticias de todo tipo que pueden influir en el ánimo de los inversores para decidirles a realizar una determinada operación de compra o venta de acciones. Es justamente en ese ámbito donde surgió la preocupación por evitar que el abuso de información privilegiada pudiera beneficiar a unos pocos a costa de la ruina de los más y del descrédito del propio mercado. Por eso, desde el «crack» de la Bolsa de Nueva York en 1929 se ha ido imponiendo la idea de sancionar, primero por vía administrativa, luego penal, los abusos que en este ámbito se cometían. En España se emprendió primero la vía administrativa con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 81). Pero algunos escándalos que salieron a la luz en 1993, en los que estaban implicados importantes personajes de las finanzas públicas y privadas, y la necesidad de robustecer la confianza en ese mercado, malparada por esos escándalos, determinaron que, además del mantenimiento de la tipicidad del delito contra la Administración pública del art. 442, se tipificara expresamente como delito relativo al mercado, y no como «delito societario» que era como iba regulado en el Proyecto de 1992, el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, al que se dedican los arts. 285 y 286 del

Código penal de 1995 (sobre los orígenes de este precepto, véase Ruiz RODRÍGUEZ, pp. 197 ss.; GÓMEZ INIESTA, pp. 113 ss.).

Se trata, por tanto, de un verdadero delito económico que, igual que otros análogos contenidos en esta Sección (cfr. por ej., art. 284), pretende proteger una visión democrática del mercado de valores, es decir, la concurrencia en condiciones de igualdad de todos los inversores (en este sentido la doctrina dominante que se ha ocupado de los antecedentes de este delito en los Proyectos de 1992 y 1994, especialmente ARROYO ZAPATERO, en *Jornadas Tiedemann*, pp. 48 ss.; FARALDO CABANA, p. 59; y LÓPEZ PÉREGRIN. Ya en relación con el Código penal de 1995, Ruiz RODRÍGUEZ, pp. 328 ss., destaca el aspecto de «infidelidad» del sujeto activo; mientras GÓMEZ INIESTA, p. 363, le da mayor relevancia a la «confianza» de los inversores).

1. Tipo básico

Art. 285: «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido».

Respecto al sujeto activo, aunque en el art. 285 no se exige ninguna cualidad especial y, por tanto, puede ser sujeto activo de este delito cualquiera, se produce una restricción del círculo de los posibles autores a los que hayan tenido acceso a la información reservada «con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial», con lo que de hecho se convierte en un delito especial en sentido estricto, con todo lo que ello conlleva de dificultad para hacer responsables penalmente a los que no tengan esta cualidad, salvo por la vía de la participación (inductor, cooperador necesario o cómplice, que puede ser también la «persona interpuesta»). Del ámbito de los sujetos activos hay que eliminar aquéllos que responden por el tipo especial previsto en el art. 442, es decir, las autoridades o funcionarios públicos. El tipo objetivo se configura además a través de determinados elementos normativos como son:

— En primer lugar, el tener «acceso reservado» a la información, lo que hace de ésta una «información privilegiada». Aunque en el art. 285 no se da una definición de la misma, puede valer la que se da en el art. 442, que a su vez proviene del art. 81 de la Ley del Mercado de Valores: toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo (aquí, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial) y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

— En segundo lugar, la información debe referirse a «valores o instrumentos negociados», es decir, a acciones y obligaciones de sociedades mercantiles, títulos de la Deuda Pública, cédulas y bonos hipotecarios, participaciones en Fondos de Inversión y cualesquiera otros que sean susceptibles de negociación (letras del Tesoro, letras de cambio, pagarés, etc.).

— En tercer lugar, la negociación debe llevarse a cabo en algún «mercado organizado, oficial o reconocido». Ello limita la posibilidad de cometer este delito a aquellos ámbitos de la negociación regulados y autorizados para la misma. Normalmente, éste será el caso de las Bolsas de Valores, pero también otros mercados reconocidos por la Ley del Mercado de Valores, como el mercado de Deuda Pública, y otros mercados secundarios a los que el Gobierno puede autorizar para este tipo de negociaciones (véase, por ej., Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre; para más información FARALDO CABANA, pp. 109 ss.).

En cuanto a la acción típica, se recoge una doble modalidad: por un lado, la de «usar» personalmente la información; por otro, la de «suministrar» la información a un tercero. Respecto a la primera modalidad no cabe la comisión por omisión; pero sí respecto a la segunda, en la medida en que una forma de suministrar es dejar que otro tenga acceso a la información.

El resultado es la obtención de un beneficio económico para sí o para un tercero, lo que correlativamente supone causar un perjuicio de idéntica entidad; pero el delito no es punible si dicho resultado no es «superior a setenta y cinco millones de pesetas», lo que supone una *condición objetiva de penalidad*, que no debe ser abarcada por el dolo, pero que resulta de difícil prueba en la realidad de los mercados de valores. ¿Cómo se puede demostrar que una determinada operación movida por una información privilegiada ha tenido un determinado importe de ganancia? La consideración de este elemento como un resultado típico y, por tanto, como una consumación que caso de no producirse permitiría la punibilidad de la tentativa, no creo que sea

compatible con la voluntad del legislador, equivocada o no, de sólo castigar este delito a partir de la determinación de esta cantidad como beneficio o perjuicio, y precisamente en función del mismo se determina la cuantía de la multa aplicable («de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido»), lo que en el caso de la tentativa es difícil, por no decir de imposible determinación. Quizás en el plano político-criminal hubiera sido preferible la configuración de este delito como un delito de peligro con idoneidad para producir un resultado de beneficio-perjuicio, pero no es ésta la vía utilizada (cfr., sin embargo, art. 442; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 144 ss., considera, en cambio, que se trata de un resultado material y que cabe la tentativa, aunque obviamente siempre que se demuestre que el resultado que hipotéticamente podría haberse producido habría sido superior a la cantidad a partir de la cual el hecho es delictivo; en contra GÓMEZ INIESTA, p. 432, quien, aunque admite que se trata de un delito de lesión, no admite la tentativa, por estimar que se consuma en el momento en que se realiza la conducta punible y que la cuantía del beneficio-perjuicio es una condición objetiva de penalidad; en este sentido también, aunque criticando la exigencia de la cuantía, RUIZ RODRÍGUEZ, p. 361).

2. Tipos cualificados

Según el art. 286, se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando en las conductas descritas en el artículo anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3ª Que se cause grave daño a los intereses generales».

DISPOSICIONES COMUNES

La Sección cuarta del Capítulo XI contiene tres disposiciones comunes a los delitos previstos en las Secciones anteriores, que son los que hemos estudiado en este capítulo.

La primera disposición común hace referencia a la perseguibilidad de estos delitos que, en principio, sólo son perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales; pero cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalída, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 287,1). Sin embargo, el apartado 2 del mismo art.

287 establece que no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que permite su persecución de oficio sin ninguna exigencia de denuncia previa. Ello parece coherente con la importancia socioeconómica que a veces pueden tener estos delitos, cuya persecución penal no puede quedar supeditada en estos casos a la voluntad de la parte agraviada, tanto más cuanto, como se ha dicho, algunos de ellos inciden directamente en intereses generales como los derechos de los consumidores, el correcto funcionamiento de la economía de mercado, etc.

La segunda disposición común es la contenida en el párrafo 1 del art. 288 y hace referencia a la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si así lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar también su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

La tercera disposición común, contenida en el párrafo 2 del art. 288, faculta además al Juez o Tribunal para adoptar las medidas previstas en el art. 129 del Código penal, es decir, clausura de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades, etc. Estas *consecuencias accesorias* son especialmente importantes en esta materia, dado que muchas veces estos delitos se cometen al amparo de sociedades creadas especialmente al efecto, o que llevan a cabo estas conductas como una manera de ejercer una competencia desleal.

CAPÍTULO XXIII

Delitos societarios. Recepción. Blanqueo de bienes

DELITOS SOCIETARIOS

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, en Estudios de Derecho penal económico, Arroyo Zapatero/Tiedemann (edit.), Universidad de Castilla-La Mancha 1994; BACIGALUPO ZAPATER, *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos societarios en la reforma penal*, Partida Doble 1993 (también en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995); FARALDO CABANA, *Derecho comunitario de sociedades y Derecho penal*, Revista Jurídica Galega 1994; el mismo, *Los delitos societarios en el Anteproyecto de Código penal de 1994*, Foro Gallego 1995; GÓMEZ BENÍTEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*, ADP 1980; HEREDERO, J. L., *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, Barcelona 1969; MARTÍNEZ PEREDA, *Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, PJ 1992; el mismo, *Introducción a los delitos societarios*, RMF 1997; MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC 1993/1994; MAZZACUVA, *Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico*, CPC 1982 (también en RJCat. 1982); el mismo, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; el mismo, *Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; NIETO MARTÍN, *Ordenamiento Comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*, AP 1995; OLIVA GARCÍA, *Sobre el llamado delito financiero*, RFDUC 1972; ORTS BERENGUER, *La administración fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Código penal de 1994*, en Falsedad y defraudaciones, CDJ 1995; PIQUE VIDAL, *La protección penal del accionista*, RJCat. 1980; RODRIGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, ADP 1984; SANCHEZ-MORENO GÓMEZ, *Ley 26/1988, de 29 julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; SERRANO BUTRAGUENO, *Los delitos*

societarios en el Anteproyecto del nuevo Código penal, AJA 1992; SERRANO GÓMEZ, Responsabilidad de administradores de sociedades y auditores de cuenta, AP 1993; SILVA SANCHEZ, El Derecho penal bancario en España, AP 1994; STAMPA BACIGALUPO, La reforma del Derecho penal económico, Madrid 1980; SUÁREZ GONZÁLEZ, Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal, en La responsabilidad penal de las sociedades, CDJ 1994; TERRADILLOS BASOCO, Delitos financieros en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, DJ 1983; el mismo, Delitos societarios, Madrid 1983.

Sobre el Código penal de 1995: BAJO FERNÁNDEZ, Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; CÁRDENAS ORTIZ/ GARRIDO PULIDO, Protección penal de los interesados en el proceso de fusión de sociedades, La Ley 1997; CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal. (Art. 295 CP), Madrid 1998; COSTA BIDEGARAY, El comportamiento abusivo de la mayoría: una visión desde la perspectiva del artículo 291 del Código penal, AP 1999; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios en el Código penal de 1995, Valencia 1998; DÍAZ ECHEGARAY, La responsabilidad penal de los socios y administradores, 1997; ESCUDERO MORATALLA/ GARCÍA LLAMAS/ FRIGOLA VALLINA, Delitos societarios, Barcelona 1998; FARALDO CABANA, Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995, EPC 1996; el mismo, Los delitos societarios, Valencia 1996; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ SANCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales, AJA 1996; FERNÁNDEZ TERUELLO, Los delitos societarios en el Código penal español, Madrid 1998; FERRÉ OLIVÉ, Sujetos responsables en los delitos societarios, RP 1998; el mismo, Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código penal, AP 1998; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta n.º 15/1997, de 16 de diciembre, alcance de la conducta falsaria en el delito societario del artículo 290 del Código penal, AP 1998; GARBERRÍ LLOBREGAT, Derecho penal de la empresa, AJA 1998; GARCÍA ARÁN, Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal, Economist & Jurist 1996; GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Barcelona 1999; GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, un enfoque mercantil, Madrid 1996; GARCÍA DIEZ, Delitos societarios, RMF 1997; GARCÍA VALDÉS, El nuevo Derecho penal de los negocios y de las sociedades mercantiles, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid 1996; GARRIDO PULIDO/ CÁRDENAS ORTIZ, Protección penal de los interesados en el proceso de fusión de sociedades, La Ley 1997; GÓMEZ BENITEZ, Administradores de hecho y de derecho, La Ley 1996; el mismo, El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los delitos mercantiles, La Ley 1997; el mismo, Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso en el nuevo Código penal, La Ley 1997; el mismo, De nuevo: Sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, La Ley 1998; GONZÁLEZ VIZCAYA, Los delitos societarios en el nuevo Código penal, AP 1997; GRANADOS PÉREZ, Acuerdos abusivos y testos penamente relevantes en el ámbito

societario, RMF 1997; el mismo, Problemática de los arts. 291 y 292 del Código penal, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; HERMOSILLA MARTÍN, Los delitos societarios en el Código penal de 1995, 1996; MAGRANER MORENO/ QUILES BODI, La reciente configuración del delito contable en el Código penal de 1995, Crónica tributaria 1996; MANZANARES SAMANIEGO, Los administradores y los altos directivos en el nuevo Código penal, AP 1997; MARTÍN PALLÍN, Los delitos societarios, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996 (también en RMF 1997); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Delitos societarios, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; el mismo, Derecho penal económico. Parte especial, Valencia 1999; MARTÍNEZ PEREDA, Los delitos societarios, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas profesionales II, Madrid 1996; el mismo, Introducción a los delitos societarios, RMF 1997; MATTA Y MARTÍN, Los delitos societarios en el nuevo Código penal de 1995, Revista de Derecho de Sociedades 1995; MUÑOZ CONDE, Los delitos societarios, en Homenaje a Tiedemann, Castellón de la Plana 1997; el mismo, El delito de alzamiento de bienes, 2.ª ed., Barcelona 1999; el mismo, Autoría y participación en la criminalidad organizada, Ferré Olivé/ Anarte Borralló (edit.), Huelva 1999; NIETO MARTÍN, El delito de administración fraudulenta, Barcelona 1996; NÚÑEZ CASTAÑO, La estufa de crédito, Valencia 1998; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad penal de los administradores de sociedades: criterios de atribución, Barcelona 1997; POLO VEREDA, Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos, La Ley 1998; el mismo, El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración pública, AJA 1998; QUINTERO OLIVARES, Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal, en Jornadas sobre el nuevo Código penal, Asía Bararrita (edit.), Bilbao 1998; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, Madrid 1997; el mismo, Algunas reflexiones acerca de la sentencia del «caso Argentina Truista», en TSI y AP, Armazadi editorial, revista Quincenal 1998; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, Pamplona 1996; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Los delitos societarios, RMF 1997; SILVA CASTAÑO, El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno, Madrid 1997; TERRADILLOS BASOCO, Delitos societarios, Cuestiones generales, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; URRAZA ABAD, La adopción de «acuerdos abusivos» como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código penal de 1995: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil, La Ley 1996; VARIOS, Los delitos societarios en el Código penal de 1995, Madrid 1996; VARIOS, El nuevo Código penal y los delitos societarios, A Coruña 1998.

El Capítulo XIII del Título XIII trata de los «delitos societarios». Aunque en algunos Proyectos anteriores se utilizaba la expresión «delitos financieros», finalmente quedó como rúbrica del Capítulo la referencia al mundo societario, ya que, sin perjuicio de que la mayoría

de las actividades que en él se describen tengan que ver con el mundo financiero, son las sociedades a las que alude el art. 297 los ámbitos donde se realizan este tipo de hechos. El art. 297 da, en efecto, una definición amplia de sociedad que acoge diversas clases de agrupaciones de personas que tienen en común el que para el cumplimiento de sus fines *participan de modo permanente en el mercado*. A este respecto, el art. 297 dice que «a los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

En algunos casos (cfr., por ej., arts. 290, 291, 293, 294 y 295) se equipara a las sociedades ya constituidas las sociedades en formación, ya que en el proceso de fundación de una sociedad, antes de su inscripción formal en el Registro Mercantil, es frecuente que se concluyan acuerdos y negocios que no sólo tienen efectos internos, sino también frente a terceros. Aunque es discutible en la doctrina mercantil, también puede incluirse en el concepto de sociedad en formación la «sociedad irregular», que no sólo no está inscrita en el Registro, sino que tampoco va a ser inscrita, pero en este caso se aplican las normas de la sociedad civil o de la colectiva (art. 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), encuadrables dentro del amplio concepto de sociedad que da el art. 297 del Código penal (sobre los administradores de hecho, véase *infra*: sujetos activos).

El ámbito de aplicación de estos delitos no se caracteriza, por tanto, sólo porque se realicen en el seno de las sociedades, sino que exige que éstas participen además de modo permanente en el mercado. El contenido de estos delitos se delimita aún más por exigir la mayoría de los tipos que los sujetos activos sean los administradores, de hecho o de derecho, de las sociedades. Sin embargo en algunos tipos delictivos, sujetos pasivos pueden serlo, además de los propios socios o la sociedad en su conjunto, personas ajenas a la sociedad, terceros acreedores, depositarios, cuentacorrentistas, etc. De este modo se observa inmediatamente que el objeto de protección no es sólo el Derecho de sociedades, sino también, en algunos casos, el derecho de las personas que se relacionan con las sociedades, confiando en que éstas funcionen de acuerdo con las disposiciones que regulan sus actividades. Tanto en uno como en otro caso, se trata de intereses patrimoniales privados, aunque por la propia importancia de las sociedades, especialmente las anónimas y las de responsabilidad limitada, los hechos

que se tipifican en este Capítulo tengan también una dimensión socioeconómica que justifica su consideración como delitos contra el orden socioeconómico, con todas las salvedades que ya hemos hecho respecto a la autonomía de este concepto (véanse *supra* capítulo anterior y MUÑOZ CONDE, 1982, en Jornadas Tiedemann y CDI 1995).

Aunque en la Propuesta del Consejo de Europa de 30 de junio de 1970 se exhortaba a los Estados miembros a introducir en su Derecho interno «sanciones penales» adecuadas y uniformes en relación con determinados ilícitos societarios, esta propuesta no llegó a ser aceptada, disponiéndose sólo en algunas directivas, por ej., en la Primera Directiva (art. 6) y en la Cuarta (art. 51.3), la adopción de algunas sanciones, no necesariamente penales, para supuestos de falta de publicidad de balances, incumplimiento de directrices respecto a las cuentas anuales, informes de gestión, etc. (sobre la influencia del Derecho comunitario en la configuración de los «delitos societarios», véanse TERRADILLOS BASOCO, 1983; y FARVALDO CABAÑA, 1994).

Son varios los tipos delictivos que en relación con estos diversos bienes jurídicos se contienen en el Capítulo XIII, pero antes de examinar cada uno de ellos por separado vamos a ver sus elementos comunes.

1. ELEMENTOS COMUNES

1. Sujetos activos. Nos encontramos ante *delitos especiales*, lo que supone que sujeto activo de estos delitos sólo puede ser la persona que además de realizar la acción típica tenga las cualidades exigidas en el tipo. Sujeto activo de los delitos tipificados en los arts. 290, 293 y 294 sólo pueden ser los *administradores*, equiparándose al administrador de derecho el *administrador de hecho*, lo que encuentra apoyo en razones de política criminal, ya que, en caso contrario, se favorecería absurdamente con la impunidad a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar su designación o a quienes dolosamente hubieran creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios. Pero el concepto de *administrador de hecho*, al que también se alude de forma general en el art. 31 Cp, debe utilizarse, según la interpretación dominante de este concepto a partir del Código penal de 1995, para incluir en el ámbito de la autoría (directa, coautoría y autoría mediata) a los que fácticamente dominan la sociedad, aunque jurídicamente no figuren en el organigrama ni ostenten ningún cargo dentro de la sociedad, como, por ejemplo, el promotor, el apoderado, el liquidador, el verdadero propietario de la sociedad, etc. (en este sentido se ha manifestado tanto la doctrina especializada, véanse, por

ej., FARALDO CABANA, 1996, pp. 117 ss.; FERRÉ OLIVÉ, AP 1998, p. 26; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1997, p. 118; FERNÁNDEZ TERUELLO, p. 76; GÓMEZ BENÍTEZ, 1996; como la manifestada en obras y comentarios generales, como, por ej., VALLE, en QUINTERO, Comentarios, p. 663; GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES, Comentarios, p. 496; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 176 ss.). Sin embargo, una extensión tan desmesurada de este concepto sólo será posible en aquellos tipos delictivos que se configuran como delitos de dominio, no en los que consisten en la infracción de un deber específico que sólo incumbe a los que tienen ese deber en virtud de una relación jurídica (en este sentido GARCÍA CAVERO, pp. 109 ss.); el problema consiste en determinar cuándo estamos en presencia de una u otra clase de delito, lo que sólo se puede resolver a la vista del respectivo delito y en relación con el supuesto de hecho concreto (así, NIERO MARTÍN, 1996, p. 268; NUÑEZ CASTAÑO, p. 368). Así, por ejemplo, en el art. 295 junto con los administradores se menciona como posible sujeto activo a los *socios*; en los arts. 291 y 292, sujeto activo puede, en principio, ser cualquier persona, pero por la propia índole de la acción típica sólo podrán serlo los que estén en condiciones de realizarla.

Especialmente importantes son en estos delitos, por su propio carácter de delitos especiales, la *comisión por omisión* y la *comisión colegiada* de los mismos. Respecto a la primera cuestión, se debe distinguir entre el administrador de hecho y el de derecho, pues sólo este último puede considerarse garante de que no se produzca el resultado debido a su investidura para la gestión de los asuntos sociales y la conducción de la empresa (TERRADILLOS BASOCO, 1983, pp. 60 y 67). Respecto a la segunda, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones las atribuciones y funciones de los administradores tienen carácter colegiado, por lo que hay que individualizar la responsabilidad y establecer a quiénes va a alcanzar la responsabilidad en el supuesto, claro está, en que la decisión colegial constituya delito. Para resolver este problema se formuló originariamente en la doctrina italiana el concepto de «delito colegial». Delito colegial sería aquél que se realiza por personas ya constituidas según la ley en colegio como órgano de una persona jurídica y siempre que se cometa en relación con sus funciones. Pero dicha figura choca frontalmente con la exigencia de la responsabilidad penal como responsabilidad individual. En realidad, como dice TERRADILLOS (1983, p. 61), la solución para estos casos de decisión colegial se encuentra en acudir a las reglas generales de la participación, aunque con las reservas y particularidades que impone

la realidad de estos delitos (véanse *infra*; también, SUÁREZ GONZÁLEZ; PÉREZ CEPEDA, pp. 291 ss.; DEL ROSAL BLASCO; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 184 ss.).

A diferencia de la responsabilidad civil «solidaria» que establece el art. 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, en Derecho penal no todos los miembros del órgano van a responder necesariamente por el delito cometido y aunque todos deban responder no tienen por qué hacerlo en igual medida; así, por ejemplo, cabe que no responda el que estando presente en la reunión del órgano colegiado salve su voto, y que responda el que no está presente en la misma, porque con su ausencia haga posible la comisión del delito. En este sentido puede aplicarse, con ciertas reservas, la misma regla que se adopta en el Código penal para supuestos similares en los que se adoptan decisiones colegiadas en el ámbito de la Administración pública en relación con los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (cfr. arts. 320.2, 322.2 y 329.2), aunque la mayor rigidez en la formación de la voluntad del órgano colegiado público restringe la responsabilidad sólo a quien haya votado a favor de la decisión delictiva. También debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los supuestos responde tanto el administrador de derecho como el administrador de hecho, y que en la determinación de esa responsabilidad lo que importa es quién sea el verdadero autor, coautor o autor mediato, teniendo en cuenta para ello quién es el que domina las decisiones de la sociedad, aunque sea sirviéndose del aparato de poder de la misma a través de testaferros, hombres de paja, etc., y no quién es el que ejecuta las decisiones que muchas veces no es más que un peón, mero cómplice o simple instrumento de la realización del delito societario o de otros concomitantes como la falsedad documental, la estafa, la insolvencia fraudulenta o el delito fiscal (en este sentido, con más extensión, MUÑOZ CONDE, Huelva 1999, 1 y 2).

2. Tipo subjetivo. Los diversos delitos societarios sólo son punibles en su forma de comisión dolosa e incluso en algunos de ellos (por ej., arts. 291 y 292) se exige, para restringir su ámbito de aplicación, una finalidad de lucro en el sujeto activo, lo que provoca inútiles problemas probatorios y puede conducir a la inaplicación de dichos preceptos.

3. Tipos de peligro y tipos de lesión. El problema que se suscita en el momento de proceder a la tipificación de estos delitos es que, aunque en principio sólo lesionan intereses patrimoniales individuales, la

ratio de su incriminación autónoma tiene también en cuenta otros intereses supraindividuales de carácter socioeconómico. Los delitos de lesión constituyen el modelo adecuado para la protección de los derechos patrimoniales individuales. Sin embargo, cuando se toman en consideración aspectos supraindividuales del bien jurídico no resulta imaginable otra configuración típica que no sea la del delito de peligro, en la medida en que los daños a estos bienes colectivos no son fácilmente mensurables. Cuando se trata de proteger intereses supraindividuales no puede exigirse un perjuicio constatable y cuantificable, sino que debe ser suficiente con que la conducta incriminada contenga una dosis de peligrosidad objetiva para el bien jurídico que justifique la intervención del Derecho penal. Sin embargo, a la hora de analizar los nuevos delitos no es fácil saber cuándo el legislador ha querido configurarlos como delitos de peligro y cuándo como delitos de lesión:

El art. 290 (falsamiento de las cuentas sociales), al no exigir la causación del perjuicio, sino su idoneidad para causarlo, realiza el aconsejado adiantamiento de la protección penal debido al peligro que en sí comporta la acción de falsar las cuentas sociales. Los arts. 291 y 292 (imposición de acuerdos abusivos o lesivos) son los que causan mayores problemas interpretativos debido al uso de la expresión «en perjuicio», que supone una gran confusión en tanto es difícil determinar si lo que se pretende es exigir un efectivo perjuicio o sólo el ánimo de producirlo. Por lo que respecta al art. 295 (administración social fraudulenta), es evidente que para su consumación es preciso la causación de un determinado resultado lesivo. Todo ello le da a la regulación de los delitos societarios una gran indeterminación, aumentando las dificultades interpretativas.

4. Condición objetiva de perseguibilidad. El art. 296,1 somete la perseguibilidad de estos delitos a la presentación de *denuncia* de la persona agraviada o de su representante legal, aunque cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Se configuran, por tanto, estos delitos como delitos semipúblicos, delitos en los que se precisa la denuncia del ofendido manifestando su voluntad de que se persigan. Sin embargo, dicha condición de perseguibilidad se compadece mal con la trascendencia que estos delitos pueden tener para los intereses socioeconómicos y privaiza en exceso el ejercicio de la acción penal, convirtiéndolos en delitos «entre caballeros» que pueden llegar a acuerdos, o utilizar la denuncia como un arma de chantaje para forzar esos acuerdos. De ahí que el apartado segundo del citado artículo establezca que no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior

cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. La «pluralidad de personas» debe admitirse también cuando el perjudicado sea *una* persona jurídica, pero integrada por un número relevante de personas físicas.

II. TIPOS DELICTIVOS

Aunque los delitos tipificados en el Capítulo XIII son los de más frecuente comisión en el mundo societario, no deben olvidarse los delitos comunes contra el patrimonio (principalmente, la estafa y la apropiación indebida) y las falsedades documentales que suelen darse también en este ámbito. De hecho, muchos de los delitos societarios tienen o pueden tener correspondencia con otros delitos, planteándose entonces el correspondiente *concurso de leyes* a resolver conforme a las reglas de la especialidad o de la alternatividad (cfr. art. 8), que pueden paradójicamente resolverse en algunos casos a favor del delito común. Con estas reservas, pasamos ahora a exponer las principales peculiaridades de los delitos societarios.

1. Falsamiento de documentos sociales

El art. 290 castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, si no se llega a causar un perjuicio, y con dichas penas en su mitad superior si se llega a causar un perjuicio, a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsaren las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero».

En principio, se trata de castigar el falsamiento de documentos que por su propia naturaleza tienen el carácter de «mercantiles», por lo que sería suficiente para su castigo con lo dispuesto en el art. 392. Sin embargo, en este precepto no se incluye la modalidad contenida en el núm. 4º del art. 390, la falsedad ideológica «fallando a la verdad en la narración de los hechos». Es decir, que a no ser por la previsión expresa contenida en el art. 290, en relación con los documentos mercantiles y privados (cfr. 395) la simple documentación de datos falsos en las cuentas anuales de la sociedad que den una idea errónea de su situación económica (por ej., inscribiendo partidas falsas en el activo, o no poniendo en el pasivo deudas reales), o jurídica (depen-

dencia de otra sociedad, relaciones con terceros, etc.), quedaría imputada, por atípica. Pero la trascendencia de estos datos tanto para la misma sociedad, como para los socios o terceros, obliga a tipificar expresamente este hecho (sobre la obligación de presentar las cuentas anuales de la sociedad, balance, cuentas de pérdidas y ganancias y memoria, cfr. arts. 171 y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En el art. 290 puede tener acogida la llamada «estafa de créditos» que por la vía de la estafa todo lo más podría castigarse como tentativa de la misma, si el perjuicio no llega a materializarse. Piénsese en una sociedad que al objeto de conseguir un crédito bancario presenta al banco un estado de cuentas en el que se rebaja el pasivo o se aumenta ficticiamente el valor del activo, consiguiendo de esta manera el crédito, que posteriormente devuelve o que, en todo caso, pretende devolver si la actividad que piensa llevar a cabo con el crédito tiene éxito. Lo que probablemente en relación con un particular es atípico o todo lo más una tentativa de estafa, puede y debe castigarse en el ámbito social, dada su mayor trascendencia en el mundo de la economía crediticia (así ya lo puso de relieve SILVA SÁNCHEZ, p. 907; también MUÑOZ CONDE, CDT 1995, p. 163; un desarrollo de esta tesis, aplicándola también a otros supuestos, hace NÚÑEZ CASTAÑO). En todo caso, la coincidencia, cuando la haya, con el delito previsto en el art. 392 (falsificación de documento mercantil) debe ser resuelta en favor del delito societario, cuya pena de prisión es superior en el límite mínimo.

— El delito previsto en el art. 290 se configura como un delito de peligro, exigiéndose sólo que la conducta sea «idónea» para causar un perjuicio; si éste además se produce (art. 290,2) se aplica la pena en su mitad superior y se excluye el concurso con el delito de estafa, pero si el hecho pudiera tener mayor pena por el delito de estafa será éste de preferente aplicación. Al ser un delito de peligro, el bien jurídico directamente protegido es, por un lado, la confianza de los socios en que la documentación manejada por los administradores refleje correctamente la situación económica y jurídica de la sociedad, pero, por otro, la confianza de los terceros, especialmente de los acreedores, que puedan relacionarse con la sociedad confiando en que los datos documentales reflejen exactamente su situación. El dolo sólo tiene que referirse, por tanto, a la falsedad de la documentación y a la idoneidad de la misma para causar un perjuicio (para más detalles, NÚÑEZ CASTAÑO; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pp. 202 ss.).

2. Imposición de acuerdos abusivos o lesivos

Son dos los artículos relacionados con estas conductas:

El art. 291 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido a «los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieron acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma».

El art. 292 castiga con las penas del artículo anterior «a los que impusieron o se aprovecharon para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

En el art. 291 se castiga la imposición de acuerdos abusivos en perjuicio de los demás socios. Pero dado que dichos acuerdos pueden ser impugnados también por las minorías conforme al art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas, no parece que mientras subsista ese derecho deba penalizarse el acuerdo abusivo como tal. Por ello, un sector de la doctrina (NIETO MARTÍN, 1996; FERRALDO CABANA, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 222) recomienda una interpretación restrictiva del mismo, lo que por lo demás se deduce de su propio tenor literal, que exige el ánimo de lucro propio o ajeno y que los acuerdos no «reporten beneficios» a la sociedad, de lo que se desprende que cuando no hay ese ánimo de lucro o el acuerdo beneficie a la sociedad el hecho deja de ser delictivo.

En el art. 292 se castigan, por el contrario, una serie de hechos que ya de por sí pueden ser constitutivos de delito, de ahí la reserva que se hace en el último inciso («sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito»). Ello es especialmente claro respecto al «abuso de firma en blanco», que ya de por sí es constitutivo de un delito de estafa cualificado (cfr. art. 250,4º) castigado incluso con más pena que el hecho tipificado en el art. 292. Los demás supuestos pueden dar lugar también a la comisión de otros delitos (falsedades, coacciones) con los que también puede entrar en concur-

so. En el art. 292 basta con que el hecho pueda perjudicar a algún socio, aunque redunde en beneficio de la sociedad.

Tanto el art. 291, como el 292 exigen un ánimo de lucro propio o ajeno, o un aprovechamiento para sí o para tercero, no siendo necesaria la producción efectiva de un perjuicio («en perjuicio» quiere decir con ánimo de perjudicar o para perjudicar, pero no que se produzca el perjuicio efectivamente; en contra de esta interpretación, exigiendo también en el delito previsto en el art. 291 un resultado lesivo y la correlativa obtención de un beneficio, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 231).

3. Obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios

El art. 293 castiga con la pena de multa de seis a doce meses a «los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes».

La penalización de la obstaculización al ejercicio de determinados derechos de los socios pretende reforzar la protección jurídica que la propia Ley de Sociedades Anónimas concede a los socios en relación con la información y la participación en la gestión o control de la sociedad, así como el derecho a la suscripción preferente de acciones, cuando así lo dispongan las leyes (cfr., respecto al derecho de información de los socios, arts. 112,2, 127,2 y 212,2; respecto al derecho de suscripción preferente, arts. 48,2,b y 158; sobre los derechos de asistencia y voto e impugnación de acuerdos sociales, el art. 48; todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas). Pero el ejercicio de estos derechos está fuertemente reglamentado, de forma que sólo la obstaculización no amparada legalmente puede ser subsumible en el art. 293, pues la propia Ley de Sociedades Anónimas permite algunas restricciones a esos derechos (así, por ej., el art. 159,1 atribuye a la Junta general competencia para acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente «cuando el interés de la sociedad así lo exija»). También el derecho de información del socio puede ser restringido, según algún sector de la doctrina mercantilista, cuando pueda perjudicar, obstruir o paralizar la vida de la sociedad. Por todo ello, parece excesiva la penalización de estas conductas obstaculizadoras, sin exigencia de otros requisitos.

4. Obstaculización a tareas de inspección o supervisión

El art. 294 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, a «los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras». Además, según el párrafo segundo del mismo artículo, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el art. 129 del propio Código penal.

En este precepto se castiga la obstaculización a la labor de supervisión y control que en relación con determinadas actividades o determinado tipo de sociedades tiene la Administración (véase, por ej., la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el comentario a la misma de SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, pp. 341 ss.; o el art. 13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de la Ley del Mercado de Valores, etc.). Más que un delito societario, contra la sociedad o los socios, es un delito contra la Administración pública, o contra la función de control e intervención de la misma en el ámbito de las sociedades. La Administración tiene en esta materia facultades sancionatorias que deben ser, en principio, suficientes para sancionar las actividades de obstaculización a sus funciones de control y supervisión; pero en el art. 294 se castiga el plus adicional de que la obstaculización se traduzca en «negar o impedir», es decir, en una desobediencia explícita a los requerimientos administrativos que comporte un impedimento absoluto de la actividad inspectora o supervisor (en este sentido VALLE, en QUINTERO, Comentarios, pp. 686 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 261). Por tanto, cuando la falta de inspección o control se deba más a la negligencia de la Administración que a la obstaculización misma que opone la sociedad, no habrá este delito. El art. 2 de la Ley 29/1988 prevé que las sanciones administrativas sean compatibles con las penales (hoy especialmente previstas en el art. 294 del Código penal), lo que, en principio, es admisible, siempre que no exista identidad entre el hecho que motiva la sanción penal y el hecho que motiva la sanción administrativa (en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 263; MUÑOZ CONDE, CDJ 1995; véase también sobre esta legislación en relación con la actividad bancaria, SILVA SÁNCHEZ).

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ART. 295: LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENTA

Dice el art. 295: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administran, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido».

Diferencias con la estafa y la apropiación indebida

La necesidad de tipificar este hecho había sido puesta ya de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, ante la impunidad con que podían producirse acciones que perjudican un patrimonio ajeno confiado al autor, al no poder subsumirse en el delito de estafa, básicamente porque no existe el engaño previo, sino una ruptura de la confianza, y aun dándose un engaño, porque en este caso el que engaña es el mismo que realiza la disposición patrimonial.

Tampoco se dan siempre los elementos de la apropiación indebida, ya que generalmente no se trata de la apropiación de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obligue a devolver, sino de actos de disposición que afectan a derechos patrimoniales en general y no a la propiedad de cosas determinadas.

La actitud de la jurisprudencia respecto a la regulación en el Código penal anterior ha sido oscilante y contradictoria. Así la STS de 9 de mayo de 1956 y la STS de 17 de marzo de 1981 absuelven del delito de estafa razonando que «no existiendo en nuestro Ordenamiento jurídico un delito de administración fraudulenta, los hechos no revisten los caracteres delictivos que en el recurso se les atribuyen», aunque también es cierto que en estas Sentencias el TS advierte que los hechos posiblemente hubiesen sido encuadrables en el delito de apropiación indebida, pero que no puede manifestarse al respecto por no haber sido objeto de acusación. Otras veces, la jurisprudencia ha realizado interpretaciones bastante forzadas, especialmente del verbo «distraer», para llegar a castigar con el delito de apropiación indebida determinados supuestos de administración desleal; así, por ej., la STS de 23 de junio de 1973 castigó la conducta del administrador de hacerse prestar garantías sociales cuando además era accionista único (dueño) del Banco que administraba con el objeto de tutelar el principio de intangibilidad del capital social (véase comentario a la misma de OLIVA GARCÍA). En general, la jurisprudencia de los últimos años ha venido interpretando tan amplia-

mente el delito de apropiación indebida que, según algunos, prácticamente hacía superfluo el de administración desleal (en este sentido, SSTS 14 marzo 1994, 9 diciembre 1997, y SILVA CASTAÑO; críticamente, MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 265). De todas formas, el caso «Argentina Trust» (STS 26 febrero 1998) es un caso claro de apropiación indebida, pues se da como probado que se distrajeron 600 millones de la sociedad y que este dinero nunca se reintegró al patrimonio social, aunque no se proba que el administrador de la sociedad se quedara con ellos (en este sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1998). Por el contrario, GÓMEZ BENITEZ (1997 y 1998), CASTRO MORENO (p. 303) y MARTÍNEZ-BUJÁN (1993/1994, pp. 322 ss.; y 1999, p. 273) consideran que la apropiación indebida requiere la apropiación en beneficio propio. Así, por ej., MARTÍNEZ-BUJÁN reconoce que la acción típica en el delito de apropiación indebida consiste también en «disponer» (verbo que engloba «apropiarse», «distraer» y «negar haber recibido la cosa», según la doctrina mayoritaria), pero en su opinión se trata de disponer de una cosa como propia de modo que implica un ánimo de incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, que no se da necesariamente en el delito de administración fraudulenta. Así, si el administrador dispone de cosas muebles que tiene confiadas por razón de alguno de los títulos citados en el art. 252 existirá un delito de apropiación indebida y lo que se habrá lesionado será el derecho de propiedad; pero si dispone de las cosas muebles de un modo diferente (sin implicar una apropiación de dominio definitivo) no podrá apreciarse la apropiación indebida, sino el delito societario del art. 295 siempre que se vulnere el patrimonio de alguno de los sujetos pasivos que en él se enumeran.

Por las razones ya dichas en el capítulo XIX, no me parece necesario para la existencia de un delito de apropiación indebida en caso de administración que el sujeto activo se apropie definitivamente del bien que administra, pero ciertamente hay que reconocer que no todos los casos de gestión del patrimonio social merecedores de pena pueden subsumirse sin dificultad en este delito. Así sucede, por ejemplo, cuando se adquieren las acciones del Banco con los propios recursos restando eficacia al capital social (*abuso de autocartera*); o cuando los administradores dan «créditos blandos» a bajo interés, o conceden préstamos de grandes sumas de dinero, que nunca se devuelven, o que se van renovando indefinidamente, a sociedades controladas o propiedad de los propios administradores; o cuando los administradores invierten su (?) dinero en otras Sociedades con el fin de, una vez controladas, venderse a la Entidad que administran obteniendo con tal venta enormes beneficios económicos. Probablemente, muchas de estas conductas no son más que «tapaderas» para ocultar verdaderas apropiaciones indebidas de los fondos sociales, pero no siempre es fácil probar el ánimo de apropiación, en beneficio propio o de tercero, más allá del simple mal uso o de la disponibilidad temeraria o desleal de

los bienes sociales, y hay que recurrir, para castigarlas, al art. 295 que no exige ese ánimo de apropiación definitiva; pero si, al mismo tiempo, son constitutivas de apropiación indebida, habrá un *concurso de leyes* a solucionar por la vía de la alternatividad (art. 8,4), es decir, aplicando el precepto que prevea una pena más grave para el hecho, generalmente la apropiación indebida. El art. 295, interpretado de esta manera, no es más que un tipo residual de la apropiación indebida que incluye algunos casos que no son subsumibles en ésta, pero que queda desplazado por ella cuando coinciden ambos en un mismo supuesto de hecho y la pena de la apropiación indebida es más grave que la del art. 295.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el problema de la administración desleal del patrimonio ajeno no es un problema exclusivamente societario, sino que presenta un alcance más general: en el art. 295 sólo se tipifica cuando se realizan en este ámbito, faltando un delito genérico de infidelidad o de gestión desleal del patrimonio ajeno, que sólo será punible si constituye apropiación indebida.

El *bien jurídico protegido* en el art. 295 es, por tanto, un conjunto de derechos. Por un lado, los de los socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital; por otro, los de la sociedad, de cuyos bienes se dispone fraudulentamente o a cuyo cargo se contraen obligaciones. Por «bienes de la sociedad» hay que entender las «propiedades sociales» y el «patrimonio de afectación»; también se mencionan expresamente los «valores» y el «capital».

La *acción típica* se caracteriza por una doble modalidad: por un lado, «disponer fraudulentamente de los bienes de la Sociedad»; por otro, «contraer obligaciones a cargo de ésta».

Sujetos activos pueden ser tanto los administradores de derecho o de hecho como los socios que estén en condiciones de realizar la conducta típica; se trata, por tanto, de un delito especial.

Sujetos pasivos, y, en consecuencia, titulares del bien jurídico protegido, pueden ser los socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administre el sujeto activo.

El delito se configura como un delito de resultado lesivo, en cuanto se exige la causación directa de un perjuicio económicamente evaluable a cualquiera de los sujetos pasivos enumerados en el precepto. La exigencia del perjuicio dificulta, desde luego, la persecución de este hecho, por lo menos en su forma consumada, dada la dificultad probatoria del mismo, pero nada impide, a mi juicio, la punición de la tentativa, que de hecho funcionaría como un *delito de peligro*, configuración preferible para una mejor persecución de estos hechos (véase

ORTS BERENGUER, p. 225, nota 9). No obstante, no le falta razón a CASTRO MORENO (p. 421) cuando resalta que la referencia en el art. 296 a los «perjudicados» como únicos legitimados, en principio, para denunciar el delito dificulta, aparte de por otras razones prácticas, el castigo de una tentativa de administración desleal, en la que obviamente no puede hablarse de perjudicados.

En el *tipo subjetivo* se exige que el sujeto activo actúe «en beneficio propio o de un tercero» y con «abuso de las funciones propias de su cargo» de tal manera que las operaciones mercantiles de riesgo, aunque puedan suponer un perjuicio para la sociedad, no serán típicas si se realizan respetando los mandatos representativos, dentro de las atribuciones que a los administradores concedan la ley y los respectivos estatutos societarios (cfr. arts. 128 y 129 Ley de Sociedades Anónimas). En el art. 295 no se castiga la «mala» gestión o la gestión incompetente, sino la fraudulenta y, por tanto, desleal. Se hace difícil, sin embargo, diferenciar una y otra clase de gestión y éste puede ser el portillo por el que se escapan algunos de los implicados en estos hechos. Pero debe tenerse en cuenta que algunas de estas actividades son ya de por sí constitutivas de estafa, apropiación indebida o falsedades documentales, aparte de los delitos fiscales a que dan lugar y de las responsabilidades civiles ante la propia sociedad que puedan exigirse con el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil. El problema de la persecución de estos delitos sigue siendo, pues, tanto antes como ahora, las dificultades probatorias de los hechos que los constituyen y el deficitario funcionamiento de los órganos de control e inspección administrativos, sobre todo en los sectores donde más suelen darse, que son los financieros y los bancarios.

RECEPTACIÓN. BLANQUEO DE BIENES

Bibliografía: *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la recepción*, La Ley 1986; BAJO FERNÁNDEZ, *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos*, en Homenaje Del Rosal, Madrid 1993; BUSTOS RAMÍREZ, *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; CADENAS CORTINA, *Problemas de la penalidad en los delitos de recepción y blanqueo de dinero*, CPC 1995; CARMONA SALGADO, *La recepción*, en Delitos contra la propiedad, CDJ 1995; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Incubimiento y recepción*, Barcelona 1955; CUERDA ARNAU/VIDALES RODRÍGUEZ, *Las nuevas conductas de «blanqueo de capitales» en materia*

de tráfico de drogas, en Homenaje a García Sanz, Valencia 1995; DE LA MATA BARRANCO, *Límites de la sanción en el delito de recepción*, Madrid 1989; DíEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español*, AP 1994; FABIÁN CAPARRÓS, *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992*, ADP 1993; FARIA COSTAS, *El blanqueo de capitales*, en Jornadas Tiedemann, Madrid 1995; FARRÉ TRÉPAT, *Casos límite entre el encubrimiento y la recepción*, ADP 1988; GÓMEZ INIESTA, *Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español*, en Estudios de Derecho penal Económico, Arroyo Zapatero/ Tiedemann (edit.), Universidad Castilla-La Mancha 1994; GÓMEZ PAVÓN, *El bien jurídico protegido en la recepción, blanqueo de dinero y encubrimiento*, CPC 1994; MARTOS NUÑEZ, *El delito de recepción*, Madrid 1985; el mismo, *La recepción profesional*, CPC 1985; RODRÍGUEZ DEVESA, *Encubrimiento*, NEJ VIII, 1958; RUIZ ANTON, *Recepción sirviéndose de establecimientos abiertos al público (art. 546 bis b)*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 2, Madrid 1992; RUIZ VADILLO, *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura*, BIMJ 1992; SERRANO GÓMEZ, *La habitabilidad en el delito de recepción*, AP 1992; SILVA SÁNCHEZ, *La recepción específica*, en Comentarios a la legislación penal XII, Madrid 1990; VARIOS, *El encubrimiento, la recepción y el blanqueo del dinero*, CDJ 1994; VIDALES RODRÍGUEZ, *La última reforma del Código Penal en materia de drogas*, RGD 1993.

Sobre el Código penal de 1995: ÁLVAREZ PASTOR/EGUIDAZU, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona 1998; BASSIOUN/ GUALTIERI, *Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas*, RDPC 1996; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona 1997; el mismo, *Responsabilidad penal de los empleados de banca*, Granada 1999; BOTTKE, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, RP 1998; CID CEBRIÁN, *Ley del fondo de bienes decomisados en causas por narcotráfico*, AJA 1996; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia 1997; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid 1998; FARALDO CABANA, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, EPC 1998; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona 1997; HASSEMER, *Localización de ganancias: Ahora con el Derecho penal*, RCP 1998; HUERTA TOCILLO, *Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de recepción y otras conductas afines*, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CDJ 1996; LAMPE, E.-J., *El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)*, EPC 1997; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999; MARTINOT, *Tráfico de drogas y blanqueo de dinero, ¿una Política Criminal Europea?*, AP 1997; MARTOS NUÑEZ, *Recepción y blanqueo de bienes*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; PALOMO DEL ARCO, *Recepción y figuras afines*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDI 1996; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; SOTO NIETO, *El delito*

de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo, La Ley 1996; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Blanqueo de capitales y mercantilismo de par: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, CPC 1996; IDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia 1997; ZARAGOZA AGUADO, *recepción y blanqueo de capitales*, en El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales III, Madrid 1996.

El Capítulo IV trata, según reza su rúbrica «De la recepción y otras conductas ínes»; en realidad se contienen en él dos delitos que en el Código penal anterior se encontraban regulados en Títulos diferentes y con algas diferencias respecto a la regulación actual. Uno de ellos es la reptación; las conductas afines de las que se habla en la rúbrica del Título se pueden englobar bajo el nombre de «blanqueo de bienes»

RECEPTACIÓN

La razón de incriminación del delito de recepción es, por un lado, que favorece al autor de cualquier delito de índole económica al ayudarle a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido —y que el receptor le paga una cantidad al autor a cambio de ello—, beneficiándose, al mismo tiempo, el propio receptor de los efectos del delito de índole económica cometido por otro, ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen. Pero, por otra parte, la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente (por ej., la posesión cuando el delito precedente es un hurto) y agrava más aún la lesión restos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que inspira la regulación legal.

La recepción continúa siendo un delito conexo o de referencia a otro y, en el caso de la recepción de delitos, su penalidad seguirá dependiendo de la penalidad (abstracta) asignada al delito del cual proceden los efectos. La recepción habitual de faltas, aunque siga manteniendo su carácter de referencia respecto de las faltas precedentes, se castiga independientemente de la penalidad que pueda corresponderle a éstas. En todo eso, según dispone el art. 300, la recepción se castiga «aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena». La independencia de la recepción respecto al delito precedente principase refuerza por el hecho de que se excluye expresa-

mente el castigo por receptación al que se aprovecha de los efectos de un delito en cuya realización ha intervenido.

A efectos de prueba, la receptación puede aplicarse de forma alternativa con el delito de referencia: por ej., si al sujeto se le ocupan objetos robados, pero no puede demostrarse que los robó él, siempre cabe la posibilidad de castigarlo por delito de receptación (cfr. STS 29 marzo 1988).

A) RECEPTACIÓN DE DELITOS

a) Tipo básico

Dice el art. 298.1: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiriera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Tipo objetivo

La acción consiste en ayudar a los responsables de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse de los efectos del mismo. La acción puede revestir cualquier modalidad, como la de recibir, adquirir u ocultar tales efectos. Por efectos hay que entender el objeto material mismo de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico. No cabe pues la receptación sustitutiva, es decir, la receptación de bienes adquiridos con el dinero sustraído (cfr., sin embargo, *infra*: blanqueo de bienes).

El sujeto activo puede ser cualquier persona que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito del que proceden los efectos.

El delito precedente ha de ser «un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico», es decir uno de los delitos que bajo esta rubrica se tipifican en el Título XIII, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, que se refería a cualquier delito contra los bienes, como podía ser la malversación de caudales públicos. Sin embargo, la nueva configuración del blanqueo de bienes (véase *infra*) y del encubrimiento (véase *infra* capítulo XL) cubre las lagunas que podrán derivarse de esta restricción.

Cabe también la receptación en cadena, es decir la receptación de la receptación, siempre que sea el mismo objeto material del delito originario (Martos, 1985, p. 202; STS 20 mayo 1976).

Tipo subjetivo

Sólo es punible la comisión dolosa, siendo necesario el conocimiento de que los efectos proceden de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y el ánimo de lucro (véase *infra*, lo relativo al delito de encubrimiento, capítulo XL).

Penalidad

La pena de este tipo básico es de prisión de seis meses a dos años, pero de conformidad con el apartado 3 del art. 298, en ningún caso puede imponerse una pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad debe ser sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

b) Tipo cualificado

El apartado 2 del art. 298 prevé la imposición de la pena en su mitad superior cuando el que recibe, adquiere u oculta los efectos del delito lo haga para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos, según dispone el apartado 2 del art. 298, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. También para el tipo cualificado el apartado 3 del art. 298 dispone que en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto, indicando lo que hay que hacer en caso de que esté castigado con pena de distinta naturaleza (véase *supra*).

B) RECEPTACIÓN DE FALTAS

Dice el art. 299: «1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad,

habitualmente se aprovechar o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena de multa de ocho a dieciséis meses y, si se realizaren los hechos en local abierto al público, podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del mismo. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años».

Las características son similares a las de la recepción de delito, pero con diferencias fundamentales:

— Sólo es posible cuando los efectos proceden de una falta contra la propiedad, aunque es de suponer que el legislador ha querido referirse a las faltas comprendidas en el Título II del Libro III Cp, «Faltas contra el patrimonio», quedando incluidas en este título las faltas de índole económica como la cometida contra el erario público o la falta prevista en el supuesto de fraude de subvenciones.

— Sólo es típica la recepción de faltas cuando ésta se realice de forma habitual. El concepto de habitualidad, que precisamente ya no se contempla en la recepción de delitos a diferencia de la regulación anterior, es un concepto fáctico, independiente de la reincidencia y del concepto de habitualidad que se da en el delito de malos tratos en el art. 153 y de la definición de reos habituales que da el art. 94. Según el concepto tradicional es necesario que se hayan cometido tres o más actos de recepción, aunque el sujeto no haya sido condenado anteriormente por ellos. Cuando no concorra esta habitualidad, la recepción de faltas no será punible.

C) CONSUMACIÓN

La consumación de la recepción de delitos y de faltas se produce cuando el sujeto activo se aprovecha, para sí o para el autor o partícipes de los mismos, de los efectos del delito. El momento en que se produce este «aprovechamiento» ha originado controvertidas opiniones. Así, la línea jurisprudencial seguida ha sido la de considerar que el aprovechamiento se produce con la simple adquisición, bastando sólo que en el caso del receptor éste tenga la «libre disponibilidad» sobre los objetos receptados, aunque no llegue a lucrarse efectivamente con ellos.

BLANQUEO DE BIENES

Las «conductas afines» a la recepción de las que se habla en la rúbrica del Capítulo XIV son conductas que coloquialmente han venido denominándose «blanqueo de dinero» o «lavado de capitales», que por primera vez se introdujo en el anterior Código penal con una reforma de 1988. Originariamente, este delito se vinculó al narcotráfico y se tipificó expresamente para cubrir las lagunas de punibilidad que podrían darse en este ámbito aplicando sólo los delitos de recepción o encubrimiento (cfr. 10ª ed., pp. 537 ss.). Pero ahora su ámbito de aplicación es mayor, ya que no se refiere en exclusividad a los bienes que procedan de los delitos de tráfico de drogas y precursores, sino que se extiende a los bienes que procedan de la comisión de cualquier delito grave con lo que se abarcan supuestos de enriquecimiento que se den en torno a otros delitos como algunos delitos socioeconómicos, malversación de caudales públicos, fiscales o los relativos a la proscripción de menores.

El problema del bien jurídico protegido

Para un sector de la doctrina el castigo del blanqueo de bienes pretende proteger la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, que debe ser protegida contra la incorporación de los bienes de procedencia delictiva (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, p. 81; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 296). Pero no cabe duda de que de algún modo también se cuestionan con este delito otros bienes jurídicos como la libre competencia (BLANCO CORDERO, 1997, pp. 191 ss.), la Hacienda pública y la Administración de Justicia (VIDALES RODRÍGUEZ, 1997, p. 85). Algún autor considerará, en cambio, que el blanqueo en sí mismo considerado es un hecho beneficioso para la economía que posibilita la vuelta al mercado legal de los capitales derivados de un delito (en este sentido, BAO FERNÁNDEZ), y otros, como SUÁREZ GONZÁLEZ (en Compendio, p. 565), que la norma parece más bien dirigida a reprimir determinadas formas de *criminalidad organizada*. Pero, como señala GÓMEZ INESTA (1997, p. 40), igual que sucede en el delito de recepción, el blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito grave y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo ya desde el origen o fuente del ingreso

por parte del Estado a través de su actividad tributaria. Su consideración como delito socioeconómico está, por tanto, plenamente justificada.

I. TIPO BÁSICO

Dice el art. 301: «1. El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos». Sobre los apartados 3 (comisión imprudente) y 4 (extrateritorialidad de la ley penal), véase *infra*.

Tipo objetivo

El núcleo de la conducta del párrafo primero no recae ahora en la realización de actos de adquisición, conversión o transmisión de los bienes, sino que lo importante es que la realización de estos actos o cualesquiera otros («cualquier otro acto») sea para «ocultar o encubrir su origen ilícito», o para «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos».

El número segundo tipifica diversas acciones mediante las cuales se puedan introducir en el tráfico legal los beneficios que procedan de delitos graves. Esta «ocultación o encubrimiento» no va referida exclusivamente a los bienes o derechos, sino también al origen ilícito de éstos.

El objeto material del delito lo constituyen los bienes procedentes de un delito grave, así como alguna de las manifestaciones externas de éstos como el origen, la ubicación, la propiedad. Por «bien» habrá que comprender cualquier beneficio valorable económicamente. Por «delito grave» se entiende, de conformidad con el art. 13,1, las infraccio-

nes que la ley castiga con penas graves, siendo éstas las enumeradas en el art. 33,2. En el supuesto en que por la pena a aplicar el delito pueda ser considerado como menos grave y a la vez grave, se considerará como grave (art. 13,4). El origen de los bienes puede ser directo o indirecto, siendo punibles tanto el «blanqueo en cadena» como el «blanqueo sustitutivo». Tal como se desprende del art. 300, el grado de conexión del blanqueo con el delito previo es de accesoriidad limitada.

Respecto al sujeto activo la cuestión que se plantea es si, al no exigir expresamente el legislador que los autores o partícipes en este delito no lo sean del que proceden los bienes (tal como ha quedado establecido en la recepción y el encubrimiento), puede castigarse por este delito a quien ha intervenido en el delito del cual proceden los bienes. Dado que el blanqueo se castiga ya autónomamente, por ser un delito contra la correcta circulación de bienes o capitales en el mercado, la doctrina que suscribe esta concepción considera que cabe la doble incriminación que constituiría un concurso real de delitos (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, pp. 234 ss.; BLANCO CORDERO, 1997, pp. 461 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 304). Sin embargo, el sector doctrinal que defiende que se trata de un delito contra la Administración de Justicia, considera que se da aquí un supuesto de autoencubrimiento impune (así VIDALES RODRÍGUEZ, 1997, p. 111; ZARAGOZA AGUADO, pp. 468 ss.), o un copenado acto posterior ya incluido en el desvalor del delito precedente (así GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 852; SUÁREZ GONZÁLEZ, en Compendio, p. 566). En contra de esta última postura cabría argumentar que conduciría a la imposibilidad de aplicar la agravante específica del 302 en el caso de pertenencia a una organización. En cualquier caso, en mi opinión, la solución más correcta es, debido a la autonomía de este delito, apreciar un concurso de delitos entre el delito inicial y el blanqueo. Es posible que el delito de blanqueo pueda ser una calificación alternativa a la de narcotráfico, cuando no se puede probar éste pero sí aquél.

Tipo subjetivo

El número primero del art. 301, exige que se tenga conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito grave; además, es preciso que se quiera ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a las personas que hayan participado en el delito grave a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por ello sólo es posible la

comisión dolosa. Por el contrario, el delito contenido en el art. 301,2 admite tanto la comisión dolosa como imprudente.

El legislador, en su intención de castigar toda una serie de conductas que sin duda vienen escapando del alcance de la justicia, castiga en el art. 301.3 los supuestos que se realicen por imprudencia grave, imponiendo la pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple. Los únicos supuestos susceptibles de ser castigados por imprudencia son los contenidos en el número dos, ya que como se vio los contenidos en el número uno solo es posible su comisión dolosa. No obstante, el castigo por imprudencia deberá limitarse a aquellas personas físicas que en virtud de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, se encuentren obligadas a cumplir las normas allí contenidas, en especial las que se contemplan en los artículos 3, 4 y 7 (en este sentido, DEL CARPIO DELGADO, p. 337; para más detalles sobre estas obligaciones, GÓMEZ INFESTA, pp. 67 ss.; BLANCO, 1999).

Una atención especial merece el caso del abogado que en pago de sus honorarios recibe del cliente dinero procedente de un delito grave. No cabe duda de que si el abogado asesora o coopera dolosamente en las operaciones de blanqueo y el cobro de su minuta es una forma de esa cooperación, responderá directamente del blanqueo; pero es más discutible cuando simplemente se limita a cobrar sus honorarios; aunque sepa que el dinero con el que se le paga proviene de un delito grave. Los límites entre lo «adecuado social y profesionalmente» y lo plenamente delictivo son en esta materia bastante difusos (véase DEL CARPIO DELGADO, pp. 269 ss.).

Penalidad

A diferencia de lo que sucede en la receptación de delitos, la pena no tiene un límite respecto a la que se ha de aplicar al delito del cual proceden los bienes, pudiendo darse claramente supuestos en los que la pena a imponer en este delito sea superior a la que se ha de imponer al partícipe del delito grave.

La multa será del tanto al triple del valor de los bienes; para lo cual deberá previamente determinarse el valor económico de los mismos.

II. TIPOS CUALIFICADOS

Una vez tipificado el delito básico en el art. 301, las penas previstas se impondrán en su mitad superior en los siguientes supuestos:

a) Por razón de la procedencia del objeto material, cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el

tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 Cp (art. 301,1,2).

b) Por razón del sujeto activo, cuando éste pertenezca a una organización dedicada al blanqueo de bienes. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, la pena a imponer será la superior en grado a la señalada para el delito básico, además de alguna de las siguientes medidas: a) disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; b) suspensión de las actividades de la organización o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años; y c) prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años (art. 302).

III. INHABILITACIÓN ESPECIAL Y ABSOLUTA

Art. 303: «Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

IV. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: PRINCIPIO DE LA JUSTICIA ÚNIVERSAL

Art. 301.4: «El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

V. FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA

Art. 304: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

Este precepto penaliza formas de participación intentada que sólo pueden serlo en la medida en que así se prevea expresamente (arts. 17 y 18 Cp).

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Tradicionalmente suelen clasificarse los delitos en dos grandes grupos: delitos contra las personas y delitos contra la sociedad.

Esta clasificación tiene un valor pedagógico o expositivo que carece de reflejo legislativo. El Código penal español, desde su redacción de 1848, renunció a ese dualismo persona-sociedad tan usual en otros Códigos penales de la época, y lo mismo sucede en el Código penal de 1995, aunque en éste se contiene una sistemática que implícitamente lo mantiene, incluso potenciando más que sus antecesores la protección penal de los bienes jurídicos de carácter social o universal. De todas formas debe insistirse en que el punto de referencia de la teoría del bien jurídico es la persona en cuanto tal, y que sólo a partir de ella se le puede brindar protección a la sociedad en la que la persona vive y se autorrealiza. Todo atentado contra la persona es, al mismo tiempo, un atentado contra la sociedad en la que dicha persona se integra y, por las mismas razones, todo atentado a la convivencia pacífica asegurada por un orden social o estatal es también un atentado a la persona individual, que sólo a través de la convivencia puede autorrealizarse. Cuando aquí hablamos de delitos contra la sociedad nos referimos, pues, a aquellos delitos que atacan valores generales de la convivencia independientemente de su adscripción a personas determinadas, pero no a la sociedad como un ente contrapuesto e incluso superior a la persona.

Aunque se puede discutir la ubicación sistemática de algunos grupos de delitos, se puede decir que en el Libro II del Código penal de 1995 los Títulos I a XIII y XV y los correspondientes en el Libro III dedicado a las faltas recogen delitos contra las personas, ya vistos en la Primera Parte de este libro, mientras que los recogidos en los Títulos XIV y XVI a XXIV son los delitos contra la sociedad.

Dentro del grupo de los delitos contra la sociedad se suele distinguir, además, entre aquellos delitos que atacan el orden social, inde-