





B10.T 5525

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
Facultad de Derecho

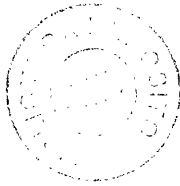
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
REGISTRE CENTRAL  
ENTRADA

29 APR. 2002

Nº 27794

HORA

OFICINA AUXILIAR PÙB. 2



*La realización arbitraria del propio derecho*

Tesis que presenta para la colación del grado de Doctor  
el Licenciado en Derecho Javier Guardiola García

Dirigida por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu

Valencia, 2002

UMI Number: U602982

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602982

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346



D. 1304617  
L. 1304623

# ÍNDICE



	<i>pág.</i>
Índice	3
Principales siglas y abreviaturas utilizadas	9
Introducción	11
<b>I</b>	17
<b>Cap. 1: El ejercicio del derecho en el sistema de Derecho penal.</b>	19
<b>A.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL.</b>	21
I.- Antijuridicidad y justificación.	21
II.- El ejercicio del derecho y la justificación penal.	25
III.- El sistema de la justificación en el CP.	28
III.a.- La legítima defensa.	33
III.b.- El estado de necesidad.	35
III.c.- El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.	37
<b>B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.</b>	40
I.- Ejercicio del derecho y realización arbitraria del mismo.	41
I.a.- Ejercicio legítimo y realización arbitraria.	41
I.b.- 'Derecho', 'derecho propio' y derecho subjetivo.	45
I.b.1.- El concepto de derecho subjetivo.	45
I.b.2.- El 'derecho' del art. 20.7º CP y el 'derecho propio' del art. 455 CP	54
II.- El contenido de injusto de la realización arbitraria de derechos.	55
<b>Cap. 2: Antecedentes históricos y elaboración del art. 455 CP.</b>	57
<b>A.- ANTECEDENTES REMOTOS DE LA ACTUAL PUNICIÓN DEL RECURSO A LAS VÍAS DE HECHO.</b>	58
I.- Derecho antiguo.	59
II.- Periodo intermedio.	61
<b>B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES.</b>	63
I.- Los códigos anteriores a 1944.	64
I.a.- La exacción violenta de créditos en el CP de 1822.	64
I.b.- La regulación de los códigos promulgados 1848 a 1932.	65
II.- La <i>rapd</i> en el CP de 1944.	68
II.a.- Bien jurídico.	69
II.a.1.- La 'Administración de Justicia' como bien jurídico.	69
II.a.2.- La protección de bienes de titularidad individual, el orden público y la afirmación de la pluriofensividad del delito.	71
II.b.- Sujetos, acción, objeto y medios comisivos.	72
II.c.- El elemento final del tipo.	76
II.d.- <i>Iter criminis</i> , penalidad y problemas concursales.	77
II.e.- Breve comentario crítico y remisión.	80
<b>C.- PROYECTOS DE CP Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL VIGENTE ART. 455 CP.</b>	82
I.- Los proyectos de CP de 1980 a 1994.	83
II.- La tramitación parlamentaria del precepto.	85
<b>Cap. 3: Derecho comparado.</b>	89
<b>A.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DE DERECHOS EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN.</b>	91
I.- La realización arbitraria de derechos y los delitos patrimoniales.	93
I.a.- Delitos de apropiación.	95
I.a.1.- Doctrina dominante.	95
I.a.2.- Otras posiciones.	98
I.a.3.- Especial consideración de los supuestos de prenda arbitraria.	102
I.b.- Delitos de enriquecimiento.	103
II.- La realización arbitraria de derechos y los delitos contra la libertad.	106
III.- Referencia a los ordenamientos austriaco y suizo.	109

IV.- Consideraciones críticas.	110
B.- EL 'ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI' EN EL DERECHO ITALIANO.	115
I.- Bien jurídico.	118
I.a.- La administración de justicia como bien jurídico.	118
I.b.- La protección de bienes de titularidad particular.	120
I.c.- La protección del orden público.	121
II.- Conducta típica.	122
II.a.- El fin de ejercer un 'preteso diritto', 'potendo ricorrere al giudice'.	122
II.b.- La 'violenza' real y personal.	127
II.c.- Iter criminis.	130
II.d.- Causas de justificación.	132
II.e.- Problemas concursales.	134
III.- La perseguibilidad a querrela del ofendido.	135
IV.- Consideraciones críticas.	137
V.- Otros ordenamientos que siguen el modelo italiano.	141
V.a.- El 'ejercicio indebido del propio derecho' en México.	141
V.b.- La 'prohibición de hacerse justicia por sí mismo' en Panamá.	143
V.c.- El 'ejercicio violento del derecho' en El Salvador.	143
V.d.- La 'justicia por la propia mano' en Uruguay.	144
V.e.- La 'prohibición de hacerse justicia por sí mismo' en Venezuela.	145
V.f.- La previsión del CP chileno.	146
C.- EL 'EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES' EN EL DERECHO BRASILEÑO.	146
I.- Bien jurídico, conducta típica y problemas concursales.	147
II.- Otros ordenamientos con previsiones de alcance semejante.	151
II.a.- El 'ejercicio arbitrario de derechos' en Cuba.	152
II.b.- La realización arbitraria de derechos en Grecia..	153
III.- Consideraciones críticas	154
<b>Cap. 4: Bien jurídico protegido.</b>	157
A.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO.	158
I.- El bien jurídico en el Derecho penal español.	160
II.- El método para la determinación del bien jurídico.	163
B.- EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES.	164
I.- La 'Administración de Justicia' como bien jurídico.	165
I.a.- La 'Administración de Justicia'.	170
I.b.- El monopolio estatal en el uso de la fuerza.	172
II.- La libertad, integridad y propiedad del particular como bienes jurídicos.	173
III.- El orden público como bien jurídico.	176
IV.- La tesis de la 'pluriofensividad' del delito.	178
IV.a.- El delito 'pluriofensivo'.	178
IV.b.- La 'pluriofensividad' del delito del art. 455 CP.	180
C.- TOMA DE POSTURA.	183
I.- Bien jurídico protegido.	184
I.a.- El bien jurídico.	184
I.b.- La forma de afectación.	187
II.- Principales consecuencias de la opción realizada.	191
<b>II</b>	193
<b>Cap. 5: La finalidad de realizar un derecho propio.</b>	195
A.- 'PARA REALIZAR UN DERECHO PROPIO'.	196
I.- Antecedentes y propuestas de interpretación.	196
II.- Toma de postura.	199
II.a.- Los elementos subjetivos especiales del tipo.	200
II.a.1.- Clases y función sistemática.	204
II.a.2.- Consecuencias dogmáticas.	208
II.b.- El ánimo de realizar un derecho propio.	214
II.b.1.- Elemento subjetivo del tipo.	214
II.b.2.- Elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto.	217

II.b.3.- <i>Relación con el ánimo de lucro.</i>	221
<b>B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (I).</b>	225
I.- <i>Autoría, coautoría y autoría mediata.</i>	226
I.a.- <i>La actuación en nombre de otro.</i>	228
I.b.- <i>La posibilidad de comisión por omisión (remisión).</i>	232
II.- <i>Inducción y cooperación necesaria.</i>	233
III.- <i>Complicidad.</i>	236
<b>C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (I).</b>	236
I.- <i>Posiciones mantenidas acerca del error sobre el 'derecho propio'.</i>	237
II.- <i>Toma de postura.</i>	240
<b>Cap. 6: La actuación 'fuera de las vías legales'.</b>	243
<b>A.- 'ACTUANDO FUERA DE LAS VÍAS LEGALES'.</b>	244
I.- <i>Origen del inciso en la tramitación parlamentaria.</i>	244
II.- <i>Interpretaciones propuestas.</i>	246
III.- <i>Toma de postura</i>	248
III.a.- <i>'Tipos abiertos' y referencias del precepto a la antijuridicidad.</i>	250
III.b.- <i>'Actuando fuera de las vías legales'.</i>	254
<b>B.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.</b>	257
I.- <i>Legítima defensa y estado de necesidad.</i>	258
II.- <i>Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.</i>	260
II.a.- <i>¿Eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho?</i>	261
<b>C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (II).</b>	262
I.- <i>Error sobre la 'legalidad' de la vía.</i>	262
II.- <i>Error sobre la concurrencia de causas de justificación.</i>	264
<b>Cap. 7: El empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.</b>	265
<b>A.- EL RECURSO A LA FUERZA.</b>	266
I.- <i>Posiciones doctrinales.</i>	267
II.- <i>Toma de postura.</i>	270
II.a.- <i>Consideraciones generales.</i>	270
II.b.- <i>La violencia.</i>	276
II.c.- <i>La intimidación.</i>	282
II.d.- <i>La fuerza en las cosas.</i>	286
III.- <i>Sujeto pasivo y objeto material.</i>	290
<b>B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II).</b>	291
I.- <i>Autoría, coautoría y autoría mediata.</i>	292
I.b.- <i>La posibilidad de comisión por omisión.</i>	293
II.- <i>Inducción, cooperación necesaria y complicidad.</i>	295
<b>C.- ITER CRIMINIS.</b>	296
I.- <i>Consumación.</i>	297
II.- <i>Formas imperfectas.</i>	298
<b>D.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (III).</b>	299
I.- <i>Error sobre el carácter violento de la conducta violenta.</i>	299
II.- <i>Error sobre el alcance de la propia actuación.</i>	301
<b>Cap. 8: El uso de armas u objetos peligrosos.</b>	303
<b>A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO.</b>	304
I.- <i>Planteamiento de la cuestión.</i>	305
II.- <i>Toma de postura.</i>	307
<b>B.- CONCEPT OF 'WEAPONS OR DANGEROUS OBJECTS'.</b>	312
I.- <i>Weapons and objects.</i>	312
II.- <i>The dangerousness of 'weapons or dangerous objects'.</i>	314
II.1.- <i>Object of the 'danger'.</i>	316
II.2.- <i>Dangerousness of the object.</i>	317
<b>C.- THE 'USE' FOR VIOLENCE OR INTIMIDATION.</b>	320
I.- <i>The 'use' of weapons or dangerous objects.</i>	321
I.a.- <i>'Make use'.</i>	321

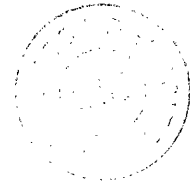
I.b.- 'Use' and 'intimidation or violence'.	323
I.b.1.- As typical elements of article 455 of the Penal Code.	324
I.b.2.- Minor offence of slight menace with weapons or dangerous objects.	325
II.- The use 'for intimidation or violence' and the injuries produced..	326
III.- 'Use' and 'possession'.	328
<b>III</b>	
<b>Cap. 9: Problemas concursales.</b>	333
A.- DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD.	334
I.- Homicidio y lesiones.	334
II.- Otros delitos.	336
B.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.	337
I.- Detenciones ilegales y secuestros.	338
II.- Amenazas y coacciones.	339
C.- DELITOS CONTRA OTROS BIENES JURÍDICOS EMINENTEMENTE PERSONALES.	341
I.- Delitos contra la integridad moral, la libertad sexual y el honor.	342
II.- Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.	343
D.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.	345
I.- Delitos que requieren ánimo de lucro.	347
II.- Delitos que no requieren ánimo de lucro.	348
E.- OTROS DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.	352
I.- Delitos de incendio.	352
II.- El delito contra el sentimiento religioso del art. 523 CP.	354
III.- Delitos de atentado.	355
IV.- Delitos de tenencia ilícita de armas.	356
F.- FALTAS.	357
I.- Faltas contra las personas.	358
II.- Faltas contra el patrimonio.	360
III.- Faltas contra el orden público.	361
<b>Cap. 10: Otras cuestiones.</b>	363
A.- IMPUTABILIDAD, EXIGIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD.	364
I.- Inimputabilidad.	364
II.- Causas de inexigibilidad..	366
II.a.- Estado de necesidad excusante.	366
II.b.- Miedo insuperable.	367
B.- PERSEGUIBILIDAD.	368
C.- PENALIDAD.	370
I.- La pena a imponer.	371
II.- Circunstancias modificativas.	375
II.a.- Eximentes incompletas y atenuantes analógicas con éstas.	375
II.b.- Otras atenuantes.	377
II.c.- Circunstancias agravantes.	378
II.d.- La circunstancia mixta de parentesco.	379
D.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS.	381
I.- Responsabilidad civil derivada del delito.	382
II.- Consecuencias accesorias.	385
<b>Conclusiones</b>	387
<b>Bibliografía</b>	397
<b>Anexo</b>	439
<b>Cap. 8: El uso de armas u objetos peligrosos.</b>	441
A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO.	442
I.- Planteamiento de la cuestión.	443
II.- Toma de postura.	445
B.- EL CONCEPTO DE 'ARMAS U OBJETOS PELIGROSOS'.	449

<i>I.- Las armas y los objetos.</i>	450
<i>II.- El peligro de 'armas u objetos peligrosos'.</i>	452
<i>II.1.-Objeto del 'peligro'.</i>	454
<i>II.2.- Peligrosidad del objeto.</i>	456
<b>C.- EL 'USO' PARA LA INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA.</b>	459
<i>I.- El 'uso' de armas u objetos peligrosos.</i>	459
<i>I.a.- 'Hacer uso'.</i>	460
<i>I.b.- 'Uso' e 'intimidación o violencia'.</i>	462
<i>I.b.1.- Como elementos típicos del delito del art. 455 CP.</i>	463
<i>I.b.2.- La falta de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos.</i>	465
<i>II.- El uso 'para la intimidación o violencia' y los resultados lesivos.</i>	466
<i>III.- El 'uso' y la 'tenencia'</i>	469



## PRINCIPALES SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

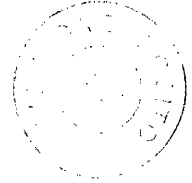
§, §§	Parágrafo, párrafos
A.	Auto
<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
Art., arts.	Artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil, parte general
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, CC (alemán, de no indicarse otro)
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo alemán
<i>BGHSt</i>	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i>
<i>BOCG</i>	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
BT	Besonderer Teil, parte especial
Cap., caps.	Capítulo, capítulos
CC	Código civil
<i>CDJ</i>	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
CE	Constitución española de 1978
Col., cols.	Columna, columnas
CP	Código penal (de no indicarse otra cosa, el español de 1995)
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
CPI	Codice penale italiano
<i>D.</i>	<i>Digesto</i>
<i>DJ</i>	<i>Documentación Jurídica</i>
DP	Derecho penal, Diritto penale
<i>DRiZ</i>	<i>Deutsche Richterzeitung</i>
Eapr	Esercizio arbitrario delle proprie ragioni
Ed., eds.	Edición; editor, editores; directores, coordinadores...
<i>EPC</i>	<i>Estudios penales y criminológicos</i>
Esp.	Especialmente
<i>GA</i>	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
<i>GAI</i>	<i>Giurisprudenza agraria italiana</i>
<i>GCCSCsp</i>	<i>Giur. completa della Corte Suprema di Cassazione - sezione penale</i>
<i>GI</i>	<i>Giurisprudenza Italiana</i>
<i>GS</i>	<i>Der Gerichtssaal</i>
<i>GP</i>	<i>La Giustizia Penale</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JD</i>	<i>Jueces para la democracia</i>
<i>JR</i>	<i>Juristische Rundschau</i>
<i>Jura</i>	<i>Juristische Ausbildung</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JW</i>	<i>Juristische Wochenschrift</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>LH</i>	Libro homenaje (citado por el homenajeado)
Lib.	Libro
<i>LL</i>	<i>La Ley</i>
LO	Ley orgánica
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i>
N.	Nota, notas





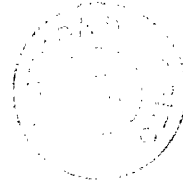
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>	
Nº	Número, números	
<i>NSZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>	
Pág., págs.	Página, páginas	
PANCP	Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983	
PE	Parte especial	
PG	Parte general, parte generale	
<i>PJ</i>	<i>Poder Judicial</i>	
PS	Parte speciale	
Rapd	Realización arbitraria del propio derecho	
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>	
<i>RDPP</i>	<i>Rivista di Diritto e procedura penale</i>	
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>	
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>	
<i>RGSt</i>	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen</i>	
<i>RIDP</i>	<i>Rivista italiana di Diritto penale</i>	
<i>RIDPP</i>	<i>Rivista italiana di Diritto e procedura penale</i>	
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>	
<i>RP</i>	<i>Rivista penale</i>	
S., SS.	Sentencia, sentencias	
s., ss.	y siguiente, y siguientes	
SAP, SSAP	Sentencia/s de la Audiencia Provincial, citada/s por fecha*	
<i>SP</i>	<i>La Scuola Positiva: rivista di Diritto e procedura penale</i>	
StGB	Strafgesetzbuch, código penal (alemán, de no indicarse otro)	
STC, SSTC	Sentencias/s del Tribunal Constitucional	
STS, SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo, citada/s por fecha*	
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i>	
T.	Tomo	
<i>TAHC</i>	<i>Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la cult. jur. fran.</i>	<i>fran.</i>
<i>Tem</i>	<i>Tem - Rivista di giurisprudenza italiana</i>	
Tít.	Título	
TS	Tribunal Supremo	
Vol., vols.	Volumen, volúmenes	
<i>wistra</i>	<i>Zeitschrift für Wirtschaft. Steuer. Strafrecht</i>	
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>	

\* La cita de la STS incorpora, entre paréntesis, el número marginal del Repertorio Aranzadi (A), o el tomo y número de la colección de Jurisprudencia Criminal. La cita de SAP, el marginal del Repertorio Aranzadi correspondiente a Audiencias Provinciales (AA) o el nº de Sentencia (nº).



## Introducción





## Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del delito de realización arbitraria del propio derecho. Si es preciso justificar la elección del tema, parece evidente que no puede acudirse ni al importante número de casos que resuelven cada año los tribunales acudiendo a este precepto, ni a la especial importancia de la pena con la que conmina a quienes realicen la conducta típica, ni al elevado interés que ante sucesos de actualidad le presta la atención pública. Y, sin embargo, hay razones de fondo que aconsejan que la doctrina se tome en serio el estudio de este delito. Si se quiere, aunque sólo sea por esto, porque suscita una generosa problemática concursal para la que es preciso alcanzar criterios sólidos. Pero sobre todo, a mi juicio, porque la existencia misma de este delito y la penalidad que se le asigna reclaman una explicación que, me temo, no siempre se ha sabido dar de manera satisfactoria. Y las explicaciones insatisfactorias dan lugar a interpretaciones insatisfactorias, y con ello a disfunciones en el sistema penal. No han faltado en consecuencia propuestas de abrogación del precepto; y, sin embargo, desde una interpretación adecuada, que parta de los principios que rigen las instituciones básicas del sistema penal, un precepto como el que se estudia no sólo no resulta disfuncional sino que cumple una función sistemática importante y permite dar una respuesta proporcionada a supuestos valorativamente distintos. El análisis del Derecho comparado apoya esta afirmación; los resultados que desde la interpretación que propongo se alcanzan, a mi entender, la confirman.

La tesis que aquí se defiende se resume en un principio básico: si el ejercicio de un derecho justifica, la finalidad de realizar un derecho no puede resultar en ningún caso constitutiva del injusto; si ha de desempeñar una función en un tipo penal, ésta sólo puede ser de minoración del contenido de injusto. A

partir de aquí, la determinación del bien jurídico protegido en el delito que recoge el art. 455 del CP y la interpretación de los elementos que conforman su descripción típica se resuelve en releer en este delito las instituciones de la parte general del Derecho penal teniendo siempre en cuenta esto como elemento rector. Las soluciones alcanzadas no son las únicas posibles; ni siquiera me atrevería a afirmar que sean las mejores. Lo que se pretende no es sino proponer una lectura coherente del precepto; y creo que las soluciones que se apuntan resuelven más problemas de los que crean y pueden hacer operativo el delito que es objeto de estudio. Conseguir esto y despertar el interés de la doctrina sería alcanzar plenamente mis objetivos.

Se parte, como no puede ser menos, de una concepción de la norma penal y del sistema de la teoría jurídica del delito; sin perjuicio de intentar hacer formulaciones lo bastante abiertas para poder acoger diferentes opciones sistemáticas, con frecuencia es preciso optar desde la propia convicción. Lo que ni puedo ni quiero hacer en este trabajo es justificar por entero cada una de las opciones de base; ni me parece la sede adecuada, ni estoy en condiciones de hacerlo aquí. Así, cuestiones como la decidida asunción de la función indiciaria del tipo (con el consiguiente rechazo de la teoría de los ‘elementos negativos del tipo’) o la afirmación de la doble función de la norma penal se asumen -consciente y voluntariamente- sin apenas justificar la opción.

El trabajo se estructura en tres grandes bloques. Una primera parte se destina a cuestiones básicas: para concluir con la determinación del bien jurídico protegido en el delito del art. 455 del CP español (cap. 4), se parte de un análisis general de la función del ejercicio del derecho en el sistema de Derecho penal (cap.1), de una revisión de los antecedentes históricos -con especial atención al precedente inmediato, el art. 337 del CP de 1944- y de la elaboración parlamentaria del precepto (cap. 2), y de una revisión relativamente profusa de Derecho comparado (cap. 3). Se pretende con ello sentar las bases que permitan comprender el sentido del delito que se estudia, subrayar las diferencias con los

antecedentes legislativos, y proporcionar un material de contraste que permita valorar ponderadamente y percibir con claridad los matices del precepto español. Con estos elementos, se aborda la determinación del bien jurídico protegido.

La segunda parte se dedica al análisis de la conducta típica. No se adopta para ello una sistemática tradicional: la estructura misma del tipo, y sobre todo el importante peso de interpretaciones heredadas del antecedente del actual precepto, obligaban a abordar las cuestiones de forma que no hacía viable empezar por el sujeto activo. Se ha optado, pues, por seguir el orden de los incisos en el precepto, que permitía estudiar cada elemento en el momento oportuno. Se destina así un capítulo a la finalidad de realizar un derecho propio (cap. 5), otro a la actuación fuera de las vías legales (cap. 6), un tercero al empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas (cap. 7) y un cuarto a la agravación prevista en el 455.2 (cap. 8). Las cuestiones de autoría y participación, *iter criminis*, sujeto pasivo, imputación subjetiva, justificación, y los diferentes tipos de error, aparecen desgajadas y se van estudiando a medida que se plantean los elementos que es preciso considerar para resolverlas.

Finalmente, en una tercera parte se abordan los problemas concursales, por un lado (cap. 9), y por otro y más sumariamente las cuestiones de imputabilidad, exigibilidad, perseguibilidad, penalidad, responsabilidad civil y consecuencias accesorias (cap. 10).

En todo el estudio, tanto en las cuestiones de Derecho español como, en cuanto me ha sido posible, en lo relativo al Derecho extranjero, se toman como fuentes los textos legales vigentes e históricos, la jurisprudencia, y las aportaciones doctrinales.

Por último, las conclusiones que se presentan al final del trabajo no pretenden ser un recorrido exhaustivo por todas las afirmaciones sentadas en el desarrollo del mismo; ni se ocupan de todos los puntos examinados ni lo hacen en el mismo orden. De hecho, y por relevante que haya podido ser su afirmación en el curso de la investigación, las cuestiones de parte general que se han estudiado

con carácter instrumental no han sido incorporadas a las conclusiones. Pretendo con ello sintetizar, en espacio razonablemente reducido, la propuesta concreta de interpretación de este delito que se postula; lo que implica, con frecuencia, dejar de lado la discusión de otras opciones rechazadas argumentadamente en las sedes oportunas. La justificación de lo afirmado en las conclusiones debe pues buscarse en los capítulos correspondientes.

I





## Capítulo 1

### El ejercicio del derecho en el sistema de Derecho penal.\*

*A.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL. I.- Antijuridicidad y justificación. II.- El ejercicio del derecho y la justificación penal. III.- El sistema de la justificación en el CP. III.a.- La legítima defensa. III.b.- El estado de necesidad. III.c.- El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. I.- Ejercicio del derecho y realización arbitraria del mismo. I.a.- Ejercicio legítimo y realización arbitraria. I.b.- 'Derecho', 'derecho propio' y derecho subjetivo. I.b.1.- El concepto de derecho subjetivo. I.b.2.- El 'derecho' del art. 20.7º CP y el 'derecho propio' del art. 455 CP II.- El contenido de injusto de la realización arbitraria de derechos.*

El delito de realización arbitraria del propio derecho entronca de manera directa con la función en el sistema penal del ejercicio del derecho por el particular, hasta tal punto que no puede explicarse adecuadamente el fenómeno jurídico que supone el delito en cuestión sin una clara y constante referencia a la relevancia penal de ejercer un derecho. El primer punto de este estudio ha de ser pues, necesariamente, una precisión del marco conceptual y sistemático que permita entender el delito examinado.

El Derecho penal es, a pesar de sus disfunciones, un sistema, integrado por demás en un ordenamiento jurídico en que rige el principio de no contradicción. Así, el ejercicio de un derecho, es decir, la realización de una posibilidad de actuación conforme al ordenamiento, no puede verse desvalorado por una norma del mismo sistema jurídico; no mientras sea verdadero ejercicio de un derecho. Lo que, en el peculiar marco de la norma penal y de sus funciones valoradora e imperativa, viene a resolverse en una incompatibilidad conceptual entre proscripción penal y ejercicio de derechos.

---

\* El presente capítulo debe mucho al trabajo de investigación que con el título de "El derecho subjetivo: concepto y función en el sistema de la justificación del CP de 1995" presenté y defendí en el seno del programa de doctorado ante un tribunal integrado por los doctores DE LUCAS MARTÍN, GÓMEZ ROYO y COLÁS TURÉGANO. Quiero agradecer a los tres sus precisiones y valiosas indicaciones.

El precepto penal puede prever expresamente supuestos de ejercicio de un derecho como causas de exclusión de la tipicidad, salvando el posible conflicto;<sup>1</sup> no es sin embargo la regla general. La mayor parte de los tipos penales no hacen referencia ninguna a la posibilidad de que el sujeto activo ejerza un derecho; y pese a ello el ejercicio de un derecho, aun cuando responda a una descripción típica, no puede integrar un ilícito penal sin que el ordenamiento entre en contradicción. El instrumento para salvar el problema viene de la mano del instituto de la justificación penal; justificación y no atipicidad, porque el atentado típico contra un bien jurídico ha salido irrevocablemente de la esfera de lo jurídicamente indiferente. El desvalor que supone la realización del tipo puede verse compensado o superado cuando se atiende a la tutela de algo valorado de manera preferente por el ordenamiento; pero no por ello desaparece<sup>2</sup> (contra lo defendido desde la teoría de los ‘elementos negativos del tipo’). Cuando el ejercicio de un derecho llega al extremo de integrar un tipo penal, la conducta es penalmente relevante, pero está justificada.

En sede de justificación el ejercicio del derecho juega un papel central. No quiero decir con ello que no pueda reconocerse el ejercicio de derechos en otras sedes del sistema penal (y ejemplo claro, aunque no exclusivo, son los arts. 510 ss. CP, en que algunos derechos son objeto de tutela y de limitación<sup>3</sup>), y que no haya previsiones del CP que otorguen derechos; pero la función esencial del ejercicio del derecho en el sistema punitivo se encuentra en la justificación penal.

---

<sup>1</sup> Vid. arts. 163.4, 172, y 359 del CP.

<sup>2</sup> Así Carbonell Mateu, J.C., “El sistema de la justificación en el art. 20 CP 1995” (*LH-Valle Muñiz* (2001)), págs. 127 s.; Cerezo Mir, J., “Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el DP español” (*LH-Jescheck* (1985)), pág. 441; y Quintero Olivares, G. (ed.), *Manual de DP PG* (2ª ed., 2000), pág. 463 s.

<sup>3</sup> Limitaciones que sólo caben en tutela de bienes y derechos de no menor rango constitucional; vid. Carbonell Mateu, J.C., “De los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en la PANCP” (*DJ* 1983), pág. 1278; y Vives Antón, T.S., “Introducción: Estado de Derecho y DP” (M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Comentarios a la legislación penal t. I*, 1982), pág. 12.

## **1.A.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL.**

La importancia del ejercicio del derecho en sede de justificación penal resulta evidente cuando se parte de un esquema conceptual claro, del que son presupuesto ciertas precisiones terminológicas. Conviene por ello para argumentarla ir paso a paso, comenzando por algunas consideraciones en sede de justificación que presuponen necesariamente una delimitación básica del concepto de antijuridicidad.

### ***1.A.I.- Antijuridicidad y justificación.***

La antijuridicidad es la contrariedad a Derecho; no al precepto penal, contra el que se atenta realizando la conducta típica, sino al Derecho como ordenamiento unitario. La afirmación de la antijuridicidad exige, pues, un juicio axiológico de contraste con la totalidad del sistema jurídico; y ese juicio va a atender a dos extremos, una conducta desvalorada por el ordenamiento (desvalor de acción, a verificar *ex ante*: realización de lo prohibido o no realización de lo mandado con peligrosidad potencial para un bien jurídico) y un resultado contrario al mismo (desvalor de resultado, a verificar *ex post*: lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico no compensada o superada por la tutela de otro).<sup>4</sup> Sin un desvalor de acción no cabe imputación axiológica del desvalor de

---

<sup>4</sup> Para una panorámica crítica del juego de desvalor de acción y desvalor de resultado en injusto y justificación desde una concepción imperativa de la norma penal vid. **Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad* (1984), passim** (quien por cierto da entrada a una concepción dualista del injusto desde la concepción imperativa y la niega desde la valorativa (pág. 66), cuando ha afirmado previamente (n. 3, pág. 18) que los defensores de esta segunda afirman un doble aspecto -valorativo e imperativo- de la norma). Para una formulación esencialmente objetiva de la antijuridicidad, vid. **Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal PG* (5ª ed., 1999), págs. 293 ss.**

resultado a un actuar humano, sin un desvalor -siquiera potencial- de resultado la acción no ha atentado contra el ordenamiento.<sup>5</sup>

Y esto, aun cuando el sujeto lo haya pretendido abiertamente: la mala intención no es contraria a Derecho mientras no se concrete en una lesión o un peligro para un bien jurídico. Ni cuando queda en mero pensamiento (*cogitationes poena nemo patitur*) ni cuando se materializa en una acción, en tanto no dañe o ponga en peligro bienes; o, de hacerlo, salve con ello otros valorados preferentemente. Si la función del Derecho es la tutela jurídica, es decir, la protección de aquello que ha valorado como digno de ser protegido, no es contrario a Derecho lo que no suponga un daño para esto; contravenir formalmente la norma no es antijurídico si no constituye cuando menos un peligro para un bien jurídico o para el sistema mismo de tutela de bienes jurídicos. Afirmar otra cosa es afirmar que el ordenamiento hace caso omiso al principio de libertad (que es entre nosotros un valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE) y prohíbe conductas con total independencia de su función última, la tutela de bienes, de valores e intereses.

Pues bien: la justificación, como negación de la antijuridicidad, ha de suponer la negación del desvalor de acción o del desvalor de resultado; pero basta con que se neutralice uno de ellos, porque con que falte uno solo ya no será posible afirmar la antijuridicidad.<sup>6</sup> Y de hecho es la concurrencia de la antijuridicidad, y no la ausencia de justificación, lo que debe probarse: el sistema expositivo de la 'regla-excepción', que afirma la antijuridicidad de la conducta

---

<sup>5</sup> Desvalor de acción e imputación axiológica del desvalor de resultado que no deben confundirse ni con la imputación objetiva del resultado a la acción ni con la imputabilidad subjetiva. Se trata de tres momentos distintos, respectivamente valorativo (de ilicitud), objetivo (de relevancia), y de exigibilidad normativa (de reproche). Sobre la distinción entre relevancia, ilicitud y reproche vid. Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal* (1996), págs. 483 ss.

<sup>6</sup> Vid. Carbonell Mateu, J.C., "El sistema...", págs. 124 ss., y *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes* (1989), págs. 89-107. Por contra aplican criterios simétricos a antijuridicidad y justificación, entre otros, Cerezo Mir, "Consideraciones...", págs. 449 y 451 ss.; Muñoz Conde, F., en F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal PG* (4ª ed., 2000), pág. 356; y Serrano Butragueño, I., "Art. 20" (*CP de 1995* (1998)), pág. 290.

típica si no concurre una causa de justificación,<sup>7</sup> carece de relevancia de fondo.<sup>8</sup> Antijuridicidad y justificación no son regla general y excepción, sino dos resultados posibles de un mismo juicio que valora la ilicitud; luego no se trata de calificar como antijurídico lo que no encuadre *prima facie* en una causa de justificación, sino de estimar justificado lo que no represente desvalor para el ordenamiento.<sup>9</sup>

Es precisamente aquí, a mi juicio, donde se encuentra el fundamento material de la justificación penal.<sup>10</sup> He afirmado que la justificación es negación de la antijuridicidad, afirmación de la conformidad a Derecho, y que el objeto del Derecho es la tutela de bienes, valores e intereses; así, el fundamento de la justificación no puede ser sino la estimación de que la conducta desarrollada salvaguarda bienes, valores o intereses en mayor medida que los lesiona. En suma, el fundamento de la justificación es la estimación de un interés preponderante en un juicio de ponderación de intereses que tiene en cuenta, junto a la importancia y afectación de los bienes en conflicto, todas las circunstancias concurrentes.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Como formulan, v.gr., **Mora Alarcón, J.A.**, *Suma de DP* (1996), pág. 75; y **Quintero Olivares, DP**, pág. 462.

<sup>8</sup> Ya así **Mezger, E.**, *Tratado de Derecho penal t. I* (1935), pág. 340.

<sup>9</sup> Por contra, para **Mir Puig, S.**, *Derecho penal PG* (5ª ed., 1998), pág. 417, “si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico”.

<sup>10</sup> Para una sistematización crítica de las teorías al respecto, con opción por la tesis de la ponderación de intereses, **Carbonell Mateu, La justificación penal**, págs. 21 ss.; vid. asimismo **Molina Fernández, F.**, “El estado de necesidad como ley general” (*Revista de Derecho penal y Criminología* 2000), págs. 204 ss. Niegan la existencia de un elemento aglutinador de las diferentes causas de justificación en su fundamentación, v.gr., **Cerezo Mir**, “Consideraciones...”, pág. 447; y **Serrano Butragueño**, “Art. 20”, pág. 265.

<sup>11</sup> **Mezger, Tratado** (1935), págs. 339 ss., añadía supuestos de ausencia de interés por consentimiento real o presunto; pero se trata, bien de casos de atipicidad, bien de supuestos en que existe realmente una ponderación de intereses y una opción axiológico-normativa por uno de ellos: la conducta típica puede estar justificada, pero ya no es nunca indiferente. En esta línea, **Molina Fernández**, págs. 209 s. (insistiendo en que la ponderación ha de alcanzar ‘a todo lo que está en juego’, págs. 212-214); contra, mantiene hoy el fundamento en la ausencia de interés, negando una fundamentación unitaria de las causas de justificación, **MUÑOZ CONDE**, en **Muñoz Conde y García Arán**, pág. 354.

Por demás, afirmada la naturaleza y función unitaria de las causas de justificación, se sigue la necesidad de su coherencia sistemática y la inaceptabilidad de la pretendida función oclusiva de las mismas.<sup>12</sup> Para quienes defienden esta, el juicio de antijuridicidad se concentra en la verificación de si resulta aplicable o no al caso concreto *la causa de justificación adecuada*; en caso de serlo la conducta está justificada, y en caso contrario ni lo está ni puede intentar encuadrarse en los presupuestos de otra causa de justificación distinta.<sup>13</sup> Pero, a mi juicio, quienes así argumentan hacen una aplicación incorrecta de las reglas del concurso de normas. Incorrecta, por una parte, porque son reglas previstas para el caso de que los hechos puedan calificarse con arreglo a dos o más tipos penales y no para el caso de que puedan integrar dos o más causas de justificación, que no necesariamente han de desplazarse, porque la doble justificación no supone un *bis in idem*: que una persona esté facultada para desarrollar una determinada actividad por dos normas al tiempo en nada atenta contra los principios del ordenamiento. Pero incorrecta, por otra parte y principalmente, porque aplica la regla al revés: en la calificación de acciones que parecen delictivas lo que se hace es determinar claramente los hechos y buscar su encuadre en la norma que más adecuadamente los recoja; sólo cuando varias normas pueden hacerlo se acude a los criterios que proporciona el art. 8 CP para el concurso de normas. Lo mismo debería hacerse, suponiendo -y ya he dicho que no creo que sea así- que estas normas sean aplicables al concurso de causas de justificación: concretar primero los hechos y plantear el posible concurso sólo entre las causas que efectivamente concurren, de manera que nunca puede resultar de aplicación preferente una causa que no concorra efectivamente frente

---

<sup>12</sup> Que postulan v.gr., con distintos matices Cerezo Mir, J., "La exigencia de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (ADPCP 1987), págs. 282 s.; Cuerdo Riezu, A., "Sobre el concurso entre causas de justificación" (D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en DP* (1995)), págs. 553 ss.; y Portilla Contreras, G., "El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber" (*Rev. de la Fac. Dº de la U. de Granada* 1987), págs. 169-179.

a otra que sí lo haga.<sup>14</sup> Proceder de otro modo lleva a resultados absurdos, como resulta evidente si se intenta un razonamiento semejante con la calificación típica: decir que lo que no ha podido ser justificado como legítima defensa por faltar la conciencia de la agresión ilegítima no puede ya calificarse como estado de necesidad es lo mismo que plantear que no puede castigarse un homicidio porque el ministerio fiscal acusó primero por asesinato y no ha podido probar la alevosía. Ninguna causa de justificación no concurrente puede desplazar a otra que concurra.

Finalmente, y en coherencia con lo afirmado, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición.<sup>15</sup> Si la antijuridicidad, he afirmado, no es negación de la tipicidad sino contraste del hecho típico con el ordenamiento unitariamente considerado, errar sobre la concurrencia de una causa de justificación supone errar no sobre la tipicidad de la conducta sino sobre el carácter antijurídico del hecho. Y el tratamiento que al error de prohibición corresponde es el prescrito en art. 14.3 del CP.

### *1.A.II.- El ejercicio del derecho y la justificación penal.*

La justificación, como negación de la antijuridicidad, es afirmación de la conformidad a Derecho. Así, lo justificado es conforme a Derecho, y lo conforme

---

<sup>13</sup> Así v.gr., para algunas causas de justificación, acudiendo ora al criterio de especialidad, ora al de subsidiariedad, **Luzón Peña, D.-M.**, *Curso de Derecho penal PG I* (1996), pág. 581.

<sup>14</sup> De hecho, algunas construcciones que alegan eficacia oclusiva de las justificantes específicas en realidad lo que afirman es que cuando las causas en cuestión tienen relación piramidal de género a especie negar la específica es negar también la genérica. Así v.gr. **Molina Fernández**, págs. 233 ss., por 'congruencia ascendente' (los diferentes casos concretan el alcance de la norma general); si falta esa relación piramidal, por el contrario, y acertadamente a mi juicio, niega todo efecto oclusivo, permite justificar por cualquier vía e incluso plantea la acumulación de eximentes incompletas (págs. 232 s.).

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, **Bacigalupo Zapater, E.**, "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición" (M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Comentarios a la legislación penal t. V.I*, 1985), págs. 79 s.; **Muñoz Conde y García Arán**, pág. 359; y **Quintero Olivares, DP**, pág. 467; en contra, ven error de tipo **Mir Puig, PG**, pág. 423; y **Serrano Butragueño**, "Art. 20", págs. 293 y 304. Para un análisis de las diferentes opciones, **Joshi Jubert, U.**, "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del TS" (*ADPCP* 1987, págs. 697-720).



a Derecho está justificado; esto es, está justificado quien tiene *derecho* a actuar de una determinada manera y viceversa. Afirmar que una conducta está justificada y decir que se tiene derecho a realizarla es lo mismo. Naturalmente, me estoy refiriendo al ‘derecho’ en el sentido más amplio del término: actúa justificadamente quien cumple un deber, actúa una potestad, está facultado por un permiso, ejerce una libertad, ejerce legítimamente un derecho subjetivo<sup>16</sup>... Cualquiera cuyo actuar resulte facultado -o impuesto- por el ordenamiento.

La consecuencia que de esto se sigue en el estudio de las causas de justificación es doble: por una parte, todas las causas de justificación son supuestos específicos de situaciones en que se atribuye a la persona un derecho a actuar incluso integrando el tipo de una infracción penal; por otra parte, el ‘ejercicio legítimo de un derecho’ es, más que una concreta causa de justificación, el marco conceptual en que encuadrar la justificación y la remisión al ordenamiento entero para completar el sistema. Si se quiere, el ejercicio de un derecho es *la* causa de justificación, de la que toda situación justificante es sólo un caso particular (vid. infra 1.A.III).<sup>17</sup> Lo que no contradice la afirmación de que el fundamento de la justificación es la estimación de un interés preponderante: el interés preponderante es la *ratio* del otorgamiento del derecho cuyo ejercicio tiene eficacia justificante sobre la realización del tipo penal; el derecho ejercido es la tutela jurídica del interés estimado preponderante por el ordenamiento.

El problema de la falta de elementos objetivos o subjetivos en una causa de justificación puede abordarse, en mi opinión, desde esta perspectiva:<sup>18</sup> si la

---

<sup>16</sup> Para una distinción de las diferentes figuras referidas, vid. infra 1.B.I.b.1.

<sup>17</sup> En esta línea, Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 471. Contra, centra el sistema de la justificación en el estado de necesidad, proponiendo la eliminación de la eximente que aquí se plantea como nuclear, Pérez Alonso, E.J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente” (CPC 1995, págs. 623-650).

<sup>18</sup> Ensayo una aproximación crítica a las consecuencias en diferentes sistemáticas de la ausencia de elementos subjetivos de la justificación Méndez Rodríguez, C., “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación” (LH-Barbero Santos I (2001), págs. 1179-1206).

causa de justificación es en definitiva reconducible a un derecho, la solución a adoptar ante ausencia de elementos objetivos o subjetivos es la que corresponda a la calificación jurídica de ese derecho en supuestos de ausencia de dichos elementos. Es decir, para entender una conducta justificada por una determinada causa de justificación, será necesaria la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que tenga como presupuesto el derecho a que responde. En cada uno de los derechos que dan lugar a la justificación son distintos los elementos objetivos y subjetivos requeridos; para justificar el hecho, han de concurrir todos los necesarios para la efectiva apreciación del ejercicio del derecho en cuestión, pero no más que éstos. Cuando efectivamente falten elementos (objetivos o subjetivos) necesarios para apreciar la existencia de un derecho, la consecuencia no puede ser sino la desestimación de dicha causa de justificación; sin perjuicio, claro está, de poder acudir a otra cuyos requisitos objetivos o subjetivos sí se vean integrados en el supuesto estudiado y pueda ser apreciada.

De no ser así, y sólo -insisto- si no cabe justificar la conducta por ninguna vía, cuando falten los requisitos objetivos pero concurren en el sujeto los elementos subjetivos (v.gr. A actúa convencido de hacerlo en legítima defensa y ocasiona un mal mayor que el que trata de evitar, pero está respondiendo a una agresión que no puede ser calificada de ilegítima) procederá en su caso la aplicación de las reglas del error de prohibición (art. 14.3 del CP): la conducta no está justificada pero puede resultar impune o atenuada en sus consecuencias jurídicas en sede de reprochabilidad.

Por demás, creo cuestionable que frente a todo comportamiento justificado exista un deber de tolerancia y no quepa actuar justificadamente contra el mismo,<sup>19</sup> aunque ciertamente la regla general es que así sea. Suele suceder, pero no es necesario: la justificación de una conducta convierte su actuación en un

---

<sup>19</sup> Así, v.gr., **Rodríguez Mourullo, G.**, "Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad" (*LH-Antón Oneca* (1982)), pág. 521.

‘derecho’ en sentido amplio, pero no siempre en un derecho subjetivo o un deber jurídico con correlativo deber de tolerancia por terceros (vid. infra 1.B.I.b).<sup>20</sup>

Y, finalmente, la justificación de una conducta no supone que ésta carezca de consecuencias jurídicas. Que uno tenga derecho a actuar de determinada manera no supone que no puedan -y con frecuencia deban- imputársele los costes de ello. Ejemplo claro (pero no exclusivo; aunque el CP no la prevea puede derivarse responsabilidad de otras conductas justificadas, responsabilidad que será exigible por la vía civil o administrativa) es la responsabilidad civil prevista para el estado de necesidad (art. 118.1 del CP), que a mi juicio sí juega cuando estemos ante un estado de necesidad justificante; solo que, en este caso, no se trata de una responsabilidad *ex delicto* sino de una carga del derecho otorgado por el art. 20.5 del CP. El fundamento de la consecuencia jurídica no es la existencia de un ilícito, pero sí hay consecuencias del actuar justificado.<sup>21</sup>

### ***1.A.III.- El sistema de la justificación en el CP.***

Si la justificación responde a la existencia de un interés valorado por el ordenamiento como preponderante y tutelado en consecuencia con el otorgamiento de un derecho, el principio de no contradicción exige que este derecho prevalezca sobre la prohibición penal de la conducta. Esto es, o el derecho no existe -no tiene ese alcance-, o prevalece sobre la norma que lo prohíbe.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Valgan como ejemplos los propuestos por Carrió, G.R., “Nota preliminar” a W.N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales* (1991), pág. 16, sobre el púgil en el cuadrilátero; y FLETCHER y DOLINKO sobre detención de quien se evade en estado de necesidad justificante (que cita Larrauri, E., “Causas de justificación: criterios de identificación” (W. HASSEMER y E. LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el DP* (1997)), págs. 115 s.).

<sup>21</sup> En este sentido, Larrauri, pág. 62; en la misma línea Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 459, dando como ejemplo la indemnización por expropiación forzosa; Mir Puig, *PG*, pág. 426; y Rodríguez Mourullo, “Consideraciones...”, pág. 522.

<sup>22</sup> No puede otorgarse un derecho que no pueda ser ejercido; en esta línea, Caraccioli, I., *L'esercizio del diritto* (1965), pág. 41.

Pues bien, los códigos penales, cuyas normas suponen procripciones, pueden recoger explícitamente el principio o no hacerlo; pero en ambos casos jugará igualmente. La diferencia es de estricto respeto formal al principio de legalidad penal y, en su caso, al especial rango normativo de la ley penal; la cláusula no es superflua, pero si no existiera los principios generales del derecho nos llevarían a resultados idénticos. Los dos códigos penales más paradigmáticos de nuestro entorno, el *Strafgesetzbuch* alemán y el *Codice penale* italiano, acogen, cada uno de ellos, una de las opciones esbozadas:<sup>23</sup>

El StGB recoge, en el cuarto título de la sección segunda de su parte general (§§ 32-35), la regulación de la legítima defensa y el estado de necesidad; pero carece en su texto de una cláusula general de justificación. De ahí que la doctrina alemana se haya esforzado en completar el deficiente elenco recurriendo al código civil, a construcciones dogmáticas o a la generalización de figuras de la parte especial (§ 193 StGB<sup>24</sup>) hasta alcanzar la justificación de las conductas que, de acuerdo con la valoración que efectúa el ordenamiento, los sujetos tienen derecho a desarrollar. El sistema se configura, naturalmente, afirmando un *numerus apertus* en las causas de justificación, que pueden buscarse en todo el ordenamiento como conjunto unitario, sin problema para aceptar causas extralegales.<sup>25</sup>

Por el contrario el CPI, que recoge también la legítima defensa y el estado de necesidad en sus arts. 52 y 54, contiene en su art. 51 una cláusula general que dispone la exclusión de la punibilidad en casos de ejercicio de un derecho o

---

<sup>23</sup> Para un comentario comparado de ambos sistemas, **Mestre Delgado**, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal* (2001), págs. 112-127.

<sup>24</sup> Vid., crítico, **Carbonell Mateu**, *La justificación penal*, págs. 120-124.

<sup>25</sup> Para una aproximación al sistema alemán de justificación penal, vid. **Eser, A./Gimbernat, E./Perron, W.** (eds.), *Justificación y exculpación en DP: coloquio hispano-alemán de DP* (1995); **Jakobs, G.**, *Derecho penal PG* (2ª ed., 1997), págs. 417-564; **Jescheck, H.-H./Weigend, T.**, *Lehrbuch des Strafrechts AT* (5ª ed., 1996), págs. 321-404; y **Roxin, C.**, *Strafrecht AT I* (3ª ed., 1997), págs. 498-720. En sede de rapd, vid. infra 3.A.pr.

cumplimiento de un deber.<sup>26</sup> Se trata de una norma ‘de conexión’ y ‘de cierre’ del ordenamiento penal;<sup>27</sup> el sistema de la justificación no necesita acudir ya a causas extralegales, o mejor, cuando acuda a ellas lo hará cubriéndolas con el marco de legalidad que supone el art. 51.<sup>28</sup>

En nuestro Derecho, el CP español dispone de esa cláusula general en el art. 20.7; y, existiendo ésta, el sistema de la justificación en Derecho penal español se configura como *numerus clausus*. Lo cual, una vez más, carece de relevancia de fondo: la norma ‘de cierre’ es al tiempo norma ‘de conexión’, de apertura: ningún supuesto en que la existencia de un interés preponderante, estimado como tal por el ordenamiento, compense o supere el desvalor integrado con la realización del tipo, dejará de estimarse justificado.<sup>29</sup> Sencillamente, en estos casos será necesario reconducir la alegación al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.<sup>30</sup>

La justificación penal en Derecho español ha de ampararse pues, bien en la séptima previsión del art. 20 CP, bien en las causas recogidas en los números 4º y 5º del mismo (que no son, en mi opinión, sino supuestos concretos de ejercicio de un derecho,<sup>31</sup> sobre las razones de cuya específica recogida en el código argumentaré infra, 1.A.III.c). Y, sin embargo, importantes sectores doctrinales, notablemente influidos por la doctrina alemana, elaboran nutridos elencos de

---

<sup>26</sup> Dice así: “Art. 51.- *L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. [...]*”

<sup>27</sup> Caraccioli, *L’esercizio...*, pág. 182.

<sup>28</sup> Sobre el sistema de la justificación en el CPI, vid. Antolisei, F., *Manuale di Diritto penale PG* (14ª ed., 1997), págs. 266-313; Caraccioli, op. cit.; Del Corso, S., “Arts. 51-53” (T. PADOVANI (ed.), *Codice penale* (1997)); Fiandaca, G., Y Musco, E., *Diritto penale PG* (3ª ed., 1995), págs. 219-266; Fiore, C., *Diritto penale PG I* (1993), págs. 295-360; Padovani, T., *Diritto penale* (4ª ed., 1998), págs. 181-224.

<sup>29</sup> A este respecto, y respecto de las fuentes de derechos alegables, vid. infra 1.A.III.c.

<sup>30</sup> En esta línea, respecto de la alegación de derechos fundamentales y derechos derivados del ordenamiento europeo o de convenios internacionales, contra la práctica jurisprudencial de estimación directa como causas supraleales de justificación, Mestre Delgado, *La eximente...*, passim y esp. págs. 217-220.

<sup>31</sup> Contra, respecto al Derecho italiano, Caraccioli, *L’esercizio...*, págs. 97 s.

causas de justificación extralegales.<sup>32</sup> Pues bien, a mi juicio, esas supuestas causas de justificación, o no son verdaderas causas de justificación, o son cumplimiento de deberes o ejercicio legítimo de derechos, oficios o cargos.

Así, el *error* del sujeto puede dar lugar a que no se reproche la conducta, e incluso (en función del juego sistemático que se dé al dolo) a la atipicidad del hecho; pero no creo que se le deba dar entrada en sede de antijuridicidad, so pena de confundir el juicio axiológico de conformidad del hecho con el ordenamiento con el juicio de imputación subjetiva. Si lo que se quiere decir es que cuando, *ex ante*, las circunstancias presentan indicios que aconsejan actuar de una determinada manera y el sujeto lo hace, luego no puede estimarse antijurídico su actuar si *ex post* no se confirman esos indicios, estoy de acuerdo; pero ese no es un problema de error sino de concurrencia objetiva de circunstancias ante las que determinada actuación resulta justificada. Y el *miedo insuperable*, a mi juicio, es causa de inexigibilidad de una conducta distinta pero no de justificación: el ordenamiento no valora positivamente lo realizado bajo sus efectos. Una cosa es que el sujeto no pueda ajustar su acción al imperativo de la norma, y otra distinta que éste no exista o no le esté destinado.

Por otra parte, la *adecuación social*, el *riesgo permitido* y el *caso fortuito* pueden excluir la tipicidad de la conducta,<sup>33</sup> o (por inexistencia del deber de cuidado, que no se infringirá) la imputación subjetiva; pero sólo son atendibles en sede de justificación en cuanto puedan integrar un derecho a actuar de forma socialmente adecuada o sin rebasar los límites del riesgo permitido. Y el *consentimiento* del titular de bienes jurídicos disponibles, cuando no se haya previsto como causa de exclusión de la tipicidad, sólo tendrá eficacia justificante en cuanto pueda reconducirse a las previsiones del art. 20.7º CP:<sup>34</sup> no justifica el

---

<sup>32</sup> V.gr. Luzón Peña, *PG*, págs. 574 ss.; como advierte Serrano Butragueño, “Art. 20”, págs. 264 s., los tribunales españoles por el contrario acuden al sistema de *numerus clausus*.

<sup>33</sup> Así, para el riesgo permitido, Muñoz Conde y García Arán, págs. 337 s.; y para la adecuación social, Mir Puig, *PG*, págs. 530-533.

<sup>34</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 452.

consentimiento, sino la tutela otorgada por el ordenamiento -en forma de derecho- ante la situación originada por el conflicto de intereses entre el bien jurídico penalmente tutelado y la voluntad de su titular.

Finalmente, el llamado *estado de necesidad defensivo*,<sup>35</sup> construido como correctivo de interpretaciones excesivamente rigoristas de la ponderación de bienes que impiden acudir al estado de necesidad, carece en mi opinión de autonomía. Lo que se quiere cubrir con él, o es un verdadero estado de necesidad (y creo que puede serlo: la ponderación de bienes no puede exigir al sujeto precisión de perito), o es legítima defensa, o no estará justificado salvo que haya un derecho a actuar así... caso en que volvemos al art. 20.7º CP. La *obediencia debida* sólo justifica, en la actual redacción del CP, cuando es cumplimiento de un deber; y no cabe pretender en esta sede una relajación de los requisitos de la eximente. La *colisión de deberes* se resuelve generalmente en la prevalencia de uno de éstos,<sup>36</sup> y actuar conforme al mismo es de nuevo un supuesto de cumplimiento de un deber. Y los *mandatos antijurídicos obligatorios*, o no son antijurídicos, o no son obligatorios.<sup>37</sup> Cuestión distinta es que la apariencia de legitimidad de un mandato antijurídico pueda amparar a quien obedece tras el oportuno examen de conformidad a deber en la justificación por cumplimiento de un deber; y la posibilidad de acudir a la atenuación por error cuando ese examen no se haya realizado.

---

<sup>35</sup> Que presenta como 'causa de justificación supralegal por analogía' Luzón Peña, D.-M., "Legítima defensa y estado de necesidad defensivo" (M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Comentarios a la legislación penal t. V.I*, 1985), págs. 269 s.

<sup>36</sup> Suponiendo que no fuera posible afirmar la prevalencia de uno, cualquiera de los dos justifica el incumplimiento del otro para cumplir éste (así Cerezo Mir, "La eximente...", pág. 275); pero eso cabe dentro del marco del art. 20.7 CP, no requiere una causa extralegal de justificación.

<sup>37</sup> Así, Carbonell Mateu, J.C., "Art. 20.7º" (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995* (1995)), pág. 188; y Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio" (*CDJ* 1996), pág. 352.

En suma, causas de justificación son en Derecho penal español la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

#### ***1.A.III.a.- La legítima defensa.***

El art. 20.4º CP es, a mi juicio, una cláusula habilitante que da derecho a integrar un tipo penal cuando concurren una agresión ilegítima que no haya sido ‘suficientemente’ provocada, una actuación en defensa, y la necesidad racional del medio empleado.<sup>38</sup>

La agresión ilegítima ha de ser un ataque típico, con relevancia penal,<sup>39</sup> en el caso de defensa de bienes el código lo requiere expresamente,<sup>40</sup> y creo que el mismo criterio debe aplicarse a otras agresiones. No tendría sentido entender que se justifica responder con una conducta típica a una agresión extrapenal sin exigir una cuidadosa ponderación del daño ocasionado con la defensa, en términos más estrictos de los planteados en esta sede: la generosa habilitación que la legítima defensa supone sólo tiene sentido en respuesta a agresiones contrarias a la norma penal.<sup>41</sup> Agresiones, por demás, que no hayan sido provocadas por el defensor; porque de omitirse este requisito el sujeto podría prevalerse de la norma habilitante, generando situaciones insostenibles hasta provocar agresiones que le permitieran responder con acciones típicas impunes. La provocación, eso sí, ha de ser ‘suficiente’, porque no se puede negar que actúa justificadamente quien se defiende de reacciones irrazonablemente exageradas a provocaciones nimias.

---

<sup>38</sup> Empleo aquí el término ‘derecho’ en sentido amplio, en los términos en que lo definiré infra, B.I.b.1; sobre la imposibilidad de concebir la legítima defensa como ‘derecho subjetivo’, ‘derecho natural’ o ‘deber’, **Luzón Peña, D.-M.**, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (1978), págs. 93-105.

<sup>39</sup> Típico y antijurídico, aunque no necesariamente doloso ni subjetivamente imputable; vid., negando sin embargo que haya de ser ilícito penal, **Del Rosal Blasco, B.**, “Art. 20.4º” (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995* (1995)), pág. 136.

<sup>40</sup> Como también en el de defensa de morada; cfr. 20.4º.1º CP y 202 CP.

<sup>41</sup> Así **Carbonell Mateu**, “El sistema...”, pág. 134; y **Quintero Olivares**, *DP*, pág. 497. En contra, no requieren infracción penal para legítima defensa de bienes jurídicos personales **Mir Puig**, *PG*, pág. 435; y **Serrano Butragueño**, “Art. 20”, págs. 292 s.



Una cosa es evitar el prevalimiento de la legítima defensa y otra muy distinta negar la posibilidad de la justificación desde planteamientos versaristas.

En cuanto a la actuación en defensa, lo que se pide no es un *animus defendendi* exclusivo y excluyente, pero sí que concurra éste: el sujeto ha de actuar en defensa, ha de tener conocimiento de la agresión y querer evitarla o repelerla. La concurrencia de otros elementos subjetivos (v.gr. deseo de venganza) no obsta para la estimación de la legítima defensa, en tanto el sujeto pretenda al tiempo defenderse y no exceda los límites objetivos de la actuación en defensa, que el código cifra en la ‘necesidad racional’ del medio empleado.

Cuando se actúa en legítima defensa se está facultado para hacer cuanto sea necesario al efecto, aun cuando con ello se lesionen bienes que en principio tienen más importancia que el que se pretende tutelar (v.gr. quitar la vida a quien pretende lesionar) o se lesionen más gravemente (v.gr. amputar miembro principal para defenderse de lesiones en miembro no principal), con el requisito de que exista una ‘necesidad racional’ de hacerlo. Y esa ‘racionalidad’ impone un límite axiológico a la necesidad lógica (que es, a su vez, requisito previo e imprescindible): no cabe todo lo que sea necesario para repeler la agresión, sino cuanto sea ‘racionalmente necesario’.<sup>42</sup> A mi juicio es aquí donde la ponderación de intereses entra en la legítima defensa, no para exigir que no se lesione un interés mayor (como sucede en el estado de necesidad), sino para impedir que se lesionen intereses exageradamente más importantes para tutelar otros menores.<sup>43</sup>

La afirmación de la vigencia del ordenamiento no es el fundamento único de la legítima defensa, que podría entonces configurarse sin referencias limitativas: es sólo un elemento más a incluir en la ponderación de intereses.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> En valoración objetiva *ex ante*; vid. Del Rosal Blasco, pág. 138, con cita de jurisprudencia.

<sup>43</sup> Como por demás reconocen incluso quienes la niegan formalmente; v.gr. Quintero Olivares, *DP*, págs. 494 s. Contra, limitando la ‘racionalidad’ a elección del medio menos dañoso entre los necesarios, para el mismo inciso en derecho argentino, Rusconi, M.A., *La justificación en el DP: algunos problemas actuales* (1996), págs. 48 s.

<sup>44</sup> Las teorías del doble fundamento de la legítima defensa (vid. v.gr. Luzón Peña, D.-M., “El doble fundamento de la legítima defensa” (*CPC* 1977, págs. 101-149), y *Aspectos...*, págs. 58-

Elemento que explica por qué es posible lesionar un bien más importante que el que se pretende tutelar, pero que marca al tiempo los límites de esa defensa: no se puede ocasionar más daño del que supone el que puede causar la agresión a la víctima y a la efectiva vigencia del ordenamiento.<sup>45</sup>

### *1.A.III.b.- El estado de necesidad.*

En el art. 20.5° CP la doctrina dominante distingue una causa de justificación (estado de necesidad de bienes desiguales) y una causa de inexigibilidad (estado de necesidad de bienes iguales);<sup>46</sup> por el contrario otros prefieren ver siempre una causa de justificación.<sup>47</sup> Creo que el principio de ponderación de intereses, en cuanto fundamento de la justificación, puede ayudar a resolver la cuestión.

Preciso es, para ello, fijar los términos de la comparación, que no es de bienes sino de intereses (porque no puede resolverse sólo en función de la importancia de los bienes jurídicos afectados, sino que importa el grado y circunstancias de esa afectación<sup>48</sup>), y en la que ha de tenerse siempre en cuenta la previa distribución de bienes jurídicos efectuada por el ordenamiento. Cuando la acción típica pueda evitar más males de los que produce<sup>49</sup> debe ser valorada positivamente por el ordenamiento, y estará justificada. Por el contrario, si va a producir mayores males de los que evitará está proscrita por la norma penal. Y si

---

85) no hacen a mi juicio sino descomponer los elementos de esa ponderación que por fuerza ha de ser, finalmente, global. En esta línea, **Molina Fernández**, pág. 217. Sobre las distintas fundamentaciones apuntadas para la legítima defensa, **Luzón Peña**, *Aspectos...*, págs. 17-92.

<sup>45</sup> Respecto de proporcionalidad y ponderación de bienes, intereses y valores, puede verse un análisis detallado en **Iglesias Río, M.A.**, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: consideración especial a las restricciones ético-sociales* (1999), págs. 310-343.

<sup>46</sup> Con notable influencia del Derecho alemán; vid. §§ 34 y 35 del StGB.

<sup>47</sup> Para una sistematización de posiciones doctrinales, **Serrano Butragueño**, "Art. 20", págs. 297 ss. Para un estudio de los antecedentes legales y doctrinales, crítico con la solución de inexigibilidad, **Roldán Barbero, H.**, "Estado de necesidad y colisión de intereses" (*CPC* 1983, págs. 469-551).

<sup>48</sup> En esta línea, **Quintero Olivares, DP**, págs. 523 s.; vid. asimismo **Roldán Barbero**, págs. 514 ss. Para la distinción entre bien, valor e interés, vid. **Von Jhering, R.**, *Geist des römischen Rechts* (10ª ed., 1993), § 60 (vol. III, pág. 341).

<sup>49</sup> En consideración objetiva *ex ante*, para **Cuerda Arnau, M.L.**, "Art. 20.5°" (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995* (1995)), págs. 147 ss.

evita tantos como produce ha de tenerse en cuenta todavía que la previa distribución de bienes imputa a cada titular la pérdida que le corresponde; en caso de alterarse esta imputación de riesgos no puede justificarse la causación de un mal igual que el que se pretende evitar... aunque puede no ser penalmente exigible soportarla, caso en que será causa de inexigibilidad. El estado de necesidad justificante otorga derecho a obrar en consecuencia; el estado de necesidad excusante sólo hace inexigible obrar de manera diferente.

En todo caso la norma requiere, para afirmar ese derecho a integrar justificadamente un tipo penal, que el sujeto actúe *para* evitar un mal propio o ajeno. Esto exige que conozca la situación de necesidad y que desee evitarla con su acción; pero no se plantea con carácter exclusivo: la concurrencia de otros elementos subjetivos no obsta para la estimación del estado de necesidad, en tanto concurren sus requisitos y no se excedan sus límites. Límites que la norma marca en que no se cause un mal mayor del que se trate de evitar: si el mal que se provoca a tal fin, considerado *ex ante*, podía evitar un mal mayor (y la probabilidad de conseguirlo debe entrar también en la ponderación de intereses para conceder o no ese derecho), la conducta estará justificada. Y esto, aun cuando *ex post* no se confirme la evitación del mal mayor, porque faltará el desvalor de acción. Por el contrario, cuando *ex ante* falten requisitos objetivos o subjetivos de la eximente, no cabrá estimar estado de necesidad aun cuando después se resuelva la acción en la evitación de más males de los que provoca; aunque sí en su caso recurrir a la eximente de ejercicio de un derecho, cuando pueda argumentarse la existencia de un derecho a producir ese resultado valioso.

Por demás, la norma exige que no se haya provocado intencionadamente la situación de necesidad, para evitar que un sujeto consiga voluntariamente ponerse en situación de integrar impunemente un tipo penal. E impone además que la condición de quien alega ese estado de necesidad no le obligue a soportarlo. No se trata de una excepción al principio de ponderación de intereses, sino de una

concreción del mismo<sup>50</sup>, que ha de tomarse con suma cautela: el ordenamiento estima interés preferente que se arrosten estas consecuencias cuando así lo impone el oficio o cargo, pero no lo hará cuando de arrostrarlas no pueda seguirse ningún beneficio. Y si se trata de deberes no vinculados al oficio o cargo, serán tenidos en cuenta en la ponderación impuesta por el primer requisito del art. 20.5° CP.

***1.A.III.c.- El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.***

El art. 20.7° CP dispone la exención de responsabilidad criminal para quien ‘obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo’. Esta eximente juega, he afirmado (vid. supra 1.A.II), el papel de ‘cláusula general de justificación’;<sup>51</sup> y para ello y por ello se trata de una remisión al ordenamiento en su conjunto, como todo unitario.

Fuentes de la justificación son, en consecuencia, las fuentes del Derecho; todas las que pueden generar normas válidas en el ordenamiento: Constitución,

---

<sup>50</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 529.

<sup>51</sup> Lo cual debe ciertamente obligar a superar el proceso histórico y práctico de descrédito de la misma de que con razón protesta Mestre Delgado, *La eximente...*, págs. 145 s.; para una sistematización de posiciones doctrinales al respecto, ibidem, págs. 31 ss.

La propuesta de Molina Fernández, *passim*, para quien ‘el art. 20.7° no es una causa de justificación, sino una regla de construcción del sistema de causas justificantes’ (pág. 226), y sólo el estado de necesidad estaría en condiciones de cumplir las funciones que asigna a una cláusula general de justificación (vid. págs. 222 s.), concebida esta última como un sistema piramidal cuya cúspide es un principio básico que expresa la esencia de la justificación penal (pág. 200), merece alguna precisión. Que el ejercicio legítimo de un derecho articula el sistema de la justificación e integra en él disposiciones permisivas dispersas en el ordenamiento (pág. 226) es precisamente lo que aquí afirmo; que el estado de necesidad es la causa de justificación en que más evidente resulta en una primera aproximación el principio de ponderación de intereses es algo que no discuto; pero de ahí a afirmar que el segundo es la cláusula general de justificación y el primero una regla formal media una distancia que no creo prudente recorrer. Por una parte, porque si el n° 5° del art. 20 insiste en la ponderación, el n° 7° carga tintas en que esa ponderación ha de hacerla el ordenamiento, lo que resulta tan esencial como lo anterior y de hecho da contenido a esa ponderación; por otra y principalmente, porque no todo derecho responde a situaciones de absoluta necesidad, y con frecuencia se orientan los derechos a conseguir bienes antes que a evitar males, de forma que no creo aceptable que todo supuesto de ejercicio de derechos sea un caso concreto de estado de necesidad. Afirmar lo contrario, que el estado de necesidad es una situación en que el ordenamiento otorga derecho a actuar de forma

ley, costumbre y principios generales del Derecho. Quienes lo cuestionan se apoyan para ello en el principio de legalidad y en la jerarquía normativa; pero ambos criterios son contestables. El especial rigor del principio de legalidad en materia penal juega sólo para las normas prohibitivas y restrictivas, y no para las habilitadoras; y aun cuando se quisiera hacer valer, la cláusula del art. 20.7º CP (que es, ciertamente, una ley en blanco, pero ello no suscita mayores problemas) salva formalmente el escollo. Y el problema de jerarquía normativa se plantea respecto de las normas para estimar o no su validez, y es un prius a la afirmación de la existencia del derecho a actuar conforme a ellas: si éste puede afirmarse tendrá, en virtud del principio de no contradicción, eficacia justificante con independencia de que surja de leyes, reglamentos, costumbres o principios generales del Derecho.

La previsión expresa en el CP de la legítima defensa y del estado de necesidad no obsta para la consideración del ejercicio del derecho como cláusula general de justificación; antes al contrario. Precisamente porque no estaban fuera del CP, porque la legítima defensa no estaba autorizada con tal amplitud por normas extrapenales y el estado de necesidad podía ver cuestionada su eficacia justificante por el principio de previa distribución de bienes jurídicos, se ha estimado conveniente incluirlos expresamente en el código. El apartado 7º del art. 20 CP remite al ordenamiento entero, y los números 4º y 5º recogen dos supuestos que dudosamente iban a entrar por esa puerta y los constituyen en derecho.<sup>52</sup> Ciertamente el esquema que esbozo no se corresponde con la

---

penalmente típica, me parece por el contrario viable; es la opción que sigo en el texto (vid. asimismo supra, A.II).

<sup>52</sup> No puedo, sin embargo, compartir la idea de **Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S.**, *Derecho penal PG: teoría jurídica del delito* (2ª ed., 1986), pág. 250, cuando entienden que el ejercicio legítimo de un derecho tiene carácter subsidiario respecto de otras causas de justificación más específicas (legítima defensa y estado de necesidad): los concretos derechos alegados pueden resultar más específicos que las previsiones de los números 4º y 5º del art. 20 del CP; y en todo caso el concurso entre normas habilitantes no se ha de resolver desplazando la aplicación de ninguna, sino acumulando sus efectos favorables (téngase en cuenta que en estos casos aplicar antes estado de necesidad que ejercicio de un derecho puede invertir la carga de la responsabilidad civil derivada del hecho típico).

evolución histórica de la recogida de estas causas de justificación en los textos penales;<sup>53</sup> pero la expresa referencia legal no es imprescindible (vid. supra 1.A.III.pr.), y la eficacia justificante del ejercicio del derecho es en todo caso un *prius* lógico a la justificación por ejercicio de un derecho, sea cual sea.

Por demás, se ha señalado que conceptualizar el art. 20.7º del CP como cláusula general de justificación permite y obliga a reconducir a ella todos los supuestos en que un interés preponderante exija justificar la conducta. Y ello no me parece más problemático, aunque no por eficacia directa del art. 20.7º, sino como consecuencia de la remisión de éste a los principios generales del ordenamiento. No es necesario un esfuerzo de abstracción, basta acudir al art. 1º de la CE: el principio general de libertad impide estimar antijurídica la actuación que no produzca efectos contrarios a la ponderación y tutela de bienes, valores e intereses que efectúa el ordenamiento.

En cuanto al alcance de la eximente del art. 20.7º CP, el texto legal recoge cuatro figuras (deber, derecho, oficio y cargo) que dan lugar a situaciones en que el sujeto tiene un ‘derecho’ en sentido amplio, esto es, una facultad de actuación amparada por el ordenamiento.<sup>54</sup> La diferencia entre ellas es, a mi juicio, que en los casos de *deber* la facultad otorgada responde a la imposición de una obligación de actuar de ese modo;<sup>55</sup> y en los de *oficio y cargo*, que por demás no creo que se circunscriban a los funcionariales,<sup>56</sup> se trata de potestades, facultades de actuación pautada para el cumplimiento de un deber en interés ajeno. El *derecho* del art. 20.7º recoge todos los supuestos de situaciones de derecho en sentido amplio que no sean reductibles a deberes, oficios o cargos.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Sobre este extremo vid. Mestre Delgado, *La eximente...*, págs. 23-31.

<sup>54</sup> No ha faltado quien entendiera que bastaba la referencia al ‘derecho’; vid. Antón Oneca, J., *DP* (2ª ed., 1986), págs. 281 s. Contra, Cerezo Mir, “La eximente...”, n. 3.

<sup>55</sup> Imposición jurídica, no deber moral; por todos, Cerezo Mir, “La eximente...”, pág. 273.

<sup>56</sup> Contra, Carbonell Mateu, “Art. 20.7º”, pág. 190.

<sup>57</sup> Sobre este extremo, contra el que se pronuncia v.gr. Mestre Delgado, *La eximente...*, págs 177 ss. y 217 s., volveré infra, B.I.b.2. En todo caso, verificada la concurrencia de una facultad de actuación legítima el recurso a una u otra figura carece de trascendencia práctica en Derecho

Los problemas de necesidad o no de elementos subjetivos (conocimiento y voluntad de ejercer un derecho) y de posibilidad de ejercicio por terceros que no sean el titular del derecho se resuelven, dada la naturaleza de cláusula de remisión afirmada, también por remisión. Cuando el concreto derecho alegado exija para su existencia conocimiento y voluntad de ejercerlo, y sólo en la medida en que dicho derecho los exija,<sup>58</sup> serán necesarios para acogerse a la cláusula del art. 20.7º del CP.<sup>59</sup> Y en la medida en que un derecho admita o no representación en su ejercicio, podrá o no quien lo alega en nombre ajeno beneficiarse de su eficacia justificante.<sup>60</sup> Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad, ante la falta de elementos de un derecho, de encuadrar la conducta en otro derecho cuyos requisitos objetivos y subjetivos sí concurren.

Lo que será en todo caso necesario es que el ejercicio del derecho se desarrolle de forma legítima y dentro de sus límites; porque, en otro caso, no es ya ejercicio de un derecho sino alegación de un derecho para actuar contra Derecho. En estos casos, la voluntad de realizar un derecho puede minorar el contenido de injusto, pero no alcanza a justificar la conducta.

### **1.B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.**

La tipificación penal de la realización arbitraria del propio derecho, a la luz de la función del ejercicio del derecho en el sistema de la justificación penal, puede suscitar *prima facie* cierta perplejidad. Se ha afirmado que se trata de un delito artificioso,<sup>61</sup> que 'tiene en sí mismo algo de contradictorio en los propios

---

español, como señala Perron, W., *Rechtsfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht* (1988), pág. 194.

<sup>58</sup> Lo que, por demás, usualmente no sucede ni tiene por qué suceder; vid. Mestre Delgado, *La eximente...*, págs. 203 s.

<sup>59</sup> Así Caraccioli, *L'esercizio...*, págs. 137-142, 151ss. y 174 s.

<sup>60</sup> Así Caraccioli, *L'esercizio...*, págs. 142-146.

<sup>61</sup> Stoppato, A., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1896), págs. 9 y 47 ss.

términos, y algo de anómalo en el mundo de los crímenes'.<sup>62</sup> Y, sin embargo, no es así; precisamente, porque no es el ejercicio del derecho lo que se castiga.

Es preciso, pues, efectuar un deslinde claro entre ambos conceptos, y abordar las consecuencias del mismo en el contenido de injusto de la conducta tipificada en el art. 455 CP.

### ***1.B.I.- Ejercicio del derecho y realización arbitraria del mismo.***

Si el ejercicio legítimo de un derecho es causa de justificación y la realización arbitraria del propio derecho integra una infracción penal, resulta evidente que no puede tratarse de la misma cosa. Pero también es obvia la evocación, común en ambos casos, a un derecho y a hacerlo efectivo. Conviene pues destacar elementos comunes y diferencias, con las consecuencias de todo ello.

Dos son, a mi juicio, los extremos a los que procede atender a tal fin. Por una parte, las semejanzas y divergencias entre ejercicio legítimo y realización arbitraria; por otra, la identidad o no del 'derecho' del art. 20.7º con el 'derecho propio' del art. 455 CP, y de ambos y cada uno con el concepto de derecho subjetivo, al que remiten con frecuencia doctrina y jurisprudencia.

#### ***1.B.I.a.- Ejercicio legítimo y realización arbitraria.***

No es fácil el deslinde entre los conceptos de ejercicio y realización; aunque es posible efectuarlo. Ejercer, según el diccionario, es practicar o realizar actos propios de algo; y realizar es hacer real y efectivo.<sup>63</sup> Así, ejercer el derecho será practicar actos propios del mismo, y realizar el derecho hacer éste efectivo... lo que no exige necesariamente ejercerlo, pero sí hacer posible el ejercicio. Sin embargo, la regla general es que realización y ejercicio del derecho se confundan, y trazar distinciones en esta sede resulta complicado.

---

<sup>62</sup> MAGALHÃES DRUMOND, apud Pontes, R., *CP brasileiro* (6ª ed., 1968), pág. 562.

<sup>63</sup> Vid. las definiciones de Moliner, M., *Diccionario de uso del español* (2ª ed., 1988); y Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (20ª ed., 1984).



Cuando la diferencia deviene palmaria es cuando se atiende a los adjetivos que en las diferentes sedes legales cualifican los sustantivos citados. El verdadero núcleo diferencial entre ambas esferas, que justifica la diferencia de valoración y tratamiento entre ellas, es el paso de lo legítimo a lo arbitrario. La legitimidad justifica, la arbitrariedad es fundamento del injusto; no se reprime la realización del derecho, sino la arbitrariedad en la misma. Y, en nuestro Derecho, esa arbitrariedad sólo alcanza relevancia penal cuando se ha recurrido a la fuerza.

Sentado lo anterior, conviene distinguir la realización arbitraria de derechos de otros institutos que enmarcan los límites del ejercicio de esos derechos. Se trata de figuras conceptualmente distintas:<sup>64</sup> en la realización arbitraria de derechos es ilícito el medio que se emplea *para* hacer posible el ejercicio de un derecho; en estos casos se trata de ilicitud *en* el ejercicio o en la alegación del derecho, al desoírse sus límites extrínsecos (impuestos en atención a otros derechos o normas)<sup>65</sup> o intrínsecos (emanados de la naturaleza y destino propios del derecho en cuestión).<sup>66</sup>

Así, en el *fraude de ley* la alegación de un derecho (y con él, de una norma o principio habilitante, la llamada ‘norma de cobertura’) persigue burlar otra norma o principio (‘norma defraudada’), logrando un resultado contrario al ordenamiento jurídico o prohibido por éste. Se trata de la alegación formal de un derecho que no existe, porque la norma habilitante no da realmente derecho a esa

<sup>64</sup> Así, respecto del abuso del derecho, Nuvolone, P., “L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti” (*RIDP* 1941), pág. 292.

<sup>65</sup> Vid. Albaladejo, M., *Derecho civil I-2* (14ª ed., 1996), pág. 32; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español I-II* (14ª ed., 1987), pág. 74; Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil I* (10ª ed., 2001), págs. 422 s.; Lacruz Berdejo, J.L. (ed.), *Elementos de Derecho civil I-3* (2ª ed., 2000), n.º 288; y O’Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil I* (2ª ed., 1992), pág. 228. Michaélidès-Nouaros, G., “L’évolution récente de la notion de droit subjectif” (*Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1966, págs. 216-235), habla de ‘restricciones indirectas’, consecuencia de obligaciones o deberes jurídicos cuya violación da lugar a responsabilidad civil o penal.

<sup>66</sup> Vid. Castán Tobeñas, *Derecho civil...*, págs. 60 ss.; Díez-Picazo y Gullón, págs. 422-431; Lacruz Berdejo (ed.), n.º 289; O’Callaghan Muñoz, págs. 229 ss.. Sobre el carácter condicionado y limitado del derecho subjetivo, vid. Vattier Fuenzalida, C., “Observaciones

actuación o resultado; sencillamente, el sujeto se ampara en su texto para atribuirse un derecho que no le corresponde y eludir así una norma que sí debía afectarle. La proscripción del fraude de ley no es pues un límite al ejercicio de los derechos, es más bien la prohibición de la alegación de un derecho inexistente para burlar la ley. De ahí que el art. 6.4 CC disponga que no deje de aplicarse la norma que se trató de eludir;<sup>67</sup> sin perjuicio, naturalmente, de la nulidad de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas o la aplicación en su caso de la sanción que la norma defraudada previera para su incumplimiento (art. 6.3 CC), así como de la derivación de responsabilidad que pueda proceder por otras vías (art. 1902 CC).<sup>68</sup>

El *abuso del derecho*,<sup>69</sup> que tiene un primer antecedente en la elaboración medieval sobre los actos de emulación, complementada más tarde en Inglaterra con la doctrina de las *immissiones* y finalmente perfilada por la jurisprudencia francesa (que acuñó el término ‘abus du droit’), fue recogido en nuestro Derecho como creación jurisprudencial,<sup>70</sup> hasta que en 1974 se introdujo en el art. 7.2 CC. El abuso del derecho o su ejercicio antisocial no están amparados por la ley;<sup>71</sup> y

---

críticas en tema de derecho subjetivo” (*Anuario de Derecho civil* 1981), pág. 34; y, con matices de importancia, **Rodríguez Paniagua, J.M.**, *Ley y Derecho* (1976), págs. 64 s.

<sup>67</sup> Vid. **Jordano Barea, J.B.**, “Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley” (*Anuario de Derecho civil* 1960), págs. 964-968; **Rodríguez Adrados, A.**, “El fraude a la ley: ensayo de una dirección pluralista” (*Estudios sobre el título preliminar del CC* (1977), págs. 273-437); y **Sols Lucía, A.**, *El fraude a la ley* (1989).

<sup>68</sup> Así **O’Callaghan Muñoz**, pág. 235.

<sup>69</sup> Sobre el mismo, vid. **Albaladejo**, págs. 32-40, con abundante cita bibliográfica; **Castán Tobeñas**, *Derecho civil...*, págs. 60 ss.; **Castán Vázquez, J.M.**, “El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del CC” (*Estudios sobre el título preliminar del CC* (1977), págs. 469-531); **Dabin, J.**, *El derecho subjetivo* (1955), págs. 295-381, que acaba por definirlo como uso inmoral del derecho; **Díez-Picazo y Gullón**, págs. 425 ss.; **Fairén Martínez, M.**, “El abuso del derecho: apuntes para una construcción” (*Revista de Derecho Notarial* 1960, págs. 245-292); **Fernández Sessarego, C.**, *Abuso del derecho* (1992); **Jordano Barea**, págs. 959-964; **Lacruz Berdejo** (ed.), § 44; **Martín Bernal, J.M.**, *El abuso del derecho* (1982), con índice de jurisprudencia previa a la reforma del CC de 1974; y **O’Callaghan Muñoz**, págs. 231-234.

<sup>70</sup> Vid. SS. de 14-II-1944 y 22-IX-1959, y la bibliografía citada sobre abuso del derecho.

<sup>71</sup> La doctrina mayoritaria ve en ambas referencias una sola institución; por todos, **Lacruz Berdejo** (ed.), loc. últ. cit. Contra, insiste en la diferencia entre abuso y ejercicio antisocial, v.gr. **Lluis y Navas, J.**, “El ejercicio antisocial del derecho” (*RGLJ* 1980, págs. 115-160).

cuando se produzcan con perjuicio de tercero<sup>72</sup> darán lugar a indemnización y en su caso a la adopción de las medidas preventivas correspondientes. Se trata, señalan doctrina y jurisprudencia, de supuestos en que se da un uso del derecho objetiva o externamente legal con daño para un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica,<sup>73</sup> con inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestada en forma subjetiva ('por la intención de su autor': intención de dañar, ausencia de interés o de seriedad o legitimidad del fin) u objetiva ('por su objeto o por las circunstancias'). Esto es, de extralimitación o traspaso manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho, en anormalidad constitutiva de abuso, que 'hace contrario a Derecho el ejercicio de un derecho'.<sup>74</sup>

Y el principio de *buena fe* en el ejercicio del derecho recogido en el art. 7.1 CC<sup>75</sup> es un 'estándar jurídico' para el ejercicio de los derechos, según 'reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico'.<sup>76</sup> Supone, ciertamente, una quiebra del principio de irrelevancia jurídica de lo no recogido en las normas del ordenamiento; pero al tiempo 'representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico',<sup>77</sup> garantizando que no se desvinculen Derecho y sociedad. La buena fe, pues, constituye un límite al ejercicio de los derechos: lo hecho contra ella deviene antijurídico, sale del ámbito de habilitación que el derecho es, y el perjudicado podrá valerse de una *exceptio doli* contra ello.

---

<sup>72</sup> Lo que no necesariamente sucede; vid. Díez-Picazo y Gullón, pág. 428, a quienes sigue Castán Tobeñas, *Derecho civil...*, págs. 67 ss.

<sup>73</sup> De sobrepasarse los límites legales se acude al fraude de ley. Entendiendo que todos los límites están recogidos positivamente ve un sinsentido en la categoría de abuso del derecho, yendo siempre al fraude de ley, Rodríguez Paniagua, págs. 64-66.

<sup>74</sup> Castán Tobeñas, *Derecho civil...*, pág. 66.

<sup>75</sup> Vid. Díez-Picazo y Gullón, págs. 423 ss.; Ferreira Rubio, D.M., *La buena fe* (1984); y De los Mozos, J.L., "La buena fe en el Título Preliminar del CC" (*Estudios sobre el título preliminar del CC* (1977), págs. 439-467).

<sup>76</sup> Díez-Picazo y Gullón, loc. últ. cit.; en línea semejante en cuanto al contenido, De los Mozos, págs. 457 ss.; y O'Callaghan Muñoz, pág. 229. Critica la calificación como estándar jurídico y lo ve principio general con carácter normativo Ferreira Rubio, pág. 97.

<sup>77</sup> Exposición de motivos del Decreto de 31-V-1974, que introdujo el precepto.

Por el contrario, en la realización arbitraria de derechos, el problema no es la existencia, contenido y reglas de ejercicio del derecho en cuestión, sino la arbitrariedad empleada para hacer posible y efectivo ese ejercicio.<sup>78</sup>

### ***1.B.I.b.- 'Derecho', 'derecho propio' y derecho subjetivo.***

Es común en doctrina y jurisprudencia referir tanto el 'derecho' del art. 20.7º CP como el 'derecho propio' del art. 455 CP al concepto de derecho subjetivo. Y, con demasiada frecuencia, se trata de una remisión que no define ni da criterios de delimitación de la categoría a la que envía. Creo que conviene, antes de seguir adelante, precisar un tanto qué debe entenderse por derecho subjetivo, para después estudiar la correspondencia o no de los 'derechos' de los textos legales estudiados entre sí y con éste.

#### ***1.B.I.b.1.- El concepto de derecho subjetivo.***

Hablar de derecho subjetivo es hablar de una categoría de situaciones jurídicas en que el individuo goza de cierto poder, cualificada por determinados atributos cuya concreción es una opción eminentemente histórica.<sup>79</sup> Sólo cuando el estudio del fenómeno jurídico se aborda desde determinado marco filosófico y metodológico nace la categoría de derecho subjetivo como hoy la entendemos,<sup>80</sup> no ya la realidad jurídica que calificamos como tal, que es reconocible en sistemas de Derecho más antiguos, sino la categoría analítica con que la clasificamos.

---

<sup>78</sup> No puedo pues compartir la célebre afirmación de **Quintano Ripollés, A.**, *Curso de Derecho penal II* (1963), pág. 575, para quien el delito de rapto era un 'abuso de derecho criminalizado'.

<sup>79</sup> Así ya, entre nosotros, **De Castro y Bravo, F.**, *Derecho civil de España PG I* (3ª ed., 1955), pág. 314; más recientemente, **Cruz Parceros, J.A.**, *El concepto de derecho subjetivo* (1999), pág. 15; y **Vattier Fuenzalida**, págs. 3-5, quien cita en contra la pretensión de buscar un concepto 'ahistorisch' de derecho subjetivo de **BÜCHER**, *Das subjektives Recht als Normsetzungsbefugnis* (1965), pág. 15. Vid. asimismo **Gallego, E.A.**, *Tradición jurídica y derecho subjetivo* (1999), pág. 151.

<sup>80</sup> Vid. **Michaélidès-Nouaros**, págs. 216-222.

Difícilmente podrá, pues, reconocerse la idea de derecho subjetivo en textos griegos o romanos.<sup>81</sup> Así, suele señalarse que las referencias platónicas y aristotélicas son siempre al Derecho objetivo;<sup>82</sup> probablemente, porque en el marco del jusnaturalismo clásico de la Grecia antigua, que afirma la existencia objetiva de lo justo, no cuadraba un momento de alteridad subjetiva que afirmase una voluntad diversa de la de la misma norma.<sup>83</sup> Y si más tarde la insistencia del estoicismo en la dignidad humana llevó a los jurisconsultos romanos a definir la justicia como ‘habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatis’ o ‘constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi’,<sup>84</sup> no puede reconocerse tampoco en ese *jus suum* el derecho subjetivo.<sup>85</sup> Sólo con la insistencia en el papel central de la persona y la quiebra de la creencia en un orden objetivo, consecuencia respectivamente del desarrollo de los principios éticos cristianos y de la atomización del poder político europeo con las invasiones bárbaras primero y luego las guerras de religión del siglo XVI, hacen afirmaciones del derecho subjetivo de cada uno, en una lenta evolución que construye poco a poco el concepto matizándolo una y otra vez.

<sup>81</sup> Así De Lucas Martín, J., *Introducción a la Teoría del Derecho* (3ª ed., 1997), pág. 213 para quien no cabe encontrar antecedentes del derecho subjetivo en un mundo como el clásico, donde la noción de individuo como tal es desconocida.

<sup>82</sup> Folgado, A., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: especial atención a los teólogos-juristas españoles del siglo XVI* (1960), págs. 77 s.; De Koschembahr-Lyskowski, I., “Quelques dispositions générales d’un projet de code civil polonais” (*Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1928), pág. 573; De Páramo Argüelles, J.R., “Derecho subjetivo” (E. GARZÓN VALDÉS y F.J. LAPORTA (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II* (1996)), pág. 372; Villey, M., “L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains” (*Revue Historique de Droit Français et Étranger* 1946-1947), n. 3 a la pág. 203.

<sup>83</sup> Así Villey, M., “Les origines de la notion de droit subjectif” (*Archives de Philosophie du Droit* 1953-1954), pág. 174; quien afirma además (págs. 174 s.; y “Suum jus cuique tribuens” (*LH-De Francisci I* (1956)), págs. 365 ss.) la influencia de esta concepción en los juristas romanos.

<sup>84</sup> Respectivamente CICERÓN, *De inventione*, 2, 53, 60; y ULPIANO, *Regl. lib. I; D. I, 1, 10 Inst. I, 1 pr.* Citados ambos por Folgado, pág. 78. Vid. asimismo los textos de PAULO, “jus pluribus modis dicitur”, *D. I, 1, 11*.

<sup>85</sup> Fairén Martínez, pág. 261; Folgado, loc. cit.; De Koschembahr-Lyskowski, págs. 53 s., para quien la categoría misma de derecho subjetivo es sólo una mala traducción de textos medievales; De Páramo Argüelles, “Derecho subjetivo”, loc. cit.; y esp. Villey, “L’idée...”,

Así, elaborando sobre bases diversas y siguiendo de cerca a TOMÁS DE AQUINO,<sup>86</sup> OCCAM primero y más tarde los teólogos-juristas españoles del siglo XVI (MOLINA, SOTO, SUÁREZ y VITORIA) construyen un concepto de *jus* en que puede reconocerse una primera formulación del derecho subjetivo;<sup>87</sup> concepto que la escuela de derecho natural racionalista (GROCIO, y tras él PUFENDORF, THOMASIIUS y FELTMANN) recogerá y reelaborará.<sup>88</sup> Frente a este sistema plantea la dogmática alemana del siglo XIX, desde la escuela histórica, una nueva aproximación centrada en la idea de ‘relación jurídica’,<sup>89</sup> dando al concepto de derecho subjetivo un papel básico en el sistema jurídico<sup>90</sup> y centrando así en él la atención de la doctrina.<sup>91</sup>

A partir de este momento, se van sucediendo distintos enfoques que buscan en aspectos diversos el elemento esencial del derecho subjetivo.<sup>92</sup> Primero

---

“Les origines...”, y “Suum jus...”, *passim*. Contra, **Panero Gutiérrez, R.**, *Derecho romano* (1997), ve en el texto de ULPIANO derechos en sentido subjetivo.

<sup>86</sup> *Suma teológica*, II-II, 58, 1. **Folgado**, págs. 93 s., cuestiona que sea una verdadera referencia al derecho subjetivo; *vid. asimismo Gallego*, págs. 35 ss.

<sup>87</sup> *Vid. Folgado*, págs. 80-173; **Gallego**, págs. 99-130; más sucintamente **Cruz Parceró**, págs. 15-18; y **Villey**, “Les origines...”, págs. 179 ss. y 182 s. Contra, niega una verdadera configuración del ‘derecho subjetivo’ hasta las doctrinas de la voluntad **Mestre Delgado**, *La exigente...*, n. 266 en pág. 159.

<sup>88</sup> Señala **Villey**, “Les origines...”, págs. 181 ss., la relación de esta construcción de los juristas con las elaboraciones filosóficas de HOBBS (*jus omnium in omnia* en el estado de naturaleza) y GASSENDI (*jus* como ‘*facultas agendi habendi fruendi aliqua re*’, sin marcarle límites).

<sup>89</sup> *Vid. Von Savigny, F.C.*, *Sistema del Derecho romano actual* (1878), §§ 4 s. y 52 s. (págs. 25 ss. y 223 s.). Para una crítica de la construcción, **Vattier Fuenzalida**, págs. 8 ss.

<sup>90</sup> Por todos, **Díaz Cruz, M.**, “Todavía sobre el derecho subjetivo” (*RGLJ* 1947), pág. 555; **Díez-Picazo y Gullón**, pág. 404; **Michaélidès-Nouaros**, pág. 222; y esp. **Vattier Fuenzalida**, pág. 3.

<sup>91</sup> Y fundamentalmente, pese a ser un concepto de teoría general del Derecho, de civilistas, primero, y juspublicistas, después. Así **Castán Tobeñas, J.**, “El concepto del derecho subjetivo” (*RDP* 1940), pág. 121; y **Recaséns Siches, L.**, “Il concetto di diritto subiettivo inanzi alla filosofia giuridica” (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 1926), pág. 474.

<sup>92</sup> Para **Vattier Fuenzalida**, págs. 3 ss., en relación con diferentes concepciones del Derecho; para **Dabin**, págs. 3 s., y **Recaséns Siches**, “Il concetto...”, pág. 474, sin relaciones claras con las posiciones filosóficas de cada autor. Por demás, pueden reconocerse, como señalan **Betegón Carrillo, J.**, *Lecciones de teoría del Derecho* (1997), págs. 176 ss.; **De Lucas Martín**, págs. 216 ss.; y **De Páramo Argüelles, J.R.**, “El concepto de *derecho*: una introducción bibliográfica” (*Anuario de Derechos Humanos* 1986-87), págs. 202 ss., posiciones semejantes a las que voy a exponer en el ámbito anglosajón (MILL, BENTHAM, HART, LYONS, RAZ) y escandinavo (ROSS, OLIVECRONA); sobre este punto, en el que no voy a entrar en el presente

las *teorías de la voluntad*, que conciben el derecho subjetivo como poder de la voluntad, señorío del querer;<sup>93</sup> a las que se critica el papel central que otorgan a la voluntad abstractamente considerada.<sup>94</sup> Pronto, como reacción, las *teorías del interés*, que ven en el derecho subjetivo un interés jurídicamente protegido;<sup>95</sup> a las que se achaca confundir fin y medio y errar por defecto ante los derechos sin interés y por exceso ante la protección de intereses sin atribución de derechos subjetivos.<sup>96</sup> En un intento de armonización, las *teorías eclécticas* lo definen como el interés protegido por un poder de la voluntad o como el poder de la voluntad para la satisfacción de un interés;<sup>97</sup> a lo que se contesta que aúnan los inconvenientes de las dos tesis precedentes.<sup>98</sup> Insistiendo en que el derecho subjetivo deriva del Derecho objetivo y no pretende sino lograr el cumplimiento de los deberes que el mismo impone, las *teorías normativas* lo definen como poder atribuido a una persona como consecuencia del contenido de la norma;<sup>99</sup>

---

trabajo, es de interés el estudio crítico del concepto de derecho subjetivo en HOHFELD, HART y DWORKIN que presenta Cruz Parceró, págs. 79-296.

<sup>93</sup> Per todos, Von Savigny, loc. cit. Advierten Díez-Picazo y Gullón, pág. 404, que se trata de una traslación de la potestad de querer del individuo, concretada en la doctrina de los derechos innatos del hombre, desde el plano filosófico-jusnaturalista al jurídico-positivo.

<sup>94</sup> Recaséns Siches, "Il concetto...", pag. 486, llega a preguntarse si los derechos de uno desaparecerían mientras duerme. Para una exposición de las críticas tradicionales a estas teorías, Castán Tobeñas, "El concepto...", pág. 126; vid. asimismo McCormick, N., "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos" (*Anuario de Filosofía del Derecho* 1988, págs. 293-305). Los intentos tardíos de Windscheid, B., *Diritto delle Pandette* (1925), § 37 (pág. 108, esp. n. al pie), que pretende subvenir a las críticas sustituyendo la voluntad del particular por la del ordenamiento, más que mantener la teoría la deforman (así, Vattier Fuenzalida, pág. 19), dando origen a las doctrinas formalistas (así Díez-Picazo y Gullón, pág. 404).

<sup>95</sup> Vid. Von Jhering, *Geist...*, §§ 60 s.; y Dernburg, H., *Pandekten* (1897), vol. I § 39, y *System des römischen Rechts* (1911), § 33.

<sup>96</sup> Así, más detalladamente, Castán Tobeñas, "El concepto...", pág. 126. Frente a la negación del pretendido carácter objetivo del interés, afirmando su esencial subjetividad (vid. v.gr. García Maynez, E., *Introducción al estudio del Derecho* (21ª ed., 1973), págs. 190 s.), JHERING acude al 'interés medio'; pero entonces se le opone que hace una mera paráfrasis del derecho objetivo (vid. Kelsen, H., *Teoría general del Estado* (15ª ed., 1979), págs. 72 ss.).

<sup>97</sup> Vid. v.gr. Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2ª ed., 1905), págs. 44 s. Destaca Vattier Fuenzalida, pág. 21, que estas teorías permiten salir del ámbito jusprivatista y extienden el concepto al Derecho público.

<sup>98</sup> Por todos, Recaséns Siches, "Il concetto...", pág. 494.

<sup>99</sup> Yz Thon, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878), esp. págs. 218 s. (para una sumaria exposición y crítica de la elaboración de THON, Vattier Fuenzalida, págs. 22 s.). Vid. Díaz

con lo que el derecho subjetivo queda en mera secuela del Derecho objetivo, sin elemento diferencial, hasta confundirse con él. Y acentuando esta línea no tardan en aparecer *teorías negativas*, que desde planteamientos de orientación sociológica,<sup>100</sup> normativista<sup>101</sup> o nacionalista,<sup>102</sup> relegan al plano metajurídico los conceptos de voluntad e interés,<sup>103</sup> negando la categoría de derecho subjetivo.

En realidad, el problema que el concepto de derecho subjetivo plantea es doble: por una parte, ha de servir como instrumento de técnica jurídica; por otra, la opción por un determinado concepto de derecho subjetivo es reflejo de un modelo de organización social.<sup>104</sup> Y esa doble función supone con frecuencia requerimientos difícilmente armonizables,<sup>105</sup> como muestra claramente la escisión doctrinal en la segunda mitad del siglo XX: mientras unos presentan el derecho subjetivo como figura de Teoría General del Derecho, otros renuncian a un concepto válido para cualquier orden jurídico y prefilan definiciones orientadas al Derecho civil. Los primeros acuden, generalmente, a criterios

---

Cruz, págs. 572-582; y esp. Recaséns Siches, “Il concetto...”, págs. 479 ss., y destacando la correlación articulada de derecho y deber y su común derivación de la norma, *Introducción al estudio del Derecho* (10ª ed., 1993), págs. 144 s.

<sup>100</sup> Vid. Duguit, L., *Traité de Droit constitutionnel I* (3ª ed., 1927), págs. 201 ss., citando expresamente la *Politique positive* de COMTE. Para un análisis detenido, traducido al castellano, Dabin, págs. 9-20; para una crítica normativista, Recaséns Siches, “Il concetto...”, págs. 478 ss.

<sup>101</sup> Así Kelsen, págs. 72 ss. Para una sistematización crítica del pensamiento de Kelsen sobre este extremo, Cruz Parceró, págs. 21-77; vid. asimismo las críticas de García Maynez, págs. 194 s.; y Dabin, pág. 4.

<sup>102</sup> V.gr. la mantenida por LARENZ en la década de 1930, esp. en su monografía *Rechtsperson und subjektives Recht* (1935), de la que más tarde se retractaría (vid. Larenz, K., *Derecho civil PG* (1978), n. 13, pág. 257). Sobre esta construcción, vid. Martín Blanco, J., “El concepto de situación jurídica en Karl Larenz” (*RGLJ* 1950, págs. 670-704).

<sup>103</sup> Por todos, expresa y sintéticamente, Kelsen, pág. 72. Siguiendo a DE CASTRO, entiende por ello estas teorías contrarias al Derecho natural Castán Tobeñas, *Derecho civil...*, pág. 31.

<sup>104</sup> Así Díez-Picazo y Gullón, págs. 403 s.; vid. asimismo Cano Martínez de Velasco, J.I., “La disponibilidad del derecho subjetivo” (*Revista de Derecho Notarial* 1985), pág. 85; Cruz Parceró, págs. 297 ss.; Gallego, págs. 97 y 151; y Peidró Pastor, I., y Rodríguez-Arias Bustamante, L., “Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo” (*RGLJ* 1948), pág. 287. Cf. De Lucas Martín, págs. 212 ss.

<sup>105</sup> O, si se quiere, se han querido cubrir con él ‘situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos’ (Ferrajoli, L., *Derechos y garantías* (1999), pág. 42).



normativistas notablemente amplios,<sup>106</sup> que algunos extienden por demás a cualquier discurso normativo y no sólo al Derecho;<sup>107</sup> subrayando con todo elementos definatorios que permitan caracterizar y deslindar el derecho subjetivo de otras figuras,<sup>108</sup> hasta llegar con frecuencia a definiciones complejas y de síntesis...<sup>109</sup> jugando en la paradoja de cierta ambigüedad que resulta enormemente útil para la función ideológica del concepto.<sup>110</sup> Los segundos buscan una categoría con valor analítico, siquiera a costa de limitarla a una disciplina y conscientes de ello;<sup>111</sup> se trata predominantemente de definiciones de carácter mixto, que dan entrada a voluntad, interés y garantía por el ordenamiento.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Vid. v.gr. De Páramo Argüelles, "Derecho subjetivo", págs. 367 ss.; y Nino, C.S., *Introducción al análisis del Derecho* (8ª ed., 1997), pág. 195 (cuya definición asume Betegón Carrillo, pág. 169; y la cita De Lucas Martín, pág. 216).

<sup>107</sup> V.gr. Betegón Carrillo, pág. 172; Dabin, págs. 61 ss. y 121; y De Páramo Argüelles, op. et loc. últ. cit., y "El concepto...", passim; contra, De Lucas Martín, loc. cit.; y Rodríguez Paniagua, pág. 63. Es de uso frecuente la categoría de 'moral rights' formulada por MILL, con frecuencia referida a los derechos humanos; sobre los derechos humanos como derechos subjetivos, vid. Vidal Gil, E.J., "Los derechos humanos como derechos subjetivos" (J. BALLESTEROS, *Derechos humanos: concepto, fundamento, sujetos* (1992), págs. 21-41); y esp. Atienza, M., "Una clasificación de los derechos humanos" (*Anuario de Derechos Humanos* 1986-87), pág. 43.

<sup>108</sup> Acude v.gr. a la voluntad Nino, pág. 207; a la posibilidad de imposición coactiva Recaséns Siches, *Introducción...*, pág. 145; al interés Betegón Carrillo, pág. 177...

<sup>109</sup> Así v.gr. Dabin, págs. 100-130; y De Lucas Martín, págs. 216 ss. Entre los civilistas, Albaladejo, pág. 12 ss.; Lalaguna Domínguez, E., *Introducción al Derecho civil español* (1996), pág. 19; y Larenz, K./Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (8ª ed., 1997), págs. 273-278.

<sup>110</sup> Vid. De Lucas Martín, pág. 227.

<sup>111</sup> Vid. Castán Tobeñas, *Derecho civil...*, págs. 11 ss.; De Castro y Bravo, págs. 614 ss.; Díez-Picazo y Gullón, págs. 406 ss.; Enneccerus, L./Nipperdey, H.K., *AT des bürgerlichen Rechts I* (14ª ed., 1952), § 72, págs. 272 s. y 277; Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho civil español I* (8ª ed., 1982), págs. 225 ss.; Lacruz Berdejo (ed.), § 41; López y López, A.M., y Montés Penadés, V.L. (eds.), *Derecho civil PG* (3ª ed., 1998), §§ 50 s. (págs. 459 ss.); O'Callaghan Muñoz, págs. 213 ss.; y Peidró Pastor y Rodríguez-Arias Bustamante, págs. 276 ss. Para una crítica del carácter prototípico asignado a la propiedad en el estudio de los derechos, Ballesteros Llompарт, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia* (1994), págs. 54-65; intenta, por el contrario, una definición con valor analítico aplicable en Derecho público y privado Cano Martínez de Velasco, passim.

<sup>112</sup> Para un ensayo de síntesis de los diferentes elementos propuestos, en términos útiles al Derecho civil, Vattier Fuenzalida, passim.

Pues bien, creo que puede mantenerse la función de la categoría en Teoría General del Derecho y al tiempo asegurar su utilidad dotándola de valor analítico. El primer paso para ello es, necesariamente, la afirmación de la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, de su susceptibilidad de imposición coactiva normativamente reglada dentro de un orden de organización de la sociedad.<sup>113</sup> Ahora bien, si la norma jurídica otorga siempre *derecho* a actuar conforme a ella, para que pueda reconocerse un *derecho subjetivo* que no acabe por ser un simple duplicado de la norma es necesario algo más que actúe de elemento diferencial.<sup>114</sup> Y sólo la afirmación de un momento de alteridad,<sup>115</sup> de un elemento volitivo diverso del de la norma, sirve a estos fines: cuando la voluntad del sujeto de un derecho juegue en éste un papel determinante, otorgándole una disponibilidad cuya mínima expresión es la posibilidad de renuncia al ejercicio del derecho, estaremos ante un derecho subjetivo.<sup>116</sup> Por demás, al otorgar relevancia a una voluntad dándole un poder jurídico de imposición se está dando prioridad a esta voluntad sobre otras;<sup>117</sup> y como la igual dignidad y libertad predicables de los seres humanos impiden que el ordenamiento otorgue arbitrariamente ese poder,

---

<sup>113</sup> Sólo por analogía puede hablarse, pues, de ‘derechos morales’; vid. **Enneccerus/Nipperdey**, n. 2 al § 72. En cuanto a si son primero los derechos o la norma (vid. **Recaséns Siches**, *Introducción...*, pág. 146), suponiendo que las categorías temporales sean aplicables al plano lógico, norma y derechos son en éste correlatos necesarios y coetáneos. Como también derecho y deber correspondiente (así, señalando ‘lógicamente’ anterior a ambos el valor o bien que se intenta proteger, **Cruz Parceró**, n. 81 en págs. 194 s. y pág. 299; donde por cierto subraya que esto no es óbice para que el lenguaje de los derechos pueda presentar ventajas argumentativas).

<sup>114</sup> Vid. **Rodríguez Paniagua**, pág. 67.

<sup>115</sup> En esta línea, **Cobo del Rosal y Vives Antón**, pág. 62; vid. asimismo **Gallego**, págs. 96 s.

<sup>116</sup> Así, un ‘derecho irrenunciable’ que lo sea también en su ejercicio no es un derecho subjetivo sino un deber jurídico... por más que pueda ser un deber de imposición sobre terceros. Por otra parte, no importa tanto la existencia real de esa voluntad como que el orden jurídico pueda reconocer una posibilidad de querer a la que otorgar un poder (vid. **Del Vecchio, G.**, *Lezioni di Filosofia del Diritto* (1921), págs. 160 s.; y **Castán Tobeñas**, “El concepto...”, n. 36 en pág. 130. Contra, **Recaséns Siches**, “Il concetto...”, pág. 488, para quien la posibilidad de la voluntad no es sino la raíz cuadrada de la misma).

<sup>117</sup> No en cuanto realidad ontológica, sino en sus efectos jurídicos; vid. **Dabin**, págs. 42 s.

sólo lo hará cuando con ello se atienda a la protección de un interés de ese sujeto que el mismo ordenamiento ha valorado positivamente.<sup>118</sup>

Así, es un *derecho* cualquier posibilidad de actuación de un sujeto conforme al ordenamiento, sea libre o pautada; y se da un *derecho subjetivo* cuando se aúnan una libertad de actuación con efectos jurídicos y una especial sujeción (un deber) para alguno, para algunos o para todos los demás sujetos como consecuencia del ejercicio de la primera. Esa libertad de actuación es un 'derecho' en sentido amplio referido a una materia en que puede reconocerse un interés del sujeto, cuya actuación o no queda a la libre determinación de la voluntad del mismo, habiendo cuando menos dos opciones posibles conformes a Derecho cuya elección no está prohibida y no genera responsabilidad; sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que el ordenamiento imponga cargas para beneficiarse de los efectos de alguna de ellas. Y la existencia y ejercicio de un derecho subjetivo genera uno o más deberes correlativos en todos los demás o en algún otro sujeto.<sup>119</sup>

Lo que permite deslindar el derecho subjetivo de otras situaciones de derechos, en que concurre el poder jurídico pero falta alguno de los elementos reseñados. Es el caso de las *libertades*, en que se reconocen facultades de libre actuación al sujeto pero no se impone a otros el deber correlativo de facilitarlas; lo que no obsta para que puedan concederse derechos subjetivos al efecto de tutelar determinadas manifestaciones de las libertades. Como también de las

---

<sup>118</sup> En este sentido, 'el *fin* de los derechos no es sino el fin del Derecho mismo' (Enneccerus/Nipperdey, pág. 277). Sobre la necesidad de que se trate de un interés propio (a falta del cual sólo se otorgarán poderes reglados y vinculados a determinada función), con independencia de que además e indirectamente se amparen intereses de terceros o del ordenamiento y ésto se haya tenido en cuenta al otorgar el derecho en cuestión, vid. Cano Martínez de Velasco, pág. 61; y Dabín, págs. 271 s.

<sup>119</sup> Sobre la necesaria correlación entre derecho subjetivo y deber jurídico vid. De Lucas Martín, págs. 216 ss.; Hohfeld, W.N., "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning" (*Yale Law Journal* nov. 1913, págs. 16-59); y Atienza, *passim*.

*potestades*,<sup>120</sup> otorgadas para que el titular pueda cumplir determinado deber en interés ajeno, tenga o no de hecho un interés propio en su objeto. De los *derechos potestativos*, en que se tiene poder de constituir o modificar situaciones jurídicas, con sujeción futura pero no obligación actual de otros.<sup>121</sup> De los *intereses legítimos*, en que el sujeto puede accionar para instar la actuación de una norma que tutela intereses generales por cuanto de ello se sigue una ventaja o interés para él, pero carece de disponibilidad: aunque no instara la aplicación de la norma o se opusiera a ella, ésta debería aplicarse igualmente.<sup>122</sup> De las *facultades*, posibilidades de actuación del titular dentro del derecho subjetivo, carentes de autonomía.<sup>123</sup> Y de las *expectativas de derecho*, vocaciones inciertas a un derecho futuro o vocaciones a un derecho ‘in fieri’ en que no se dan aún notas del derecho subjetivo.<sup>124</sup>

Finalmente, importa resaltar que de la violación de un derecho que no sea derecho subjetivo, o de otros ilícitos, pueden derivarse pretensiones indemnizatorias que sí son derechos subjetivos.<sup>125</sup> Y que la opción por otorgar derechos subjetivos o buscar técnicas distintas de tutela jurídica corresponde al ordenamiento, que no siempre que quiere tutelar un interés acude a conceder un

---

<sup>120</sup> Derechos-deber o derechos-función, de ejercicio pautado (así **Cano Martínez de Velasco**, n. 1 en pág. 57; contra ve libre ejercicio y derecho subjetivo en las potestades **Dabin**, págs. 286-294).

<sup>121</sup> Sobre los derechos potestativos, vid. **Castán Tobeñas**, *Derecho civil...*, págs. 47-55 (quien por cierto toma la definición de **Peidro Pastor y Rodríguez-Arias Bustamante**, pág. 299, silenciando que estos autores concluyen de su examen que la categoría se corresponde con la de derechos reales, en lo que **CASTÁN** no les sigue); **Díez-Picazo y Gullón**, págs. 410 s.; **López y López y Montés Penadés** (eds.), pág. 479; y **Michaélidès-Nouaros**, pág. 225.

<sup>122</sup> Vid. **Albaladejo**, pág. 44; **Castán Tobeñas**, *Derecho civil...*, pág. 47; **Del Vecchio**, pág. 158; **López y López y Montés Penadés** (eds.), págs. 476-478.

<sup>123</sup> Sobre las facultades, **Albaladejo**, pág. 45; **Castán Tobeñas**, *Derecho civil...*, págs. 47-55; **Lacruz Berdejo** (ed.), págs. 75 s.; y **O’Callaghan Muñoz**, pág. 219. Insistiendo en que no exigen deber correlativo, **De Lucas Martín**, págs. 222 s.

<sup>124</sup> Así **Castán Tobeñas**, *Derecho civil...*, págs. 47-55; **Lacruz Berdejo** (ed.), pág. 76; **López y López y Montés Penadés** (eds.), págs. 478 s.; y **O’Callaghan Muñoz**, pág. 219. Contra, viendo en ellas, cuando sean transmisibles, un derecho (perfecto) a la conservación de un derecho de posible nacimiento, **Cano Martínez de Velasco**, pág. 63.

<sup>125</sup> Vid. **Enneccerus/Nipperdey**, pág. 277.

derecho subjetivo; esta opción ni es inmutable ni jerarquiza el interés tutelado:<sup>126</sup> es, a nivel técnico, una cuestión de oportunidad, al margen de que sí pueda tener relevancia de fondo a nivel político.

***1.B.I.b.2.- El ‘derecho’ del art. 20.7º CP y el ‘derecho propio’ del art. 455 CP.***

Pues bien, así acotado el concepto de derecho subjetivo, no creo que pueda sostenerse la identificación de éste con el ‘derecho’ al que remite el art. 20.7º CP. El ejercicio de un derecho tiene eficacia justificante; ciertamente la tiene el ejercicio de un derecho subjetivo, pero también el de cualquier derecho en sentido amplio: piénsese por ejemplo en actuaciones amparadas por permisos, libertades, intereses legítimos... (vid. supra 1.A.II).<sup>127</sup> Naturalmente, referir el ‘derecho’ de la eximente al derecho en sentido amplio obliga a reconocer que los supuestos de cumplimiento de un deber y de ejercicio de oficios o cargos no son sino modalidades del mismo, que podrían leerse como ejercicio de derechos (vid. supra 1.A.III.c). Pero ello no ofrece mayores problemas; problemas que sí se plantearían de entender que el ‘derecho’ del art. 20.7º es en todo caso un derecho subjetivo, excluyendo con ello del ámbito de la eximente, con dudosa base legal, supuestos que sí deben entenderse justificados.

La cuestión se plantea en términos distintos en cuanto al ‘derecho propio’ del art. 455 CP se refiere. Y creo que para resolverla es imprescindible partir de la constatación de que la finalidad de realizar un derecho propio representa, en este delito, una minoración del contenido de injusto y una coherente atenuación de la responsabilidad (vid. infra 1.B.II). Éstas se explican mucho mejor desde la interpretación del ‘derecho propio’ como derecho subjetivo, libertad de actuación con deber jurídico correlativo: el carácter debido del resultado pretendido puede explicar la minoración del desvalor que constituye facilitar el mismo por la

---

<sup>126</sup> Contra lo que apunta Cano Martínez de Velasco, págs. 78 s.

<sup>127</sup> Contra, entiendo que la eficacia justificante se limita al ejercicio de derechos subjetivos Mestre Delgado, *La eximente...*, págs 177 ss. y 217 s.; lo que en la práctica excluiría de la posibilidad de justificación las actuaciones amparadas en derechos en sentido amplio.

fuerza,<sup>128</sup> y el ámbito de libertad justifica la moderada entidad del reproche dirigido a los excesos. Cuando la conducta esté facultada pero no haya deber de tolerar el resultado, imponer éste por la fuerza representa una mayor lesión; cuando la facultad resulte pautada (como es el caso de deberes, oficios y cargos) el margen de tolerancia ante los excesos es mucho menor. A mi juicio, el ‘derecho propio’ del art. 455 CP sí es un derecho subjetivo; cierto que con ello ‘derecho’ no significa lo mismo en las dos sedes legales contrastadas, pero no es casualidad que en una de ellas venga cualificado, adjetivado, y en la otra no. Por demás, esto excluye del ámbito del delito de realización arbitraria del propio derecho, además de los supuestos en que se quiera realizar una facultad que no genere correlativos deberes de sujeción o tolerancia, todos los supuestos en que quieran realizarse facultades otorgadas en interés ajeno (potestades, que son siempre, he afirmado, de ejercicio reglado): pero a esta conclusión apunta ya el adjetivo ‘propio’ que cualifica el ‘derecho’ del art. 455 CP.

### *1.B.II.- El contenido de injusto de la realización arbitraria de derechos.*

Realizar un derecho no puede conceptuarse como injusto. Es la arbitrariedad empleada para realizarlo, y, en Derecho español, una arbitrariedad cualificada por el empleo de medios violentos, la que se reprime penalmente (vid. supra 1.B.I.a). Lo que importa, a mi juicio, destacar, es que la finalidad de realizar un derecho no incrementa la arbitrariedad, sino en todo caso la modera: la misma conducta objetiva, desarrollada para realizar un derecho propio, no puede entenderse más antijurídica que cuando se desarrolla con cualquier otra finalidad... antes al contrario, bien puede entenderse que lo es menos.

Ciertamente, quien emplea medios ilícitos para realizar un derecho actúa antijurídicamente; pero no más que quien se sirve de esos medios para cualquier otro fin. Pretende, en última instancia, lo que cree conforme al ordenamiento, y

---

<sup>128</sup> Del desvalor de resultado sólo cuando el derecho exista efectivamente; pero del desvalor de acción siempre que el sujeto obre en la convicción de su existencia. Vid. infra cap. 5.

no tiene sentido afirmar que quien intenta lograr algo a lo que tiene derecho por vías contrarias a Derecho integra un injusto mayor que el de quien persigue algo a lo que no tiene derecho por vías contrarias a Derecho. Argumentar que el primero incurre en arbitrariedad amparándose en un derecho<sup>129</sup> es olvidar que el segundo incurre en arbitrariedad sin amparo jurídico alguno.

La finalidad de realizar un derecho propio puede pues tenerse en cuenta en cuanto minoración del injusto, pero no como fundamentación del mismo; y, en consecuencia, no puede en ningún caso castigarse más gravemente a quien desarrolla una conducta con ese fin que a quien la desarrolla con otros fines.<sup>130</sup> El elemento subjetivo que requiere el tipo del art. 455 CP, de cuyo exacto alcance y naturaleza me ocuparé más adelante (infra, cap. 5), tiene en la configuración del injusto correspondiente un papel nuclear y atenuatorio, constituyéndose en elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto de la conducta.

Baste, por ahora, con lo dicho; sin perjuicio de acabar de perfilarlo en el estudio del bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa (infra, cap. 4). Antes de lo cual conviene, para obtener elementos que permitan comprenderlo adecuadamente, atender un tanto a los antecedentes históricos y a la elaboración del precepto (cap. 2), así como a los correlatos de derecho comparado (cap. 3).

---

<sup>129</sup> Vid v.gr., calificándolo de 'plus de desvalor', Ferris Albenca, V.S., "La realización arbitraria del propio derecho" (*ADPCP* 1988), pág. 832.

<sup>130</sup> En expresión de Escobedo, G., "Ancora sul diritto di querela nello eapr ed in altri reati congeneri commessi esclusivamente con violenza su persona diversa da quella del titolare del diritto" (*GP* 1910), n. 3 en col. 1226, 'es máxima indiscutible de derecho racional y positivo que el fin de ejercer un pretendido derecho atenúa, y mucho, la entidad jurídica del delito de violencia real o personal que dicha entidad material constituiría, si no concurriese el fin de ejercitar un pretendido derecho'.

## Capítulo 2

### Antecedentes históricos y elaboración del art. 455 CP.

*A.- ANTECEDENTES REMOTOS DE LA ACTUAL PUNICIÓN DEL RECURSO A LAS VÍAS DE HECHO. I.- Derecho antiguo. II.- Periodo intermedio. B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES. I.- Los códigos anteriores a 1944. I.a.-La exacción violenta de créditos en el CP de 1822. I.b.- La regulación de los códigos promulgados 1848 a 1932. II.- La rapd en el CP de 1944. II.a.- Bien jurídico. II.a.1.- La 'Administración de Justicia' como bien jurídico. II.a.2.- La protección de bienes de titularidad individual, el orden público y la afirmación de la pluriofensividad del delito. II.b.- Sujetos, acción, objeto y medios comisivos. II.c.- El elemento final del tipo. II.d.- Iter criminis, penalidad y problemas concursales. II.e.- Breve comentario crítico y remisión. C.- PROYECTOS DE CP Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL VIGENTE ART. 455 CP. I.- Los proyectos de CP de 1980 a 1994. II.- La tramitación parlamentaria del precepto.*

Suele afirmarse que en los primeros tiempos de la humanidad prima el poder del individuo y que la autojusticia se considera como expresión natural del mismo; sólo con la organización posterior de la sociedad y el desarrollo del estado nacería la idea de la necesidad de sumisión al procedimiento establecido, del recurso a la heterotutela, para hacer valer el propio derecho.<sup>1</sup> Y el esquema es, desde el punto de vista lógico, satisfactorio... pero posiblemente no se corresponde exactamente con la realidad. Ciertamente, mientras no hubo un poder social organizado no es concebible imaginar que se proscribiera la autotutela, que se erige en única forma posible de tutela; lo que no es tan cierto es que del surgimiento de una organización estatal fuerte se siga siempre una limitación rigurosa de las posibilidades de autotutela del ciudadano. Eso depende de la concepción político-ideológica que respalde el poder de ese estado;<sup>2</sup> o, con más frecuencia de lo que pudiera pensarse, de la necesidad de un estado no

---

<sup>1</sup> Vid., por todos, **Saccone, A.**, "La evoluzione storico-giuridica della ragion fattasi" (*SP* 1924, págs. 155-192).

<sup>2</sup> Como ha señalado **Bobbio, N.**, "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos" (*Crisis de la democracia* (1985)), pág. 12, regular el recurso a la fuerza no basta para limitarlo y aún menos para eliminarlo.



demasiado fuerte de aquietar la fuerza particular que amenaza su poder. La historia de la proscripción penal de las vías de hecho no es lineal, y se ve (como, por demás, toda proscripción penal) fuertemente condicionada por elementos ideológicos y políticos.

Demostrar lo afirmado requeriría un estudio que no estoy en condiciones de desarrollar en este trabajo, pero creo que es importante tenerlo en cuenta antes de abordar un recorrido histórico. Esto sentado, me ceñiré en este capítulo a la tradición legislativa española, tras alguna referencia ilustrativa a los antecedentes de ésta, para concluir con un breve recorrido por la elaboración del actual delito.

Por demás, el art. 455 de nuestro CP castiga la realización arbitraria del propio derecho concebida en términos mucho más amplios que en los anteriores códigos penales españoles. Ello suscita problemas diferentes y exige perspectivas diversas de las que se habían adoptado tradicionalmente entre nosotros; con todo, conviene revisar siquiera someramente los antecedentes históricos. Por una parte, porque en los aspectos en que el actual delito no difiere de los anteriores, puede resultar de ayuda una referencia a éstos. Por otra, porque evidenciar las diferencias puede ayudar a la interpretación de lo nuevo. Y fundamentalmente, porque una perspectiva histórica ayuda a la comprensión de los aspectos esenciales de la infracción que nos ocupa.

### **2.A.- ANTECEDENTES REMOTOS DE LA ACTUAL PUNICIÓN DEL RECURSO A LAS VÍAS DE HECHO.**

La proscripción y punición del recurso a las vías de hecho remonta sus antecedentes a sistemas de Derecho muy remotos en el tiempo; sin ánimo ninguno de exhaustividad, conviene aquí siquiera señalar algunos hitos en su historia, sobre todo en cuanto pueda señalarse su influencia en los juristas españoles.

### 2.A.I.- Derecho antiguo.

Ya en los primeros textos jurídicos conocidos se han señalado antecedentes del delito de realización arbitraria del propio derecho. Es ciertamente difícil precisar el alcance de preceptos referidos a sistemas sociales y jurídicos tan diferentes a los nuestros y de los que sabemos tan poco; pero conviene siquiera citar el § 113 del código de HAMMURABI, según el cual:<sup>3</sup>

‘§ 113.- Si un señor debe recuperar (una deuda de) grano o de plata de (otro) señor y (si), sin el consentimiento del propietario del grano, toma grano del granero o de la era, se probará que ese señor tomó grano del granero o de la era sin el consentimiento del propietario del grano y devolverá todo el grano que cogió; además perderá todo lo que prestó.’

Más cercana y de alcance más cognoscible nos resulta la legislación romana. Roma entendió la autotutela como consecuencia natural de la existencia del derecho y de la dignidad del ciudadano; y el proceso civil, en sus primeros tiempos, se ofrecía como posibilidad y no como única vía, de forma que en tanto el derecho fuera incontestado su realización por vías de hecho era, si no legítima, al menos impune.<sup>4</sup> Esta libertad de autotutela encontró progresivas restricciones, pero no hasta el punto de que pueda cuestionarse su validez general en el Derecho clásico, cuando menos hasta sus últimos tiempos. Así, las leyes tardorrepublicanas de represión del *crimen vis*<sup>5</sup> limitaban su ámbito de aplicación a determinadas formas cualificadas de violencia,<sup>6</sup> y aunque recogían en su

<sup>3</sup> Tomo el texto de la traducción anotada de Lara Peinado, F., *Código de Hammurabi* (1986), con estudio preliminar; quien por demás señala (págs. XIII y CVI s.) que poco se sabe de la real valoración y aplicación del cuerpo legal que traduce en su época (1753 a.C.).

<sup>4</sup> Vid. Wesener, G., “Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht” (*LH-Steinwarter* (1978)), págs. 100 s. Vid. asimismo Saccone, pág. 161, con más matices; quien además advierte, n. 1 en pág. 159, que frente al sistema germánico que extendía el derecho a toda la familia, en Roma se destaca pronto su carácter individual.

<sup>5</sup> ‘*Lex Plautia de vi*’ y ‘*leges Iuliae de vi publica et de vi privata*’, en el siglo I a.C. Sobre el ‘*crimen vis*’, vid. Mommsen, T., *El Derecho penal romano II*, págs. 127-138; y Moscatelli, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Digesto Italiano*, vol. X), págs. 786 ss. Sobre la *lex Plautia*, vid. Santalucia, B., *DP romano* (1990), pág. 85 en texto y n. 35.

<sup>6</sup> Vid. Moscatelli, loc. cit.; y esp. Wesener, págs. 101 s. Contra, Saccone, pág. 169.

alcance supuestos relacionados con el asunto que nos ocupa<sup>7</sup> no supusieron una proscripción general del recurso a las vías de hecho, incluso violentas. Y si bien a través del Derecho pretorio, por vía de protección interdictal y del expediente del *metus*, se abre paso la prohibición del uso de la fuerza, justificada por el mantenimiento de la paz y el orden, allí donde se haya requerido intervención del pretor,<sup>8</sup> sigue con todo sin haber una prohibición general del recurso a las vías de hecho; aun en los casos señalados se reprime sólo el empleo de medios violentos para la autotutela, y no ésta por sí misma.

Sólo en la época imperial, en el marco de un sistema sociopolítico diferente, se conoció una proscripción general del recurso a las vías de hecho para la realización de un derecho,<sup>9</sup> cuando menos en lo referido a los derechos patrimoniales; la recoge un decreto de MARCO AURELIO, en el siglo segundo d.C., transcrito dos veces en el Digesto,<sup>10</sup> que se formula en los términos siguientes:<sup>11</sup>

“Es lo mejor que, si tú crees tener derecho a reclamar, ejercites las acciones pertinentes; el deudor debe seguir mientras tanto en la posesión <de sus bienes, pues> eres tú el demandante”. Como <un tal> Marciano replicara diciendo: “no hice violencia ninguna”, dijo el César: “¿acaso crees tú que sólo hay violencia cuando se hiere a las personas? También la hay cuando uno no reclama por el juez lo que él cree que se le debe, y no creo que se avenga con tu pundonor, con tu dignidad y justicia el hacer nada que no sea

<sup>7</sup> Así, respecto del apoderamiento por la fuerza de objeto litigioso y la toma análoga en prenda de cosa perteneciente al deudor o su cónyuge, Mommsen, pág. 137; y Santalucia, pág. 121.

<sup>8</sup> Vid. Wesener, pág. 102; en el mismo sentido Biondi, B., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni - Diritto romano” (*Novissimo Digesto Italiano VI* (1964)), pág. 811. Vid. asimismo Saccone, págs. 165 ss.

<sup>9</sup> Conecta estrechamente esta prohibición con el carácter público de todo el proceso en el procedimiento cognitorio Valiño, E., *Instituciones de Derecho privado romano* (1980), pág. 64.

<sup>10</sup> *D. XLVIII, 7, 7*, en sede de *vis privata*, sin que por ello se trate de *crimen vis* (así Moscatelli, págs. 787 s.; y Wesener, pág. 111); y *D. IV, 2, 13*, en sede de *metus*, con notables interpolaciones (vid. infra en el texto).

<sup>11</sup> Tomo la traducción de D’Ors, A., et al., *El Digesto de Justiniano*, t. III (1975), págs. 697 s. El original latino (*D. XLVIII, 7, 7*) dice: “Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es.” Et cum Marcianus diceret: “vim nullam feci”: Caesar dixit: “tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.”

conforme a derecho. Así, pues, siempre que se me pruebe que alguien posee temerariamente una cosa del deudor que éste no ha entregado y sin que haya intervenido el juez, y que se ha tomado la justicia por sí mismo, perderá su derecho de crédito”.’

A través de la espiritualización del concepto de violencia se sanciona el recurso a las vías de hecho con la pérdida del crédito, la misma consecuencia que diecinueve siglos antes había previsto el código sumerio citado.<sup>12</sup> Y, a partir de este momento, el recurso a las vías de hecho queda prohibido con carácter general,<sup>13</sup> prohibición que se va reforzando y ampliando a base de sucesivas interpolaciones, tanto en el decreto transcrito<sup>14</sup> como en los interdictos pretorios,<sup>15</sup> y en la que profundiza la legislación de los emperadores cristianos,<sup>16</sup> recogiénose en el Digesto con carácter general.<sup>17</sup>

‘No debe permitirse a los particulares lo que puede hacer oficialmente el magistrado, para no dar ocasión a mayores perturbaciones.’

### 2.A.II.- *Periodo intermedio.*

El argumento de orden público alegado explica claramente el porqué de la proliferación de prohibiciones de autojusticia en el periodo intermedio, en el que la fuerza privada pone en jaque al poder constituido.<sup>18</sup> La regulación medieval

---

<sup>12</sup> Como apunta Biondi, pág. 811.

<sup>13</sup> Sobre las excepciones a esta prohibición y su progresiva restricción, Wesener, págs. 105 ss.

<sup>14</sup> Vid. *D.* IV, 2, 13 (traducción en D’Ors, t. I (1968), pág. 179): al apoderamiento de cosa del deudor se añade el de cantidad dineraria, y se subraya que la entrega ha de ser espontánea. Señala Wesener, págs. 103 ss., que con ello se extiende el ámbito de aplicación del precepto y se da además entrada en él a la *vis compulsiva*.

<sup>15</sup> Vid. Saccone, págs. 171 s.

<sup>16</sup> Así Biondi, pág. 812; y Wesener, pág. 120. Destacadamente, Valentiniano III, en el año 389.

<sup>17</sup> D’Ors, t. III, pág. 881 (*D. L.*, 17, 176: ‘*Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi.*’).

<sup>18</sup> Así Pertile, A., *Storia del Diritto italiano V* (2ª ed., 1968), pág. 489; y Moscatelli, pág. 789. Sobre el derecho germánico, la influencia del cristianismo y la evolución medieval, vid. Saccone, págs. 174 ss.

conoció una notable exasperación de las penas conminadas; penas que, sin embargo, con frecuencia resultaban inaplicadas.<sup>19</sup>

Entre nosotros, el Derecho visigodo recogió sanciones contra la realización arbitraria de créditos,<sup>20</sup> añadiendo además previsiones contra la costumbre germánica de toma arbitraria de prenda.<sup>21</sup> En esta doble línea se destaca la legislación alfonsí, que reprimió con sanciones pecuniarias y pérdida del crédito el apremio o toma en prenda unilateral no estipulada,<sup>22</sup> y con pérdida del derecho su realización arbitraria. En cuanto a este último extremo, disponen las Siete Partidas:<sup>23</sup>

Partida VII, tít. 10, ley 10.- *‘Qué pena merece aquel que por sí mismo sin mandado del judgador entra, o toma por fuerça heredamiento, o cosa ajena. Entrando, o tomando alguno por fuerça por sí mismo sin mandado del judgador cosa ajena quier sea mueble, que rayz, dezimos que si derecho, o señorío avía en aquella cosa que así tomó que lo deve perder, e si derecho o señorío no avía en aquella cosa deve pechar aquel que la tomó, o la entró quanto valía la cosa forçada, e de mas deve lo entregar della, con todos sus frutos, e esquilmos que dende llevó. [...]’*

VII, 10, 14.- *‘Qué pena merescen aquellos que por fuerça sin mandamiento del judgador fazen a sus deudores que les paguen lo que les deven. Atrevidos son a las vegadas omes y ha de tomar por fuerça como en razón de prenda, o de paga algunas cosas de aquellos que les deven algo: e como quier que aquellos sean sus deudores tenemos que fazen desaguisado. Ca por aquesto son puestos los judgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mismos fazer. E por ende dezimos que si alguno contra esto fiziere tomando alguna cosa de casa, o de poder de su deudor, que si algún derecho avía en aquella cosa que tomó, que lo deve perder, por ende, e si derecho non avía deve tornar lo que tomó, e por la osadía que fizo deve perder el deudo que avía de aver: de aquel a quien lo forçó, e de allí adelante non es tenido el deudor de responder por ende. E ha lugar esta pena quando aquel que prendó a su deudor lo fizo por fuerça, o de otra manera sin derecho, e sin plazer del.’*

<sup>19</sup> Pertile, págs. 489 s. Sobre la aplicación del decreto de Marco Aurelio en el periodo en cuestión, vid. las referencias de Carrara, F., *Programma di Diritto Criminale: PS V* (9ª ed., 1911), § 2853.

<sup>20</sup> Vid. Fuero Juzgo, VIII, 1, 5. Los textos del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y la Novísima Recopilación que cito pueden consultarse en la colección *Los códigos españoles* (1847-1851).

<sup>21</sup> Así el Fuero Juzgo, V, 6, 1. Sobre el origen consuetudinario germánico de la prenda extrajudicial y su evolución, vid. Bajo Fernández, M., *La realización arbitraria del propio derecho* (1976), págs. 42-44; y Orlandis Rovira, J., “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval” y “La prenda como iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel” (*Anuario de Historia del Derecho Español* 1942-43, págs. 81-183; y 1953, págs. 83-93).

<sup>22</sup> Vid. ya en el Fuero Real, III, 19, 2 y IV, 5, 8; y Partidas, V, 13, 11; V, 14, 14; y VII, 10, 14.

<sup>23</sup> Ya en la misma línea el Fuero Real, IV, 4, 4. Para una glosa de época de las Partidas, López, G., *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono* (1555).

La Novísima Recopilación recogió, a su vez, tanto previsiones antiprendarias como sanciones para la toma por fuerza de cosa que se reputa debida:

Lib. XI, tít. 31, ley 1ª.- 'Contra derecho y contra razón es, que los hombres hagan prendas, por lo que les deben, por su autoridad, no les habiendo dado poder los deudores para los prender; y sin razón es, que unos sean prendados por lo que otros deben; por ende mandamos, que ningún hombre no sea osado de prender a otro, ni un Concejo a otro por cosa que digan que les deban o hayan de cumplir o de hacer, ni de prender a alguno por deuda que otro deba, salvo si lo pudiere hacer porque la otra parte se obligó, y le dió poder para que lo pudiese prender; y cualquier que contra esto hiciere, que caya por ello en pena de forzador, pero que los guardadores de los montes, y del pan y del vino, y de los pastos, y de los términos, por que son personas públicas, que puedan prender, según sus fueros y costumbres que han, sin la pena de esta ley.'

XI, 34, 1ª.- 'Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho allí había, piérdalo; y si derecho allí no había, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valía a quien lo forzó; mas si alguno entiende, que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro o en paz, demándelo.'

El estudio pormenorizado del alcance de estos textos y otros de tenor semejante escapa del objeto de este estudio;<sup>24</sup> baste, pues, con apuntar su existencia, para pasar al examen de los códigos penales españoles.

## **2.B.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES.**<sup>25</sup>

El delito de realización arbitraria del propio derecho se configura en el CP de 1995 con características muy diferentes a las que presenta la especial punición de las vías de hecho en nuestros códigos penales históricos. Estos presentan entre sí, sin embargo, una línea de cierto continuismo, matizable sin duda, pero que

---

<sup>24</sup> Puede verse un comentario de estos y otros textos de Partidas y la Novísima referidos a la materia que nos ocupa en *Escríche, J., Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1885), voces "Despojo" y "Fuerza".

<sup>25</sup> Para consulta de los textos legales citados en este epígrafe, y una breve introducción histórica, *López Barja de Quiroga, J., et al., Códigos penales españoles* (1988); para un estudio detenido y documentado, *Lasso Gaité, J.F., Crónica de la codificación española 5.I* (1986).

permite hablar de una tradición legislativa española en la configuración del delito en cuestión, frente a otros modelos (vid. infra cap. 3). Importa, pues, trazar siquiera los elementos principales de la misma, para poder después (infra, 2.C) estudiar el cambio y sus motivos.

A mi juicio, conviene a este efecto distinguir tres momentos distintos, integrados respectivamente por el CP de 1822, los códigos promulgados desde 1848 hasta 1932, y el CP de 1944. Dejo este último, como antecedente inmediato del actual precepto, para un segundo apartado en que me detendré con más calma; estudiando los demás sumariamente en el primero, separados en dos bloques.

Por demás, el modelo español ha tenido su influencia en tierras latinoamericanas, como evidencian el art. 494.20 del vigente CP chileno (vid. infra 3.B.V.f) y varios textos históricos cuya cita omito por carecer de actual vigencia.<sup>26</sup>

### ***2.B.I.- Los códigos anteriores a 1944.***

Desde el primer código penal español, nuestros textos penales han contenido siempre un delito especialmente dedicado a las vías de hecho violentas; o, por mejor decir, a un concreto caso de recurso a las mismas. Pese a los cambios de ubicación sistemática, el contenido del precepto ha sido esencialmente el mismo desde el código de 1848, que por demás se limitó a trazar una restricción de la conducta típica respecto del de 1822.

#### ***2.B.I.a.- La exacción violenta de créditos en el CP de 1822.***

El código penal de 1822 incluyó, dentro del título referido a los delitos contra la propiedad de los particulares, y en el seno del capítulo rubricado ‘De las fuerzas y violencias contra las propiedades, y de los despojos’, el artículo siguiente:

---

<sup>26</sup> Vid. v.gr. los citados por Groizard y Gómez de la Serna, A., *Código penal de 1870: concordado y comentado: tomo V* (1893), págs. 713 s.

‘Art. 810.- El que á la fuerza quitare á su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella, ó para obligarle á pagar lo que debe, sufrirá también un arresto de cuatro á veinte días, y una multa de cinco á cincuenta duros.’

El precepto restringía su aplicación al apoderamiento violento de cosa del deudor,<sup>27</sup> fuera para pago o como medio de coerción al pago, en línea coherente con las formulaciones de las Partidas.<sup>28</sup> Y así, sin que la discusión de Cortes arroje más luz sobre ello,<sup>29</sup> se configuraba un delito que asigna a las vías de hecho violentas una penalidad considerablemente privilegiada con respecto a las correspondientes a los tipos comunes de coacciones o robo, pero limitando su aplicación a la exacción violenta de créditos por los medios reseñados. Esta restricción del ámbito típico en función de la clase de derecho y las formas de ejecución, junto con el predominio de elementos objetivos como precondition de la relevancia típica del elemento final de la acción (vid. infra 2.B.II.c), marcaron una tradición legislativa en línea diversa de la seguida en Italia (vid. infra 3.B), que se mantuvo hasta el CP de 1995, acentuándose incluso.

### ***2.B.I.b.- La regulación de los códigos promulgados 1848 a 1932.***

En efecto, el CP de 1848 profundizó en la restricción del ámbito correspondiente al delito en cuestión, al prever, ahora dentro del título destinado a los delitos contra la libertad y la seguridad, en el capítulo VI, ‘De las amenazas y coacciones’, un precepto del tenor siguiente:<sup>30</sup>

‘Art. 411.- El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente á su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con las penas de arresto menor y una multa equivalente al valor de la cosa, pero que en ningún caso bajará de 15 duros.’

---

<sup>27</sup> En el CP de 1822, ‘fuerza’ y ‘violencia’ podían recaer sobre personas o cosas, usándose con frecuencia de modo indistinto; vid. arts. 723 ss.

<sup>28</sup> Como ha señalado **Bajo Fernández**, *La rapd*, pág. 42.

<sup>29</sup> No se discutió el artículo; vid. *Diario de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821: discusión del proyecto de CP: tomo III* (1822), pág. 471.

<sup>30</sup> Sobre el proyecto y su tramitación, **De Cárdenas**, F., “Examen crítico del nuevo código penal” (*El Derecho moderno*, t. I, 1848), págs. 109 ss.



El supuesto de apoderamiento de cosa del deudor como medio para obligarle al pago quedaba, pues, excluido de la conducta típica, que se ceñirá en adelante al apoderamiento para hacerse pago.<sup>31</sup> Y el delito se colocaba entre los relativos a libertad y seguridad, en el capítulo destinado a amenazas y coacciones, donde se mantendría hasta 1944, con la pena más baja de todo el capítulo;<sup>32</sup> pena que por cierto, y esto se mantendría también hasta 1944, era como en el código anterior de privación de libertad y multa, pero determinando esta última en proporción al valor de la cosa, con la previsión de un mínimo coincidente con el de la sanción pecuniaria correspondiente a delitos.<sup>33</sup>

El texto de 1850 mantuvo en su artículo 421, y con idéntica ubicación sistemática, la disposición; y el código de 1870, en su artículo 511, conservó en la misma sede el precepto, contentándose con cambiar la pena por la de ‘arresto mayor en su grado mínimo y multa equivalente al valor de la cosa, pero que en ningún caso bajará de 125 pesetas’. El código de 1928, aparte de referir el título correspondiente a la libertad y seguridad ‘individuales’, recogió la descripción típica referida en su artículo 682 sin sentar más innovación que señalar ‘las penas de dos meses y un día de prisión a seis meses y una multa equivalente al duplo del valor de la cosa, y que nunca será inferior a 1.000 pesetas’. Y el código republicano de 1932,<sup>34</sup> suprimiendo nuevamente el ‘individuales’ del título, volvió en su artículo 489 a la pena del CP de 1870, aumentando el mínimo de la multa a 250 pesetas.

El delito, pues, había pasado de un título referido a la delincuencia patrimonial a uno encaminado a la tutela de la libertad de los particulares. Y, sin embargo, la doctrina apuntó pronto en una línea más cercana a la tradición de

---

<sup>31</sup> Para Castejón, F., *Derecho penal I* (1931), pág. 431, queda impune, atípica, la prenda arbitraria.

<sup>32</sup> La pena, de hecho, estaba en el umbral que separaba faltas de delitos, como señalaba De Aramburu y Arregui, J.D., *Instituciones de DP español* (1860), pág. 302.

<sup>33</sup> Sólo el código carlista de 1875 (*Código penal de don Carlos VII: edición oficial* (1875), art. 409) propuso pena de arresto menor sin multa adicional.

Partidas,<sup>35</sup> señalando que el hecho atenta contra la paz pública,<sup>36</sup> contra el orden público y la administración de justicia,<sup>37</sup> y criticando la ubicación sistemática del precepto.<sup>38</sup> En cualquier caso, el deslinde con los delitos patrimoniales, dada la coincidencia de actos externos, presentaba dificultades notables: mientras en doctrina se defendía una distinción en función del elemento subjetivo<sup>39</sup> (unos entendiendo como requisito previo la existencia del crédito;<sup>40</sup> otros atendiendo a la convicción en conciencia más que a la existencia real de la deuda, pero sentando una presunción contra reo, por los indicios externos, de ánimo de lucro<sup>41</sup>), alguna jurisprudencia llegó a afirmar que el robo prevalecía por especialidad sobre las coacciones, de las que el delito en estudio era una modalidad.<sup>42</sup>

Por demás, la referencia al medio empleado, esencial a la infracción,<sup>43</sup> desde el código de 1848 no era ya a la ‘fuerza’ como en el código de 1822 (en el que el término recogía tanto *vis in rebus* como violencia personal), sino a la ‘violencia’; lo que no impidió estimar comprendida la fuerza en las cosas, excluyendo, eso sí, la intimidación.<sup>44</sup>

---

<sup>34</sup> Para una contextualización de este código, Jiménez de Asúa, L., *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República* (1ª ed., 1934).

<sup>35</sup> Citan expresamente Groizard y Gómez de la Serna, pág. 715, Partidas V, 14, 14; y Vicente y Caravantes, J., *CP reformado* (1851), pág. 430, la motivación de Partidas VII, 10, 14, ‘Ca por aquesto son puestos los judgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mismos fazer’.

<sup>36</sup> Pacheco, J.F., *El código penal concordado y comentado III* (3ª ed., 1867), pág. 273.

<sup>37</sup> Así Groizard y Gómez de la Serna, pág. 715; vid. asimismo Vizmanos, T.M., y Álvarez Martínez, C., *Comentarios al CP II* (1848), pág. 451.

<sup>38</sup> V.gr., con referencia al código italiano, Castejón, pág. 431; y no faltó quien defendiera la ubicación anterior, v.gr. De Cárdenas, t.I, pág. 222.

<sup>39</sup> Y no de los objetivos; vid. Pacheco, loc. cit.

<sup>40</sup> Así Jaramillo García, A., *Novísimo Código Penal II* (1929), pág. 319.

<sup>41</sup> Vid. Groizard y Gómez de la Serna, págs. 716 s.

<sup>42</sup> Vid. STS de 18-I-1887 (38, 57).

<sup>43</sup> Como subrayaba Viada y Vilaseca, S., *CP reformado de 1870: VI* (5ª ed., 1927), pág. 99.

<sup>44</sup> Vid. la argumentación de Groizard y Gómez de la Serna, págs. 715 s.; y Vizmanos y Álvarez Martínez, pág. 451.

### 2.B.II.- *La rapd en el código penal de 1944.*

El artículo 337 del código penal de 1944 (texto refundido), ubicado ahora en el título ‘De los delitos contra la Administración de Justicia’, en un capítulo ‘De la realización arbitraria del propio derecho y de la simulación de delito’, disponía:

‘Art. 337.- El que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas.’

El delito cambiaba así de sede sistemática,<sup>45</sup> para aplauso de unos y crítica de otros (vid. infra II.a); y se le daba además *nomen* propio, formulado con una amplitud a la que difícilmente podía satisfacer el restringido alcance de la descripción típica (infra, II.b).<sup>46</sup> Las diferencias, esto aparte, eran pocas: junto a la violencia se recogía expresamente la intimidación, y desaparecía la pena privativa de libertad. Y así se mantuvo el precepto, inalterado tanto en la revisión de 1963 como en la refundición de 1973, y sin más modificación que las sucesivas adaptaciones del mínimo de la multa a la cuantía mínima de la sanción por delito, hasta el CP de 1995.

Conviene, como precedente inmediato de la disposición en estudio, dispensarle una atención más detenida; siquiera sea para destacar las importantes diferencias. Pero, precisamente por ellas, no creo que valga la pena trasladar aquí una cita exhaustiva de la jurisprudencia suscitada por el precepto, relativamente

---

<sup>45</sup> La modificación fue obra de la Ponencia, sin que la anunciara el Proyecto de Ley que habilitaba al gobierno para publicar un nuevo texto refundido; sobre este extremo, **Lasso Gaité**, págs. 826 ss. Ni el anteproyecto de 1938 ni el proyecto de 1939 habían apuntado en esta línea; vid. las ediciones con estudio preliminar de **Casabó Ruiz, J.R.**, *El anteproyecto de CP de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* (1978), pág. 150, art. 469, y *El proyecto de CP de 1939* (1978), pág. 141, art. 478.

<sup>46</sup> Señalaba lo restringido de este ‘abuso de derecho criminalizado’ **Quintano Ripollés**, *DP II*, pág. 575; y pedía una tipificación más generosa, v.gr., **Corcoy Bidasolo, M.**, “Protección penal del sabotaje informático” (*LL* 1990-1), págs. 1015 s. Sobre posibles calificaciones de la realización arbitraria de derechos que no cupieran en el tipo, **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 51-55.

profusa en contraste con el escaso número de trabajos doctrinales específicamente destinados a este tema.<sup>47</sup>

### **2.B.II.a.- Bien jurídico.**

El cambio de ubicación sistemática operado, colocando ahora el delito entre los que atentan contra la ‘Administración de Justicia’, fue en general bien acogido;<sup>48</sup> pero el problema de la determinación del bien jurídico no quedaba con ello resuelto.<sup>49</sup> Por una parte, porque la concreción del exacto contenido del bien jurídico ‘Administración de Justicia’ y de la lesión que para el mismo representaba la conducta típica no resultaba sencilla. Por otra, porque no tardaron en señalarse bienes jurídicos distintos a la infracción, afirmando que eran éstos los que se tutelaban. Y finalmente, porque de la afirmación de la lesión tanto de la ‘Administración de Justicia’ como de bienes jurídicos de titularidad particular surgió la tesis de la ‘pluriofensividad’ del delito en cuestión.

Aunque necesariamente he de volver sobre la cuestión al estudiar el bien jurídico del actual precepto (infra, cap. 4), conviene aquí siquiera perfilarla, señalando las posiciones adoptadas bajo la vigencia del CP anterior.

#### **2.B.II.a.1.- La ‘Administración de Justicia’ como bien jurídico.**

A la hora de afirmar el bien jurídico tutelado en el título así rubricado, las referencias al ‘normal funcionamiento’<sup>50</sup> o ‘buen funcionamiento’<sup>51</sup> de la ‘Administración de Justicia’ eran y son profusas. Cuestión distinta es la

---

<sup>47</sup> Valga, pues, con una remisión a las revisiones jurisprudenciales de Arroyo de las Heras, A., et al., *Diccionario de Jurisprudencia penal* (1993); Gómez de Liaño y Cobaleda, M. (ed), *Código penal: comentarios y jurisprudencia* (1995); Manzanares Samaniego, J.L., y Albácar López, J.L., *Código penal: comentarios y jurisprudencia* (1990); Márquez de Prado y Noriega, M.D., et al., *Diccionario de Jurisprudencia penal 1981-1993* (1993); Rodríguez Navarro, M., *Doctrina penal del TS II* (2ª ed., 1960); y Ruiz Gutiérrez, U., *Diccionario índice de jurisprudencia penal 1983-1988* (1991); así como al estudio de Bajo Fernández, *La rapd.*

<sup>48</sup> Vid. v.gr. Puig Peña, F., *Derecho penal II* (1946), pág. 194; Puig Peña, F./Ortiz Ricol, G., *Derecho penal PE* (7ª ed., 1988), págs. 223 s.; y Sánchez-Tejerina, I., *Derecho penal español II* (4ª ed., 1945), pág. 124. No fue, sin embargo, un aplauso unánime (vid. infra 2.B.II.a.2).

<sup>49</sup> No faltaron críticas al mero trasplante de título sin modificación ninguna; vid. Rodríguez Devesa, J.M./Serrano Gómez, A., *Derecho penal español PE* (18ª ed., 1995), pág. 1036.

<sup>50</sup> V.gr. Elías Mondeja, A., “Delitos contra la Administración de Justicia” (*RGD* 1994), pág. 9135; y Puig Peña/Ortiz Ricol, pág. 224.

determinación concreta de lo que se esconde tras estas expresiones generales, y más en particular de cómo afecta en este campo la conducta descrita en el art. 337 del CP de 1944.<sup>52</sup>

El título, creado por el código de 1928 y al que han ido sumándose, poco a poco y a modo de aluvión, diferentes delitos, hasta el punto de que se ha podido calificar de título ‘permanentemente abierto’,<sup>53</sup> no parece haber encontrado en quienes de él se han ocupado una definición clara y generalmente acogida, de modo que no ha faltado quien lo tachara de cierta vaguedad e imprecisión.<sup>54</sup>

El intento de QUINTANO RIPOLLÉS de referir todos los delitos del título al *proceso*, en sus distintas fases (incluyendo entre ellas la pre-procesal, donde encuadraba la realización arbitraria del propio derecho),<sup>55</sup> profusamente citado a modo ilustrativo, no logró sin embargo adhesión generalizada.<sup>56</sup> Más éxito han tenido las referencias a la *función jurisdiccional*, a la administración de justicia como función de administrar justicia, monopolio estatal en beneficio de los particulares.<sup>57</sup> Se destaca así su carácter instrumental, insistiendo en que se trata

---

<sup>51</sup> V.gr. Vives Antón, T.S. (ed.), *Derecho penal PE* (3ª ed., 1990), pág. 279.

<sup>52</sup> Extremo que lleva a algunos a desdecirse; cfr. v.gr. Puig Peña/Ortiz Ricol, págs. 223 s. y 250.

<sup>53</sup> Quintero Olivares, G., “Los delitos contra la Administrac. de Justicia” (*RJC* 1980), pág. 191.

<sup>54</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho penal PE* (10ª ed., 1995), pág. 770. Vid. asimismo González Rus, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia” (M. COBO DEL ROSAL (ed.), *Manual de DP PE IV* (1994)), pág. 1; y Quintero Olivares, “Los delitos...”, págs. 191-194.

<sup>55</sup> Vid. Quintano Ripollés, *DP II*, págs. 569 ss. En la misma línea, con matices, Luzón Peña, D.-M., “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia” (*Estudios penales* (1991)), pág. 577.

<sup>56</sup> Vid. v.gr. Vives Antón, *PE* (1990), pág. 280; Magaldi Paternostro, M.J., y García Arán, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal” (*DJ* 1983), págs. 1121 s. y 1126 s.; y esp., cuestionando su viabilidad por castigarse conductas como la realización arbitraria del propio derecho, González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 5.

<sup>57</sup> Vid. v.gr. García Arán, M., “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el proyecto de CP de 1992” (*LH-Del Rosal* (1993)), pág. 520; García Miguel, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia en la PANCP” (*DJ* 1983), pág. 1111; González Rus, “Delitos...” (1994), págs. 2-6; Magaldi y García Arán, págs. 1124 ss. (a quienes sigue en todo Bustos Ramírez, J., *Manual de DP PE* (1ª ed., 1986), págs. 423 s.; y más matizadamente Vives Antón, *PE* (1990), pág. 279); o, incluyendo la actividad de todo el personal a su servicio y refiriéndolo a la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva, Serrano Butragueño, I., “Introducción...” (*Delitos contra la Administración de Justicia* (1995)), págs. 26 y 30. Del ‘interés político de monopolización por parte del Estado de la

de un bien jurídico institucional por excelencia que constituye una garantía procedimental para los miembros de la colectividad.<sup>58</sup> Y la conducta típica en cuestión atentaría pues contra la ‘Administración de Justicia’ precisamente por ‘prescindir’ de ella en una cuestión que sólo sus órganos pueden resolver.<sup>59</sup>

Para otros, en cambio, a lo que atendía el precepto es a tutelar ‘el interés del Estado en monopolizar el uso de la fuerza para resolver los conflictos’,<sup>60</sup> ‘el interés general en la resolución pacífica de conflictos’.<sup>61</sup> Lo que no se identificaría necesariamente con la ‘Administración de Justicia’, pero guardaría en todo caso estrecho parentesco con ella, dado que la resolución de conflictos es cometido de la Jurisdicción.

### ***2.B.II.a.2.- La protección de bienes de titularidad individual, el orden público y la afirmación de la pluriofensividad del delito.***<sup>62</sup>

Pese al cambio de ubicación sistemática,<sup>63</sup> no faltaron voces que afirmaran que el delito en cuestión lo era contra la libertad individual, bien señalándola en

actividad de la Justicia’ junto a la posesión como bienes jurídicos hablaba **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 59 ss.

<sup>58</sup> Así **Bustos Ramírez**, *PE*, págs. 423 s.

<sup>59</sup> Así, por todos, **Ferrer Sama, A.**, *Comentarios al CP III* (1948), págs. 434 s.; vid. asimismo **González Rus**, “Delitos...” (1994), pág. 59; y **Serrano Butragueño**, “Introducción...”, págs. 33 y 54 s., apelando a tutela judicial efectiva, juicio justo y juez ordinario predeterminado por la ley. Para **García Miguel**, pág. 1113, este delito (en la redacción de la PANCP) era el prototipo de los incluíbles en el título; contra, entendían que era difícilmente defendible su mantenimiento en el título e incluso en el CP **Magaldi Paternostro**, “Algunas cuestiones en torno al delito de rapd” (*ADPCP* 1992), pág. 92; y **Magaldi y García Arán**, págs. 1126 s. y 1157 s.

<sup>60</sup> **Vives Antón**, *PE* (1990), pág. 294; vid. asimismo **Magaldi Paternostro**, n. 18 en pág. 90 y págs. 90 s. y 108; y **Magaldi y García Arán**, loc. últ. cit.

<sup>61</sup> **De la Mata Barranco, N.J.**, *La realización arbitraria del propio derecho* (1995), pág. 52; circunscribiéndolo luego, págs. 56 ss. y 94, al ámbito patrimonial. En el mismo sentido, ya antes, en *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación* (1994), págs. 112 ss.; las argumentaciones de esta monografía sobre el delito que nos ocupa (págs. 102 ss. y 475 ss.) son sustancialmente recogidas en *La rapd*, por donde cito en adelante.

<sup>62</sup> Sobre todas estas posibilidades volveré críticamente infra, 4.B.II, III y IV, al estudiar el bien jurídico del actual precepto; baste, por ahora, con señalar que ya se apuntaron con el antecedente.

<sup>63</sup> Que era ‘más nominal que real’ para **Díaz Palos, F.**, “Ánimo de lucro” (C.-E. MASCAREÑAS (ed.), *Nueva Enciclopedia Jurídica II* (1950)), pág. 675; idem, la STS de 12-VI-1975 (A2863). Cfr. sin embargo al mismo **Díaz Palos, F.**, “Coacción” (*ibidem*, vol. IV (1952)), pág. 213, entendiendo que la Administración de Justicia era ‘la objetividad jurídica verdaderamente atacada’.

exclusiva como bien jurídico,<sup>64</sup> bien como objeto de lesión inmediata apuntando además una lesión mediata de la 'Administración de Justicia'.<sup>65</sup> Se advirtieron por otra parte, profundizando en la misma línea y junto a la libertad y seguridad, posibles atentados contra la integridad, o incluso contra la vida.<sup>66</sup>

Para otros se trataba más bien de tutelar la propiedad, el patrimonio del deudor;<sup>67</sup> o bien, en línea opuesta, de privilegiar al acreedor en atención a su crédito.<sup>68</sup> Y se apuntó asimismo la tutela del orden público junto a la de libertad y seguridad individuales.<sup>69</sup>

Y finalmente se plantearon también soluciones eclécticas, constituidas en opinión dominante, que daban en afirmar la 'pluriofensividad' del delito;<sup>70</sup> acogiendo por demás un amplio abanico de posibilidades en la combinación de bienes jurídicos protegidos, que podía incluir o no la 'Administración de Justicia'.<sup>71</sup>

### **2.B.II.b.- Sujetos, acción, objeto y medios comisivos.**

La preexistencia de una relación jurídica obligacional 'lícita, vencida y exigible' era generalmente afirmada como presupuesto del delito, del que sería autor el acreedor frente al deudor;<sup>72</sup> si bien los casos en que la conducta violenta

<sup>64</sup> Vid. v.gr. STS de 1-II-1971 (A453).

<sup>65</sup> V.gr. Cuello Calón, E., *Derecho penal II.1* (14ª ed., 1982), pág. 342. De 'coacción judicialista' calificaba el precepto Quintano Ripollés, A., *Comentarios al CP* (1966), pág. 671.

<sup>66</sup> Por todos, Córdoba Roda, J., *Comentarios al CP III* (1978), pág. 1182.

<sup>67</sup> Ferris Albenca, págs. 813 y 826, indicando además libertad y salud; vid. asimismo Córdoba Roda, *CP*, pág. 1182; contra, De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 94; STS de 15-III-1991 (A2145). Cf. además, sobre la posesión, Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 61.

<sup>68</sup> Así, crítico y proponiendo la abrogación del precepto, Bustos Ramírez, *PE*, pág. 431.

<sup>69</sup> Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1020. De 'paz jurídica' hablaba Magaldi Paternostro, pág. 91, en consideraciones 'de lege ferenda'.

<sup>70</sup> V.gr. López Coig, J.C., "Art. 337" (C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA (ed.), *Doctrina y jurisprudencia del CP* (1988)), págs. 1559 s.; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 789; Rodríguez Montañés, T., "Error sobre la cualidad de deudor en un delito de rapd" (*PJ* 1993), pág. 32; Sánchez Ocaña, R., "Art. 337" (J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y L. RODRÍGUEZ RAMOS (eds.), *CP comentado* (1990)), pág. 618; SSTS de 16-II-1990 (A1562) y 27-X-1992 (A8540). Contra, argumentando en torno a la pena conminada, Magaldi y García Arán, pág. 1157.

<sup>71</sup> La excluía v.gr. López Barja de Quiroga, J., *Manual de DP PE III* (1992), pág. 103.

<sup>72</sup> Vid. Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 67; Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; Córdoba Roda, *CP*, pág. 1182, aceptando obligaciones de dar y de hacer; Ferrer Sama, pág. 435; Ferris Albenca,

o intimidatoria recayera sobre persona distinta de la del deudor se entendían comprendidos en el tipo sin mayores problemas.<sup>73</sup> El *extraneus*, pues, podía intervenir como partícipe o cómplice, pero no a título de autor en sentido estricto;<sup>74</sup> de hacerlo respondería por el delito común correspondiente contra la libertad o la propiedad.<sup>75</sup>

En cualquier caso, la acción típica venía descrita como ‘apoderarse’. Para unos, el apoderamiento había de ser necesariamente activo, de forma que los supuestos de apropiación de cosa que el sujeto tenía pacíficamente en su poder, aun cuando la retuviera por la fuerza, eran atípicos;<sup>76</sup> para otros, tanto quien arrebatara como quien retiene por la fuerza integraban la descripción típica.<sup>77</sup> Alguna jurisprudencia, además, entendió que sólo estaba dentro del ámbito de este delito el acreedor que actuara previo requerimiento pacífico e infructuoso al

---

pág. 811; López Coig, pág. 1559; Magaldi Paternostro, págs. 88 y 92 ss., restringiendo a obligaciones contractuales de dar; Magaldi y García Arán, págs. 1155 s., con reservas respecto de obligaciones de hacer; De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 94, para obligaciones de dar; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 789, dando al error en esta sede tratamiento de error de tipo (pág. 791); Sánchez Ocaña, pág. 618; Vives Antón, *PE* (1990), pág. 294; y SSTs de 14-XI-1984 (A5488), 30-IX-1985 (A4583), 25-XI-1985 (A5477), 12-I-1990 (A1919), 16-II-1990 (A1562) y 15-XI-1991 (A8304), entre otras. Contra, afirma la posibilidad de estimar el delito en negocios con causa ilícita o pendientes de liquidación López Barja de Quiroga, *PE III*, págs. 104-106.

<sup>73</sup> V.gr. Ferris Albenca, pág. 816; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 62; Magaldi y García Arán, pág. 1156; Sánchez Ocaña, pág. 618.

<sup>74</sup> Vid. Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 78 s.; Córdoba Roda, *CP*, pág. 1185; Ferrer Sama, pág. 435; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 115; López Coig, pág. 1559; Sánchez Ocaña, pág. 621; Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español PE* (2ª ed., 1992), pág. 676; y STS de 15-III-1988 (A2019).

<sup>75</sup> Así López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 115; Sánchez Ocaña, pág. 621. Sobre la posibilidad de actuación de terceros en nombre del acreedor, vid. Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en DP I* (1985), págs. 84-86, 153 ss., 270 s. y 388; y STS de 14-XI-1984 (A5488).

<sup>76</sup> González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 61; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 107; Sánchez Ocaña, pág. 618; Vives Antón, *PE* (1990), pág. 295.

<sup>77</sup> La interpretación venía de antiguo; vid. STS de 29-XI-1878 (19, 4754). Más recientemente, Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 62 s.; Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; Cuello Calón, *DP*, pág. 342; Ferris Albenca, págs. 815 y 831, estimando concurso ideal con la apropiación indebida; López Coig, pág. 1558; Magaldi Paternostro, págs. 96 s.; Magaldi y García Arán, pág. 1156; De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 68 y 91 s.; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 789; y STS de 14-XI-1984 (A5488).



deudor, afirmando que quien arrebatara la cosa sin pedir antes que se le entregue no se hace pago, sino integra un robo.<sup>78</sup>

En cuanto al objeto de apoderamiento, el precepto exigía que se tratara de ‘cosa perteneciente a su deudor’;<sup>79</sup> y, para que fuera posible la acción típica, solía afirmarse que necesariamente habría de ser cosa mueble.<sup>80</sup> Dada la finalidad solutoria a que debía orientarse el apoderamiento, se entendía generalmente que la cosa no podía tener un valor notablemente superior al de la deuda,<sup>81</sup> y algún sector doctrinal minoritario, además, partiendo de consideraciones acerca del bien jurídico protegido y de la distinción con el objeto de protección de los delitos contra la propiedad, afirmó la necesidad de que se tratara de la concreta cosa debida.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Así, SSTS de 12-II-1990 (A1468), 21-III-1991 (A2331) y 4-XII-1991 (A8974). Contra, Córdoba Roda, *CP*, pág. 1183; Ferris Albenca, pág. 811; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 60; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 108.

<sup>79</sup> Doctrina y jurisprudencia acudían casi unánimemente al concepto civil de propiedad; contra, entendiéndose que bastaba con la posesión legítima, Puig Peña/Ortiz Ricol, pág. 251; y STS de 28-VI-1972 (A3456). Cobrarse de quien no es deudor o en cosa que no le pertenece a sabiendas era robo o apropiación indebida y no *rapd*; por todos, SSTS de 9-VI-1964 (1964, 1152) y 12-I-1990 (A1919). Si por error se tomaba cosa de tercero, afirmaba sorprendentemente la impunidad Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; por su parte Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 791, estimaba robo aplicando las reglas generales del error, en solución criticada por Rodríguez Montañés, n. 32 y pág. 246, quien acababa a su vez sin embargo proponiendo castigar por robo o hurto estimando atenuante analógica con la de preterintencionalidad o... error.

<sup>80</sup> Así Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 66; Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 61; Jaso Roldán, pág. 173; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 109; Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de DP PE* (5ª ed., 1995), pág. 369; Magaldi Paternostro, pág. 97; Magaldi y García Arán, pág. 1156; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 790; Queralt Jiménez, pág. 676; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1037; Sánchez Ocaña, pág. 619; Vives Antón, *PE*, (1990), pág. 295; SSTS de 25-XI-1985 (A5477) y 15-III-1988 (A2019). Contra, Ferris Albenca, pág. 817, criticado por Magaldi Paternostro, págs. 97 s.

<sup>81</sup> Así, calificando por robo en caso contrario en atención a elementos subjetivos, López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 111; afirmando el robo en cuanto al exceso, González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 61; y Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 791; yendo a hurto para el exceso en tanto la intención fuera apropiarse de lo debido Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 76. En la jurisprudencia v.gr. SSTS de 12-II-1990 (A1468) y 15-XI-1991 (A8304); contra, centradas en el animus, SSTS de 12-VI-1975 (A2863) y 15-III-1991 (A2145).

<sup>82</sup> Así, aun reconociendo que el tenor literal no parece excluir cosa no debida, Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 46 ss.; Bajo Fernández, M. y Lozano Miralles, J., “La realización arbitraria del propio derecho” (*LH-Casabó* (1997)) págs. 141 ss.; y, ‘a pesar de la literalidad del precepto’, De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 62. Contra, Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; Córdoba Roda,

Finalmente, en lo que a los medios típicos se refiere, el precepto recogía el apoderamiento que tuviera lugar ‘con violencia o intimidación’.<sup>83</sup> El tenor literal resultaba pues más amplio que el de los códigos anteriores, ceñidos a la violencia; pero ya con aquéllos se había dado entrada a la fuerza en las cosas (vid. supra 2.B.I.b in fine), que aquí no había sido tampoco expresamente incluida. Así, mientras unos excluían del ámbito de este delito el apoderamiento con fuerza en las cosas,<sup>84</sup> otros afirmaban que entraba en el marco típico,<sup>85</sup> entendiendo por violencia lo que se ejecuta contra el ‘modo normal y propio’ de obrar.<sup>86</sup> Por demás, los supuestos en que la violencia o la intimidación tenían lugar después del apoderamiento, para retener la cosa, suscitaban cierta división de opiniones, fuertemente conectada con el problema de si ‘apoderarse’ alcanzaba o no el retener.<sup>87</sup>

---

CP, pág. 1184; Ferris Albenca, pág. 817; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 61; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 110; Luzón Cuesta (1995), pág. 369; Magaldi Paternostro, págs. 98 y 102 s.; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 790; Rodríguez Montañés, pág. 244; Vives Antón, *PE* (1990), pág. 295; SSTS de 14-XI-1984 (A5488), 15-III-1988 (A2019) y 27-X-1992 (A8540).

<sup>83</sup> Sobre la impunidad del apoderamiento no violento ni intimidatorio, vid. Bajo Fernández y Lozano Miralles, págs. 152 s.; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 63; Queralt Jiménez, pág. 676; Quintano Ripollés, *DP II*, pág. 575; y STS de 3-II-1981 (A478).

<sup>84</sup> Córdoba Roda, *CP*, pág. 1185; Ferris Albenca, pág. 816; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 108; Luzón Cuesta (1995), pág. 369; Magaldi y García Arán, pág. 1156; De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 72 s., 90 y 93; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 789; Sánchez Ocaña, pág. 618; Vives Antón, *PE*, pág. 295; SSTS de 12-II-1990 (A1468), 3-XI-1990 (A8515), 27-X-1992 (A8540)...

<sup>85</sup> Así v.gr. Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 64; Cuello Calón, *DP*, pág. 342; Jaso Roldán, pág. 173; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1037; y SSTS de 1-II-1971 (A453), 28-VI-1972 (A3456), y 12-VI-1975 (A2863).

<sup>86</sup> STS de 16-III-1962 (A1052), que lo aplica al escalamiento; y STS de 28-VI-1972 (A3456). Contra, críticos, Córdoba Roda, *CP*, pág. 1185; López Coig, pág. 1558; y STS de 14-XI-1984 (A5488). El recurso a los criterios establecidos en sede de robo, a que acudió alguna jurisprudencia, era para Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, n. 1 en pág. 1037, ‘un tanto excesivo por una parte y restrictivo por otra’.

<sup>87</sup> Abría puertas al supuesto, v.gr., Córdoba Roda, *CP*, pág. 1185. Contra, negaban que se integrara el tipo ya de antiguo STS de 9-II-1881 (24, 5821); más modernamente SSTS de 15-X-1947 (A1158) y 12-VI-1975 (A2863); Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 65; y, sorprendentemente, tras afirmar que la violencia para retener integra el tipo, Ferris Albenca, pág. 816; y Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 789.

### 2.B.II.c.- El elemento final del tipo.

La descripción típica exigía que el sujeto actuara ‘para hacerse pago’ con la cosa,<sup>88</sup> extinguiendo la deuda con su adquisición.<sup>89</sup> Este ‘ánimo’ fue pronto entendido como ‘dolo específico’,<sup>90</sup> elemento subjetivo de la antijuridicidad<sup>91</sup> que hacía imposible la comisión imprudente del delito.<sup>92</sup>

En cuanto a los supuestos de prenda extrajudicial, en que el apoderamiento no se realizaba para hacerse pago sino para compeler al pago, entender que no podían estimarse comprendidos colocaba al intérprete en la disyuntiva de considerarlos impunes o castigarlos como coacciones;<sup>93</sup> aunque el Tribunal Supremo no siempre fue tan escrupuloso en la interpretación del elemento subjetivo, y estimó el delito en casos semejantes.<sup>94</sup>

Y el deslinde con el ánimo de lucro dio lugar a doctrinas divergentes:<sup>95</sup> mientras la posición dominante entendía que la concurrencia del ánimo de

<sup>88</sup> Exigía que fuese fin ‘exclusivo’ del autor la STS de 15-X-1947 (A1158).

<sup>89</sup> Así Córdoba Roda, *CP*, pág. 1183; y Magaldi y García Arán, pág. 1156.

<sup>90</sup> Así, Cuello Calón, *DP*, pág. 343; SSTS de 26-II-1982 (A847) y 25-XI-1985 (A5477).

<sup>91</sup> Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 67; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 63; Jaso Roldán, pág. 173; Magaldi Paternostro, pág. 100; De la Mata Barranco, *Tutela...*, pág. 269; Polaino Navarrete, M., *Los elementos subjetivos del injusto en el CP español* (1972), pág. 282; Sánchez Ocaña, pág. 619; SSTS de 21-III-1991 (A2331), 4-XII-1991 (A8974) y 27-X-1992 (A8540).

<sup>92</sup> V.gr. Bustos Ramírez, *PE*, pág. 432; Ferris Albenca, pág. 820; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 63; Jaso Roldán, pág. 174; López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 114; López Coig, pág. 1559; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 790; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1037; Vives Antón, *PE*, pág. 295; SSTS de 14-XI-1984 (A5488) y 27-X-1992 (A8540).

<sup>93</sup> Así López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 114; acudía en algunos casos a amenazas Magaldi Paternostro, pág. 95; y a los delitos contra la libertad De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 93. Proponiendo acudir a eximente incompleta o calificar como falta, Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 791; calificando como falta, Bajo Fernández, M., *La rapd*, págs. 48 ss., y “Problemas concursales entre los delitos de robo, coacciones, amenazas condicionales y rapd” (*Revista de Derecho Público* 1975, págs. 167-172). Contra, entendiendo que cabían en el tipo de rapd, González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 64; solución que no me parece irrazonable, dado que toda prenda supone en definitiva una apropiación condicional (vid. supra 3.A.I.a.3).

<sup>94</sup> Vid. SSTS de 16-III-1962 (A1052) y 12-VI-1975 (A2863), con comentario crítico de Bajo Fernández, “Problemas...”. En sentido diverso, STS de 4-X-1982 (A5588), con comentario de Maqueda Abreu, M.L. (*LL* 1983-2, págs. 181-189).

<sup>95</sup> Sobre esta cuestión volveré más adelante al estudiar el actual precepto, tomando postura tras sentar los necesarios presupuestos (infra, 5.A.II.b.3 -vid. en general 5.A.II-).

hacerse pago excluye el ánimo de lucro,<sup>96</sup> un sector minoritario, siguiendo a BAJO FERNÁNDEZ,<sup>97</sup> afirmaba que el ánimo de hacerse pago no es sino una modalidad de ánimo de lucro.<sup>98</sup>

En cualquier caso, este elemento final sólo era relevante si se daban los presupuestos objetivos del tipo: de faltar la relación obligatoria no podía acudir al art. 337 del CP de 1944, sino necesariamente a coacciones o robo, con aplicación en su caso de las reglas del error.<sup>99</sup>

### 2.B.II.d.- *Iter criminis, penalidad y problemas concursales.*

El sujeto había de actuar con la finalidad de hacerse pago con la cosa, pero la consecución o no de su intento y la efectiva cancelación de la deuda eran irrelevantes en cuanto a perfección del delito se refiere.<sup>100</sup> lo que exigía el tipo, y así era generalmente entendido, era el apoderamiento. La acción típica venía descrita como ‘apoderarse’;<sup>101</sup> y a la hora de fijar el momento consumativo se atendía, como en el delito de robo, a la consecución de una cierta disponibilidad

<sup>96</sup> Cuello Calón, *DP*, pág. 343; Díaz Palos, “Ánimo...”, pág. 675; González Rus, “Delitos...” (1994), pág. 63; Jaso Roldán, pág. 174; Magaldi Paternostro, pág. 112; Polaino Navarrete, *Los elementos...*, n. 145 en pág. 282; Quintano Ripollés, *CP*, pág. 671, y *DP II*, pág. 575; Rodríguez Devesa, J.M., *El hurto propio* (1946), págs. 185 y 190 s.; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1037; Vives Antón, *PE* (1990), pág. 295; SSTS de 12-VI-1975 (A2863), 26-II-1982 (A847), 21-III-1991 (A2331) y 4-XII-1991 (A8974). Afirmando que el de lucro excluye asimismo el de hacerse pago, ya de antiguo, STS de 4-X-1935 (135, 10).

<sup>97</sup> Bajo Fernández, M., “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago” (*ADPCP* 1975, págs. 355-377), sustancialmente reproducido en *La rapd*, págs. 17-41, por donde cito en adelante. Vid. asimismo Bajo Fernández, “Problemas...”, págs. 168-170; y Bajo Fernández y Lozano Miralles, págs. 142 ss.

<sup>98</sup> En esta línea, Ferris Albenca, págs. 820 y 824 ss.; Gracia Martín, *I*, pág. 154; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 790; Rodríguez Montañés, págs. 241 ss.; SSTS de 12-I-1990 (A1919) y 16-II-1990 (A1562). Estimando que son ánimos distintos no incompatibles, De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 88 y 94; y STS de 15-III-1991 (A2145).

<sup>99</sup> A sus reglas generales remitía López Barja de Quiroga, *PE III*, pág. 114; más detalladamente, Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 71-76. Contra, estimaba *rapd* la STS de 26-II-1982 (A847).

<sup>100</sup> Vid., por todos, Córdoba Roda, *CP*, pág. 1184.

<sup>101</sup> Así, v.gr., cifraba la consumación en el apoderamiento y construía en torno al mismo las formas imperfectas Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 792.

sobre la cosa, siquiera momentánea.<sup>102</sup> Así, las formas de ejecución imperfecta resultaban configurables sin mayor problema.<sup>103</sup>

La pena señalada, multa equivalente al valor de la cosa sin que pudiera bajar del mínimo de multa por delito, fue criticada como insuficiente por algún sector;<sup>104</sup> y resultaba enormemente disfuncional para quienes acudían al hurto en los casos de apoderamiento no violento ni intimidatorio. Quizá por ello se defendían con frecuencia interpretaciones restrictivas;<sup>105</sup> o incluso posturas abrogacionistas, bien entendiendo suficiente sin más el recurso a los delitos comunes,<sup>106</sup> bien proponiendo la inclusión en éstos de alguna cláusula atenuatoria para los casos correspondientes.<sup>107</sup>

En cuanto a concurrencia con los delitos contra la libertad, generalmente se negaba la posibilidad de concurso del delito estudiado con los de amenazas y coacciones;<sup>108</sup> no obstante, no faltaba quien mantuviera la posibilidad de una relación concursal para supuestos muy graves, que excedieran de lo que podía

---

<sup>102</sup> Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 77; Ferrer Sama, pág. 435; González Rus, "Delitos..." (1994), pág. 61; STS de 15-III-1991 (A2145).

<sup>103</sup> Así González Rus, "Delitos..." (1994), pág. 61; López Barja de Quiroga, *PE III*, págs. 114 s.; Luzón Cuesta (1995), pág. 370; Queralt Jiménez, pág. 676; Sánchez Ocaña, pág. 620.

<sup>104</sup> Así v.gr. Queralt Jiménez, pág. 676. Se empleó el argumento para negar tanto la pluriofensividad del delito (vid. Magaldi Paternostro, págs. 87 s.) como la tutela de la Administración de Justicia (vid. Ferris Albenca, pág. 823).

<sup>105</sup> Por todos, SSTS de 12-II-1990 (A1468), 21-III-1991 (A2331) y 4-XII-1991 (A8974).

<sup>106</sup> V.gr. Magaldi y García Arán, pág. 1158; y Serrano Butragueño, "Introducción...", pág. 73.

<sup>107</sup> Siguiendo de cerca a ANTOLISEI (vid. infra 3.B.I.b), Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 82 ss.; limitándolo a delitos contra la libertad, De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 63 y 94.

<sup>108</sup> Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 79 s.; Jaso Roldán, pág. 174; López Coig, pág. 1560; Luzón Cuesta (1995), pág. 370; De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 64; Muñoz Conde, *PE* (1995), pág. 792; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1037; Sánchez Ocaña, pág. 621; SSTS de 1-II-1971 (A453) y 12-VI-1975 (A2863). La tesis de Ferris Albenca, págs. 830 s., estimando *rapd* sólo cuando violencia o intimidación eran constitutivas de falta, fue tachada con razón de carecer de base legal (González Rus, "Delitos..." (1994), págs. 94 s.; Magaldi Paternostro, pág. 90)(exigía precisamente que violencia o intimidación fueran constitutivas de delito y no de falta la STS de 1-II-1971 (A453)); pero además se explica mal cómo afirmando que el bien jurídico protegido es la propiedad (pág. 813) puede luego convertir el precepto en una agravación de faltas contra la libertad por el 'plus de desvalor que supone la arbitrariedad en el ejercicio del propio derecho' (pág. 832) (vid., en sentido semejante, las críticas a FERRIS ALBENCA de Magaldi Paternostro, págs. 103-108).

estimarse comprendido en la ‘violencia o intimidación’ del texto del precepto.<sup>109</sup> En todo caso, cuando faltaran requisitos del tipo (y ejemplar es el caso, para algunas interpretaciones, de los supuestos de prenda arbitraria), y no cupiera afirmar ánimo de lucro, se proponía sin reparos la estimación del delito contra la libertad.<sup>110</sup>

De producirse lesiones de la integridad corporal, se daba un concurso de delitos,<sup>111</sup> para el que solía apuntarse la solución del concurso ideal.<sup>112</sup> Solución que algunos extendían a delitos contra la vida.<sup>113</sup>

En cuanto a infracciones patrimoniales se refiere, la distinción con el delito de robo, cuyos elementos objetivos concurren, había de hacerse en función del fin específico de hacerse pago.<sup>114</sup> Quienes no entendían que el ánimo de hacerse pago desplazara al de lucro se veían forzados, en casos de apoderamiento sin violencia ni intimidación, a castigar por hurto, con el consiguiente sinsentido de castigar con menor pena si concurría violencia;<sup>115</sup> escollo que esquivaban

<sup>109</sup> En concurso ideal para **López Barja de Quiroga**, *PE III*, pág. 116; en concurso medial coacciones y daños, pero no amenazas, para **Queralt Jiménez**, pág. 676. Más generosamente admitía el concurso con amenazas **Vives Antón**, *PE* (1990), pág. 294; y con los delitos contra la libertad en general, en concurso ideal, **Córdoba Roda**, *CP*, págs. 1185 s.

<sup>110</sup> Así **Muñoz Conde**, *PE* (1995), págs. 791 s.; veía falta **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 49 s., y “Problemas...”, págs. 170-172. Contra la aplicación ‘rayando en la analogía contraria al reo’ del delito de coacciones a realizaciones arbitrarias de derechos no previstas en el antiguo artículo 337, **Mira Benavent, J.**, “El concepto de violencia en el delito de coacciones” (*CPC* 1984), págs. 137, 166 y 177 s.

<sup>111</sup> Por todos, **Bajo Fernández**, *La rapd*, pág. 80; **López Barja de Quiroga**, *PE III*, pág. 116; **De la Mata Barranco**, *La rapd*, pág. 93; **Sánchez Ocaña**, pág. 621; y STS de 26-II-1982 (A847).

<sup>112</sup> Así **Córdoba Roda**, *CP*, pág. 1185; **González Rus**, “Delitos...” (1994), pág. 64, excluyendo las faltas; **López Coig**, pág. 1560; **Luzón Cuesta** (1995), pág. 370.

<sup>113</sup> V.gr. **Córdoba Roda**, **González Rus** y **López Coig**, *ibidem*.

<sup>114</sup> Así v.gr. **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 17 ss.; **Cuello Calón**, *DP*, pág. 343; **Magaldi Paternostro**, pág. 100; **Puig Peña**, pág. 196; **Quintano Ripollés**, *DP II*, pág. 575. Contra, **Ferris Albenca**, pág. 831, para quien la *rapd* se refería a violencia o intimidación constitutivas de falta, y no entraba pues nunca en concurso con el robo.

<sup>115</sup> Así v.gr. **Ferrer Sama**, pág. 436, proponiendo *de lege ferenda* la supresión del art. 337 o la creación de un subtipo atenuado no violento; **Ferris Albenca**, pág. 831; y **Muñoz Conde**, *PE* (1995), pág. 792. Contra, entendiendo una relación de subsidiariedad tácita en atención a elementos objetivos (relación crediticia) y subjetivos (ánimo de hacerse pago) que excluiría robo y hurto aun cuando faltaran requisitos (violencia) del precepto principal, **Rodríguez Montañés**, pág. 245.

algunos negando que la conducta lesionara la propiedad como bien jurídico-penal.<sup>116</sup> Por otra parte, entre quienes negaban que cupiera estimar hurto había quien veía un sinsentido en poder castigar al propietario por sustracción de cosa propia con perjuicio de tercero del entonces art. 532.1º, quedando el no propietario impune.<sup>117</sup>

### **2.B.II.e.- Breve comentario crítico y remisión.**

El delito de realización arbitraria del propio derecho que configura el art. 455 del vigente CP presenta importantes diferencias con el del art. 337 del anterior código; tanto en el alcance de la conducta típica como en la importancia de elementos objetivos como precondition de la relevancia del elemento final. Sin embargo, son muchas las cuestiones comunes a uno y otro; sobre todas ellas habré de pronunciarme necesariamente de nuevo y más detenidamente en los capítulos siguientes, pero no creo oportuno pasar adelante sin antes hacer, siquiera a título provisional y sin perjuicio de volver más adelante sobre los mismos temas, algunas precisiones. Además, claro está, de posicionarme en algunos puntos relativos al anterior precepto que no creo que deban quedar sin comentario alguno.

La descripción del art. 337 del anterior código ceñía su alcance a un reducido círculo de supuestos, de forma que el tipo venía decididamente estrecho al ampuloso *nomen* que se le asignaba.<sup>118</sup> Pero no tanto como pretendían ciertas interpretaciones restrictivas carentes de base legal: lo era la de quienes entendieron necesario el previo requerimiento pacífico e infructuoso al deudor; y también la de quienes intentaron restringir el alcance del precepto al apoderamiento de la concreta cosa debida, contra su tenor literal. Es el legislador,

---

<sup>116</sup> En interpretación restrictiva del art. 337; así **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 38 ss., y “Problemas...”, págs. 169 s.; **Bajo Fernández y Lozano Miralles**, págs. 151 ss.; y **De la Mata Barranco**, *La rapd*, pág. 62. En los delitos patrimoniales de defraudación se apelaba a criterios sistemáticos para excluir el castigo; vid. **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 47 s.; y **Bajo Fernández y Lozano Miralles**, pág. 153.

<sup>117</sup> **Quintano Ripollés**, *CP*, pág. 672, y *DP*, pág. 575.

<sup>118</sup> Así, v.gr., **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 13 s.; y **Puig Peña**, pág. 195.

y no el intérprete, quien determina la pena que corresponde al apoderamiento de cosa distinta a la debida para hacerse pago con ella; y el problema en esta sede no es, a mi juicio, la interpretación del delito de realización arbitraria del propio derecho, sino la que se hace de los delitos que tutelan la propiedad. En mi opinión, el ánimo de hacerse pago, modalidad del de realizar un derecho propio, es distinto y conceptualmente incompatible con el ánimo de lucro;<sup>119</sup> baste por ahora con apuntar este extremo, sobre el que volveré en la sede oportuna.

Pero si los intentos de restringir el alcance del tipo contra su letra resultaban criticables, no podían merecer mejor juicio los de quienes intentaron extender el ámbito de tipicidad más allá del tenor del precepto. Y era el caso de los que estimaban comprendida la retención, porque la conducta en cuestión consistía en apoderarse con violencia o intimidación, y aunque éstas pueden emplearse para retener, se trata lógicamente de un momento posterior al del apoderamiento. En todo caso, volveré sobre el tema más adelante, si bien aplicando el razonamiento al actual precepto, que tiene en esta sede importantes diferencias con su precesor.<sup>120</sup>

Finalmente, eran abundantes las soluciones que concluían en el sinsentido de afirmar tratamiento más riguroso para supuestos menos lesivos, o de agravar la sanción por la voluntad de hacerse pago y no de lucrarse sin título. Por ejemplo, la de quienes proponían el castigo por delitos contra la libertad de la prenda extrajudicial violenta o intimidatoria, asignándole en consecuencia mayor pena que al apoderamiento solutorio por las mismas vías; o la que proponía, en los supuestos de apoderamiento de cosa de mayor valor que la deuda, castigar por robo y por realización arbitraria del propio derecho, con lo que el sujeto activo salía peor parado que si hubiera robado el total; o la propuesta de FERRIS

---

<sup>119</sup> El mismo **Bajo Fernández**, *La rapd*, pág. 82, reconoce 'algo de razón' al argumento de que la concepción jurídica popular no considera 'ladrón' al que toma para pago; vid. infra 3.A.I y 5.A.II.b.3.



ALBENCA en la que el principal efecto de la finalidad de hacerse pago era convertir en delito violencias *per se* constitutivas de falta.<sup>121</sup> Todas ellas resultan inaceptables desde una adecuada interpretación del precepto, por diferentes motivos entre los que destacan consideraciones sistemáticas, teleológicas y de proporcionalidad que iré desarrollando a lo largo de este trabajo. Me contento, por el momento, con apuntar lo dicho.

En todo caso, la mayor parte de estas cuestiones deben ser abordadas de nuevo y más detalladamente en el examen del actual delito de realización arbitraria del propio derecho, a lo largo de los capítulos siguientes, a los que me remito. Es para ello paso previo indispensable la determinación del bien jurídico protegido; pero sobre este extremo prefiero no adelantar conclusiones, y me remito directamente al capítulo correspondiente.

## **2.C.- PROYECTOS DE CP Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL VIGENTE ART. 455 CP.**

El actual precepto presenta importantes diferencias respecto de su predecesor. Diferencias que se anunciaron ya con el proyecto de CP de 1980, que adoptó un modelo de delito de realización arbitraria del propio derecho muy diferente del acogido en la tradición legislativa española, el cual a su vez fue modificándose en los sucesivos proyectos y finalmente sufrió alteraciones de importancia en el trámite parlamentario. Vayamos por partes.

---

<sup>120</sup> Diferencias, por demás, que hacen inaplicables al actual precepto entendimientos como el de Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 60, que veía en la violencia o intimidación mero desvalor de acción -y no más-, relevante tan solo por el carácter fragmentario de la incriminación.

<sup>121</sup> Vid. Ferris Albenca, págs. 830 s., y los reparos esbozados supra, n. 108.

### 2.C.I.- Los proyectos de CP de 1980 a 1994.

Vigente la Constitución de 1978, el proyecto de ley orgánica del CP de 1980 acogió, frente a la tradición española, una descripción típica de corte mucho más amplio.<sup>122</sup> Con clara influencia italiana (vid. infra 3.B), incluía en el título dedicado a los delitos contra la administración de justicia un capítulo quinto rubricado ‘de la obstrucción a la Justicia y de la realización arbitraria del propio derecho’, en que encontraba sede el precepto siguiente:<sup>123</sup>

‘Art. 514.- El que, para realizar un derecho propio, en lugar de acudir a la vía judicial, recurriere a la violencia, intimidación o fuerza, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciere uso de armas.’

El precepto, ubicado en el mismo título que su inmediato antecedente, describía ahora la conducta típica con notable amplitud,<sup>124</sup> atendiendo al elemento final y a los medios empleados sin restringir su alcance a la realización del derecho al pago ni requerir, cuando menos expresamente, la efectiva existencia de una relación obligatoria.<sup>125</sup> Siguiendo de cerca el precepto italiano, se pedía además que el comportamiento se desarrollara ‘en lugar de acudir a la vía

---

<sup>122</sup> Para **García Valdés, C.**, *Notas sobre el Proyecto de CP* (1980), pág. 68, adecuando así mejor la conducta a su nomen; en el mismo sentido, respecto del vigente CP, **Martín Canivel, J.**, “La ejecución arbitraria de propio derecho” (*CDJ* 1997), pág. 133. Sobre el proyecto de 1980, vid. **Lasso Gaité**, págs. 910-914.

<sup>123</sup> *BOCG* de 17-I-1980, Serie A, nº 108-I, pág. 750.

<sup>124</sup> Entendía **Quintero Olivares**, “Los delitos...”, pág. 201, que los más de los comportamientos cabrían en amenazas o coacciones, ‘lo cual producirá más de un despropósito o simplemente dificultad para decidir’, proponiendo suprimir el precepto o cuando menos perfilarlo mejor. En línea semejante, más escueto, **Rodríguez Devesa, J.M.**, *Derecho penal español PE* (8ª ed., 1980), pág. 1005. La amplitud de la descripción, para **Luzón Peña**, “Consideraciones...”, pág. 599, generaba problemas interpretativos y enormes dificultades para una restricción teleológica y sistemática de su alcance a lo deseable; para **Magaldi y García Arán**, pág. 1177, suponía una ampliación ‘ad infinitum’ que conllevaba arduos problemas de deslinde con la exigente de ejercicio legítimo de un derecho.

<sup>125</sup> En línea que había sugerido ya **Bajo Fernández**, *La rapd*, pág. 82. Entendía, criticándolo, que el nuevo texto seguía exigiendo la real existencia de un derecho **Mira Benavent**, “El concepto...”, pág. 178.

judicial', se incluía el recurso a la 'fuerza', y se exasperaba la pena de hacerse uso de armas para la intimidación o violencia.<sup>126</sup>

La propuesta de anteproyecto del nuevo código penal de 1983 mantuvo la línea esbozada en 1980,<sup>127</sup> sin modificaciones de fondo más allá de incluir junto a las armas 'otros objetos peligrosos' y precisar que la fuerza empleada lo era 'en las cosas',<sup>128</sup> dejando el precepto como único integrante de su capítulo dentro del título dedicado a la administración de justicia.<sup>129</sup>

Y en línea muy semejante se pronunciaba el anteproyecto de código penal de 1992, que en el mismo libro y título dedicaba ahora también en exclusiva al precepto su capítulo IV, rubricado 'De la realización arbitraria del propio derecho'. Disponía:<sup>130</sup>

'Art. 425.- 1. El que, para realizar un derecho propio, en lugar de acudir a procedimientos judiciales o administrativos empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.'

---

<sup>126</sup> Circunstancia agravatoria de carácter objetivo, señalaba **García Miguel**, pág. 1113. Entendían, respecto de la misma agravación en la PANCP, **Magaldi y García Arán**, pág. 1178, que era 'reflejo de una posición político-criminal defensiva a ultranza y de una consiguiente insostenible exacerbación de la prevención general'.

<sup>127</sup> Continuismo que no es casual: la ponencia recibió instrucciones de tomar como base el proyecto de 1980. Vid. **García Miguel**, pág. 1109.

<sup>128</sup> Subrayaban que la inclusión de fuerza en las cosas era a imitación del precepto italiano **Magaldi Paternostro**, n. 17 en pág. 89; y **Magaldi y García Arán**, pág. 1178.

<sup>129</sup> PANCP (1983), pág. 110: 'Cap. III, 'De la rapd': Art. 426.- 1. El que para realizar un derecho propio en lugar de acudir a la vía judicial empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. / 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u otros objetos peligrosos.' Justificaba la separación de la simulación de delito **García Miguel**, pág. 1113; y había criticado la agrupación del proyecto de 1980 **Luzón Peña**, "Consideraciones...", pág. 577. Criticando el mantenimiento en el título de apresuramiento heredado y no meditado, **Magaldi y García Arán**, págs. 1177 s., que entendían reforzado con ello el entendimiento del 'monopolio exclusivo del Estado al uso de la coacción' como bien jurídico protegido, proponiendo en consecuencia la eliminación del precepto.

<sup>130</sup> *Anteproyecto de CP de 1992* (1992), pág. 127. Los proyectos de LO de actualización del CP de 1988 y 1989 (arts. 12.20° y 15.19°, respectivamente) se habían contentado con elevar el mínimo de la multa a 100.000 pesetas, sin modificar la descripción típica del antiguo art. 337.

Este texto sería el que, recogido primero en el art. 434 del proyecto de 1992,<sup>131</sup> y luego en el art. 432 del proyecto de 1994,<sup>132</sup> llegaría a las Cortes para dar lugar a la aprobación del nuevo código. La novedad respecto de los anteriores proyectos consistía en que, desbordando ahora los límites del modelo italiano seguido en éstos, el sujeto no eludía necesariamente la vía judicial, pues bastaba con no acudir a ‘procedimientos administrativos’.<sup>133</sup>

### **2.C.II.- La tramitación parlamentaria del precepto.**<sup>134</sup>

El tenor del proyecto fue objeto, en el Congreso, de cuatro enmiendas que tuvieron una suerte desigual:<sup>135</sup>

La primera de ellas, firmada por el *Grupo Mixto-ERC*,<sup>136</sup> proponía la inclusión en el párrafo primero del inciso ‘o dispusiere de forma abusiva sus facultades en el manejo de fondos ajenos’, y se justificaba afirmando que se sancionarían con ello conductas arbitrarias de entidades bancarias, aseguradoras y de crédito que ejecutan pretendidos derechos económicos sin previo procedimiento judicial, con indefensión del individuo. No aceptada por la ponencia, el grupo parlamentario no hizo expresión de mantenerla para el pleno.

---

<sup>131</sup> Vid. *BOCG* de 23-IX-1992, Serie A, nº 102-I, pág. 89. Criticaba, además de la indefinición del tipo, la ubicación sistemática García Arán, “Consideraciones...”, págs. 521 ss., señalando que lo que se castigaba realmente era el medio violento, y quedaría mejor ubicado entre coacciones, amenazas o daños.

<sup>132</sup> *Proyecto de LO del CP* (1994), pág. 154.

<sup>133</sup> Supuesto que, para García Arán, “Consideraciones...”, pág. 523, no tenía nada que ver con la Administración de Justicia. En sentido semejante, haciéndose eco de las enmiendas presentadas en el Congreso, Colás Turégano, A., *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el CP de 1995* (2001), pág. 23.

<sup>134</sup> Las citas de trabajos parlamentarios que siguen pueden consultarse, en publicación separada, en *Ley Orgánica del CP: trabajos parlamentarios*. 3 vols., Cortes Generales, Madrid, 1996.

<sup>135</sup> Vid. *BOCG* de 6-III-1995, Serie A, nº 77-6.

<sup>136</sup> Enmienda nº 202 al proyecto, nº 36 de las presentadas por el ‘Grupo Mixto-ERC’.

La segunda,<sup>137</sup> propuesta por el *Grupo Popular* y asumida por la ponencia, proponía la supresión del inciso ‘en lugar de acudir a procedimientos judiciales o administrativos’, al entender que se trataba de un elemento innecesario del tipo.

Una tercera enmienda,<sup>138</sup> que la ponencia no aceptó y el grupo parlamentario mantuvo para el pleno, venía firmada por el *Grupo Federal IU-IC*, y pedía la supresión del inciso ‘o administrativos’, al entender que suponía una ampliación desmesurada que nada tenía que ver con el bien jurídico ‘Administración de Justicia’. Pese a haberse rechazado ésta, la aceptación de la anterior enmienda suprimió al tiempo el inciso en cuestión, y el portavoz parlamentario del grupo, LÓPEZ GARRIDO, la entendió en la comisión tácitamente aceptada por la ponencia y excluidos en consecuencia los procedimientos administrativos.<sup>139</sup>

La cuarta enmienda que nos interesa, firmada por el *Grupo Parlamentario Catalán (CiU)*,<sup>140</sup> proponía la redacción ‘violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas’, por ‘razones de técnica legislativa’. Aceptada por la ponencia,<sup>141</sup> sorprendentemente no se incorporó al texto del proyecto, y fue finalmente rechazada por el pleno.<sup>142</sup>

El texto que llegó al Senado, pues, disponía:

‘Art. 432.- 1. El que, para realizar un derecho propio, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

<sup>137</sup> Enmienda nº 456 al proyecto, presentada por el ‘Grupo Popular’; sobre la asunción por la ponencia, vid. *BOCG* de 7-VI-1996, nº 516, pág. 15794.

<sup>138</sup> Enmienda nº 816 al proyecto, presentada por el ‘Grupo Federal IU-IC’.

<sup>139</sup> Vid. *BOCG* de 7-VI-1995, nº 516, pág. 15795; aunque el portavoz socialista lo hallara ‘coherente’ (ibidem, págs. 15797 s., mencionando al tiempo una enmienda de ‘Coalición Canaria’ que no consta en el *BOCG*), el mismo LÓPEZ GARRIDO matizaría más tarde, repasando la labor parlamentaria, que ‘sólo por vía interpretativa y a partir de esta consideración del bien jurídico [afectación de la Administración de Justicia al prescindir de ella] puede excluirse el procedimiento administrativo’ del texto definitivo (López Garrido, D., y García Arán, M., *El CP de 1995 y la voluntad del legislador* (1996), pág. 190).

<sup>140</sup> Enmienda nº 1161 al proyecto.

<sup>141</sup> Vid. el informe de la ponencia, *BOCG* de 25-V-1995, Serie A, nº 77-8.

<sup>142</sup> Pese a que el portavoz parlamentario en el pleno lo daba por aprobado; vid. *BOCG* de 5-VII-1995, nº 162, págs. 8676 y 8686.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciere uso de armas u objetos peligrosos.’

En la Cámara Alta se presentó una única enmienda, que la ponencia incorporó a su informe; firmada por el *Grupo Parlamentario Socialista*, proponía la inclusión del inciso ‘actuando fuera de las vías legales’, con la lacónica justificación de ‘mejora técnica’.<sup>143</sup>

Y así, sin que la discusión parlamentaria arroje más datos al respecto, veía la luz el precepto; ubicado en el título XX (‘Delitos contra la Administración de Justicia’) del libro II de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, como único integrante del capítulo IV, ‘De la realización arbitraria del propio derecho’, con el tenor siguiente:

‘Art. 432.- 1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciere uso de armas u objetos peligrosos.’

Del alcance y significado de la redacción y sus modificaciones me ocuparé en los capítulos siguientes; pero conviene antes hacer un breve recorrido de Derecho comparado, de donde obtener elementos que permitan comprender más adecuadamente el delito español de realización arbitraria del propio derecho.

---

<sup>143</sup> Enmienda nº 397, al entonces art. 447.1; aceptada por mayoría en la ponencia, la incorporó ésta a su informe de 6-X-1995 (BOCG de 9-X-1995).



### Capítulo 3

#### Derecho comparado.

**A.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DE DERECHOS EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN.** I.- *La realización arbitraria de derechos y los delitos patrimoniales.* I.a.- *Delitos de apropiación.* I.a.1.- *Doctrina dominante.* I.a.2.- *Otras posiciones.* I.a.3.- *Especial consideración de los supuestos de prenda arbitraria.* I.b.- *Delitos de enriquecimiento.* II.- *La realización arbitraria de derechos y los delitos contra la libertad.* III.- *Referencia a los ordenamientos austríaco y suizo.* IV.- *Consideraciones críticas.* B.- **EL 'ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI' EN EL DERECHO ITALIANO.** I.- *Bien jurídico.* I.a.- *La administración de justicia como bien jurídico.* I.b.- *La protección de bienes de titularidad particular.* I.c.- *La protección del orden público.* II.- *Conducta típica.* II.a.- *El fin de ejercer un 'preteso diritto', 'potendo ricorrere al giudice'.* II.b.- *La 'violenza' real y personal.* II.c.- *Iter criminis.* II.d.- *Causas de justificación.* II.e.- *Problemas concursales.* III.- *La perseguibilidad a querrela del ofendido.* IV.- *Consideraciones críticas.* V.- *Otros ordenamientos que siguen el modelo italiano.* V.a.- *El 'ejercicio indebido del propio derecho' en México.* V.b.- *La 'prohibición de hacerse justicia por sí mismo' en Panamá.* V.c.- *El 'ejercicio violento del derecho' en El Salvador.* V.d.- *La 'justicia por la propia mano' en Uruguay.* V.e.- *La 'prohibición de hacerse justicia por sí mismo' en Venezuela.* V.f.- *La previsión del CP chileno.* C.- **EL 'EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES' EN EL DERECHO BRASILEÑO.** I.- *Bien jurídico, conducta típica y problemas concursales.* II.- *Otros ordenamientos con previsiones de alcance semejante.* II.a.- *El 'ejercicio arbitrario de derechos' en Cuba.* II.b.- *La realización arbitraria de derechos en Grecia.* III.- *Consideraciones críticas.*

El recurso de los particulares a las vías de hecho para la satisfacción de derechos es un fenómeno universal. Frente a él, las opciones de base de un sistema penal pueden ser dos: o bien se omite toda referencia expresa al mismo, aplicando en su caso las previsiones de los distintos tipos delictivos comunes existentes; o bien se construye una incriminación expresa y especial de las vías de hecho.<sup>1</sup>

El primer sistema no prevé expresamente especialidades para el supuesto en que la finalidad del sujeto sea realizar un derecho. Lo que no significa que ésta

---

<sup>1</sup> Para una exposición detallada y problematizada de ambas opciones, insistiendo (pág. 153) en el distinto juego de los principios generales en ambos sistemas, vid. Ancel, M., "Rapport général sur le principe 'nul ne peut se faire justice à soi-même' et ses limites en Droit pénal et en Droit du travail" (TAHC 1969, págs. 149-158).



resulte de todo punto indiferente;<sup>2</sup> buen ejemplo, en el que creo que merece la pena detenerse un tanto, son las elaboraciones desarrolladas en Alemania, Austria y Suiza sobre este punto. Y, aunque en formulaciones no siempre tan contundentes, en las que no voy a detenerme en este trabajo, la cuestión ha sido abordada también en otros sistemas de tradición continental y de *common law* (v.gr. Bélgica,<sup>3</sup> Estados Unidos,<sup>4</sup> Francia,<sup>5</sup> Gran Bretaña<sup>6</sup> y Japón<sup>7</sup>).

La segunda opción, la configuración de una incriminación específica del recurso a las vías de hecho para la realización de derechos, más extendida de lo que suele creerse,<sup>8</sup> puede a su vez corresponder a dos modelos significativamente diferenciados:

Algunos sistemas jurídicos, y esta ha sido la opción del legislador español de 1995, castigan penalmente la realización arbitraria de derechos configurando una infracción centrada en el uso de violencia o fuerza en las cosas. Cuando el autor se sirva de estos medios típicos con la finalidad de ejercer un derecho, el título especial desplazará la posible aplicación de otros tipos delictivos, y se castigará por él; cuando, concurriendo el elemento finalístico típico, no se haga uso de medios violentos, el hecho será atípico y quedará impune. Paradigmático en este sistema de incriminación es el modelo italiano, en que me detendré un tanto, por su clara influencia en el código español vigente; y pueden citarse

---

<sup>2</sup> Como subraya Ancel, pág. 158, suscita problemas de técnica jurídica, política criminal y filosofía jurídica.

<sup>3</sup> Vid. Legros, R., y Masson, J.-P., "Rapport sur le principe 'nul ne peut se faire justice a soi-même' en Droit belge" (TAHC 1969, págs. 159-172).

<sup>4</sup> Vid. LaFave, W.R., y Scott jr., A.W., *Criminal Law* (2ª ed., 1986), §§ 8.7.f.2, 8.5.d, y 8.6.f.4; y Torcia, Ch.E., *Wharton's criminal law*, vol. 3 (15ª ed., 1995), §§ 353 s., y vol. 4 (14ª ed., 1981), § 471.

<sup>5</sup> Vid. Ancel, págs. 156 s.; más restrictivos, Larguier, J., y Berr, C., "Rapport sur la règle 'nul ne peut se faire justice a soi-même' en Droit français" (TAHC 1969, págs. 173-210).

<sup>6</sup> Vid. Curzon, L.B., *Criminal law* (8ª ed., 1997), pág. 237; y Smith, J., y Hogan, B., *Criminal Law* (8ª ed., 1996), págs. 547 s., 564, 601 y 679 ss.

<sup>7</sup> Vid. Morishita, T., "Rapport sur le principe 'nul ne peut se faire justice a soi-même' en Droit japonais" (TAHC 1969, págs. 223-228).

<sup>8</sup> Además de los aquí estudiados, citan Ancel, pág. 150, y Stoppato, n. en págs. 116 s., preceptos daneses, groenlandeses, islandeses, turcos, yugoslavos, suecos...

además, en esta línea, los códigos penales de Chile, México, Panamá, El Salvador, Uruguay y Venezuela.

Existen finalmente ordenamientos que reprimen penalmente, en previsión expresa, el recurso a las vías de hecho para la realización de un derecho aun en los casos en que dicho ejercicio no es violento. El empleo de violencia o fuerza en las cosas, pues, resulta en estos sistemas inessential para la infracción, pudiendo ser tenido en cuenta -o no- a efectos agravatorios o procesales. Pese a cuanto pudiera pensarse a la vista del proceso de evolución histórica de la punición de las vías de hecho, se trata en general de preceptos de nuevo cuño. Claro exponente es el sistema de Brasil, que abordaré como ejemplo; haciendo alguna referencia, en este apartado, al Derecho penal de Cuba y de Grecia.

### **3.A.- LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DE DERECHOS EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN.**

El Derecho penal actual de Alemania carece de delito que castigue específicamente el recurso a las vías de hecho para la realización de un derecho. En el Derecho histórico correspondiente a los territorios que integran hoy el estado alemán sí pueden encontrarse disposiciones en este sentido, cuando menos en cuanto el Digesto estuvo vigente en ellos; y se recogieron en el *Allgemeines Landrecht* de Prusia.<sup>9</sup> Pero al elaborar el código prusiano de 1851 se estimó que la conducta en cuestión no merecía reprensión penal en tanto no integrara el tipo

---

<sup>9</sup> Lib. II, Tít. 20, §§ 157-159. Sobre este código y en general el derecho penal histórico alemán vid. Schmidt, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3ª ed., 1965). Cita Stoppato, pág. 117 en n. al pie, delitos de este orden en los códigos Sajón de 1855 (§ 247), de Württemberg de 1839 (§ 230), de Brunshwig de 1840 (§ 118), de Darmstadt de 1858 (§ 167), de Baden de 1845 (§ 279) y de Assia de 1841 (§ 267).

de algún otro delito<sup>10</sup>, y se suprimieron los preceptos del proyecto que recogían la figura, marcando así la línea que seguiría el StGB alemán.<sup>11</sup>

No existiendo delito que castigue *per se* la realización arbitraria de derechos, sólo se castigará penalmente en cuanto para lograr la misma se integre algún otro delito. Por supuesto, cuando el autor se halle incurso en una causa de justificación la conducta estará justificada; lo que en un sistema de justificación penal abierto a causas extralegales como es el alemán no se restringe a las expresamente recogidas en el código. En esta sede, quizá incluso por delante de la legítima defensa y del estado de necesidad (a los que algunos añaden supuestos de causas extralegales asimiladas: *notwehrähnliche* y/o *notstandähnliche Lage*<sup>12</sup>) juega especial papel la institución de la *Selbsthilfe* (a la letra, ‘autoayuda’),<sup>13</sup> que permite actos de autotutela -orientados al aseguramiento, no a la satisfacción- cuando existe peligro de que se frustre o dificulte esencialmente la realización de un derecho y no pueda lograrse a tiempo el auxilio de la autoridad. La concurrencia del derecho puede pues justificar la conducta, y estaremos entonces en un supuesto de ejercicio legítimo; pero cuando la conducta no esté justificada - y éste es precisamente el caso que nos ocupa- no existen modalidades delictivas especialmente previstas para estos supuestos en que el autor se mueve con el ánimo de realizar un derecho, y habremos de acudir a los tipos comunes correspondientes.

---

<sup>10</sup> Vid. **Beseler, G.**, *Kommentar über das StGB für die preußischen Staaten* (1851), págs. 279-281.

<sup>11</sup> Como constata **Binding, K.**, *Lehrbuch, BT, I. Band* (2ª ed., 1902), pág. 273.

<sup>12</sup> Sobre las mismas, **Lackner, K.**, “§ 32” n° 4 y “§ 34” n° 9 (**LACKNER/KÜHL**, *StGB mit Erläuterungen* (23ª ed., 1999)); **Lenckner, T.**, “§ 32” n° 16 ss. y “§ 34” n° 16 s. y 30 s. (**SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *StGB Kommentar* (26ª ed., 2001)); **Roxin, AT**, § 16 n° 112 ss. y § 22 n° 94 ss.; y **Spendel, G.**, “§ 32” (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1992), n° 126-135. Existe una monografía de **Suppert, H.**, *Studien zur Notwehr und ‘notwehrähnlichen Lagen’* (1973).

<sup>13</sup> Regulada con carácter general en los §§ 229-231 BGB; supuestos especiales en los §§ 561, 581.2, 704, 859 s. y 1029 BGB. Sobre esta institución y su alcance, vid. **Arzt, G.**, “Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr” (*LH-Schaffstein* (1975), págs. 77-88); **Larenz/Wolf**, págs. 379-382; **Medicus, D.**, *Allgemeiner Teil des BGB* (7ª ed., 1997), págs. 70 s.; y esp. **Schünemann, W.B.**, *Selbsthilfe im Rechtssystem* (1985), *passim*. En nuestra lengua, **Bajo Fernández**, *La rapd*, págs. 68 s.

Ahora bien, que no exista delito que castigue específicamente la realización arbitraria de derechos no significa que la concurrencia de la misma en una conducta típica resulte penalmente irrelevante: doctrina y jurisprudencia señalan especialidades en este caso, con argumentos en los que, a mi juicio, merece la pena detenerse. No tanto porque sean directamente aplicables al ordenamiento español, cuanto porque los principios que les sirven de base pueden resultar de interés, por una parte, al estudiar el bien jurídico y el contenido de injusto del delito que nos ocupa, y por otra, en la resolución de problemas concursales.

Naturalmente, a falta de una figura general que agrupe los supuestos, el tratamiento aparece disperso en el de las diferentes figuras típicas a las que puede reconducirse el hecho; esto es, básicamente, en los delitos patrimoniales y en los delitos contra la libertad.<sup>14</sup> Conviene estudiar los dos grupos por separado.

Por demás, y con algunas precisiones, lo afirmado para el Derecho alemán vale para los ordenamientos austríaco y suizo, a los que haré alguna somera referencia.

### ***3.A.I.- La realización arbitraria de derechos y los delitos patrimoniales.***

Que no pueden recibir el mismo tratamiento y valoración el supuesto en que el acreedor toma lo que se le debe para satisfacer así su derecho que aquel en que una persona toma cosa ajena para lucrarse sin título resultó desde muy pronto evidente para los juristas alemanes. Quien realiza arbitrariamente un derecho propio no puede ser equiparado axiológicamente -y tampoco político-

---

<sup>14</sup> Que, por demás, no han sufrido en la reforma de 1998 cambios relevantes en cuanto aquí nos ocupa; vid. Dencker, F., "Die Zueignungstatbestände", y Nelles, U., "Straftaten gegen die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung" (ambos en DENCKER, STRUENSEE, NELLES y STEIN, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998* (1998), respectivamente págs. 5-25 y 53-73).

criminalmente- al ladrón;<sup>15</sup> y se apela entre otras cosas para argumentarlo al sentimiento popular, que distingue claramente ambos casos.<sup>16</sup>

La cuestión es, entonces, cuándo nos encontramos ante una realización de derechos y cuándo ante un delito patrimonial. Y la formulación típica de los preceptos del StGB fuerza a la jurisprudencia y doctrina alemanas a una ulterior distinción, porque dentro de los delitos patrimoniales en sentido amplio diferencia entre delitos de apoderamiento (referidos a la apropiación de la cosa - *Zueignung*-, tutelan la propiedad) y delitos de enriquecimiento (referidos al daño y beneficio patrimoniales en sentido amplio -*Bereicherung*-, tutelan el patrimonio).<sup>17</sup> La solución no es idéntica, cuando menos en la opinión dominante; pero no lo es precisamente en atención a si lo que hace el autor es realizar su derecho o excederse del mismo, porque las diferentes conductas típicas marcan también diferencias en este sentido.

Para el estudio del primer grupo acudiré a los delitos de hurto (*Diebstahl*, § 242 StGB), apropiación indebida (*Unterschlagung*, § 246 StGB) y robo (*Raub*, § 249 StGB);<sup>18</sup> en atención al segundo me referiré a los delitos de estafa (*Betrug*, § 263 StGB) y extorsión (*Erpressung*, § 253 StGB), con alguna referencia a la administración desleal (*Untreue*, § 266 StGB).

---

<sup>15</sup> Como expresa Otto, H., *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes* (1970), pág. 222, sería contrario al principio de igualdad.

<sup>16</sup> Vid. Sauer, W., "Der Zueignungsbegriff" (*GA* 1917), pág. 299. Con matices, Oberländer, A., *Die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl* (1931), págs. 38 ss.

<sup>17</sup> Sobre ambas categorías y su configuración jurisprudencial pueden verse las sucesivas reelaboraciones críticas de Otto, H., "Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten" (*JZ* 1993, págs. 559-570 y 652-663; versión anterior en 1985, págs. 21 ss. y 69 ss.) y "Die neuere Rechtsprechung zu den Eigentumsdelikten" (*Jura* 1997, págs. 464-477; versión anterior en 1989, págs. 137 ss. y 200 ss.).

<sup>18</sup> Planteo sólo una aproximación sumaria; para un estudio más profundo, distinguiendo las soluciones en función de su enfoque (justificación, apropiación, bien jurídico), Witthaus, D., *Probleme der Rechtswidrigkeit und Zueignung bei der §§ 242, 246 StGB* (1981), págs. 1-76; centrado en las diferentes concepciones del patrimonio, y en nuestra lengua, De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 5-41, y *Tutela penal de la propiedad...*, págs. 486-501.

### 3.A.I.a.- Delitos de apropiación.

Ya con el código prusiano de 1851 se señaló que tomar algo para satisfacer un derecho no integraba un delito de hurto, por cuanto a la lesión formal de la propiedad no acompañaba un daño de fondo.<sup>19</sup> Y en esta línea apuntó la jurisprudencia del *Reichsgericht*,<sup>20</sup> marcando el camino seguido luego por el *Bundesgerichtshof*<sup>21</sup> y constituido en opinión dominante en jurisprudencia y doctrina (donde tiene como valedor más representativo a SCHRÖDER<sup>22</sup>).<sup>23</sup>

#### 3.A.I.a.1.- Doctrina dominante.

Para esta posición dominante, cuando el sujeto toma aquello que se le debía en virtud de obligación vencida e incontestada de dar cosa específica y determinada no lesiona con ello un interés del propietario digno de protección penal. Aquel que se apodera de la cosa debida no deviene propietario, y afecta *de facto* las posibilidades del que sí lo es; pero esa propiedad sobre la que pesa obligación de transmisión no es digna de protección penal frente al acreedor,<sup>24</sup> que alcanza con su apoderamiento un estado de cosas ‘en este sentido’ conforme a Derecho. El derecho que se tiene a la cosa tomada elimina la antijuridicidad de la apropiación; el argumento repetido es que el mero empleo de medios

<sup>19</sup> Vid. a modo de ilustración **Goldammer**, “Rechtswidrige Zueignung beim Diebstahl” (*GA* 1853, págs. 89-91), y “Rechtswidrige Zueignung: Diebstahl des Käufers an der gekauften Sache vor der Übergabe” (*GA* 1865, págs. 335-339).

<sup>20</sup> Declarando expresamente la continuidad (*RGSt* 25, págs. 174 s.); vid. SS. de 17-VI-1880 (*RGSt* 2, págs. 184-186), 26-II/5-III-1894 (*RGSt* 25, págs. 172-174) y 30-V-1930 (*RGSt* 64, págs. 210-214).

<sup>21</sup> Emblemática la S. de 12-I-1962 (*BGHSt* 17, págs. 87-94 = *NJW* 1962, págs. 971 s. = *JR* 1962, págs. 346 ss., con comentario de **Schröder** en págs. 347 s.), caso “Moos-raus”.

<sup>22</sup> **Schröder, H.**, “Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht” (*DRiZ* 1956, págs. 69-72).

<sup>23</sup> Por todos, **Gerke, J.**, *Strafrecht* (2ª ed., 1998), pág. 192; **Haft, F.**, *Strafrecht BT* (7ª ed., 1998), pág. 147; **Maurach/Schröder/Maiwald**, *Strafrecht BT 1* (8ª ed., 1995), § 33 n° 53; **Tröndle, H.**, “§ 242” n° 21 (**TRÖNDLE/FISCHER**, *StGB und Nebengesetze* (49ª ed., 1999)); y **Wessels/Hillenkamp**, *Strafrecht BT 2* (23ª ed., 2000), § 2 n° 187. Crítico **Seelmann, K.**, “Grundfälle zu den Eigentumsdelikten” (*JuS* 1985-1986), pág. 455.

<sup>24</sup> Vid. **Schmidhäuser, E.**, “Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte” (*LH-Bruns* (1978), págs. 345-364).

antijurídicos no hace el resultado alcanzado antijurídico.<sup>25</sup> No así, empero, cuando el autor se apodera de cosa diferente a la debida para satisfacer con ella su deuda, porque en este caso no toma lo que se le debe. Ni tampoco cuando se trate de deudas de género, por cuanto en este tipo de deudas el BGB<sup>26</sup> concede al deudor derecho de elección para la determinación de las cosas concretas con las que debe satisfacerse la deuda, y quien toma otra cosa al efecto se apodera de cosa diferente a la debida (no realiza la única posibilidad conforme a Derecho).<sup>27</sup>

Las diferencias en el tratamiento de las deudas de cosa específica y determinada y de deudas de género en esta opinión dominante tiene no obstante cierta atemperación en sede de error. En Derecho alemán el error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) excluye siempre el dolo y con él la pena (§ 16 StGB), mientras el error de prohibición (*Verbotsirrtum*, § 17 StGB) tan solo excluye la culpabilidad cuando es invencible; por el contrario cuando sea vencible -como en nuestro caso por regla general- sólo da lugar a una atenuación de la pena.<sup>28</sup> Pues bien, quien cree tener derecho a la cosa que toma no puede ser castigado por hurto<sup>29</sup> (conclusión a la que llegan tanto quienes entienden que la antijuridicidad a que se refiere el inciso del § 242 StGB que exige ‘ánimo de apropiación antijurídica’ es un elemento del tipo -y errar sobre el mismo es error de tipo<sup>30</sup>- como quienes la ven mero elemento de teoría general del delito -y estaríamos ante un error de prohibición, pero como configuran la existencia del derecho a la

---

<sup>25</sup> Por todos, *RGSi* 64, págs. 210 ss.; y Schröder, H., comentario a la S. de 3-VII-1964 (*JR* 1965, págs. 27 s.).

<sup>26</sup> § 243 I BGB, según el cual el deudor de cosa determinada por su pertenencia a un género debe entregarla de clase y calidad medias; el correlato más cercano en nuestro Derecho es el art. 1167 del CC.

<sup>27</sup> Salvo que el deudor hubiera concretado ya la deuda; vid. Sax, W., “Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut” (*LH-Laufke* (1971), págs. 321-343) n. 26, pág. 335 (quien luego (págs. 337 ss.) abre puertas a la justificación por falta de antijuridicidad del caso concreto).

<sup>28</sup> Por todos, Herdegen, G., “Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGHs” (*LH-BGH* (1975), págs. 95-209); Roxin, AT, § 12 n° 86 ss. y § 21; y Warda, G., “Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre” (*Jura* 1979, págs. 1-4, 71-82, 113-118 y 286-297).

<sup>29</sup> Por todas, S. de 1-IX-1967 (*GA* 1968, págs. 121 s.).

<sup>30</sup> Así la jurisprudencia; vid. Herdegen, “Der Verbotsirrtum...”, págs. 199 s.

transmisión de la cosa como causa de justificación para la apropiación arbitraria, el error sobre sus presupuestos debe recibir de acuerdo con la jurisprudencia alemana tratamiento de error de tipo<sup>31</sup>-).<sup>32</sup> Ello, claro está, cuando el autor crea tener derecho a las cosas concretas de las que se apodera; si lo que cree es tener derecho a cobrarse en cosa diferente en casos de obligación de cosa específica y determinada, o en cualquier cosa del género correspondiente en deuda de cosa genérica, el error es de prohibición...<sup>33</sup> Pero -y se construye aquí lo que se ha llamado ‘puente de oro’ al error- cuando el sujeto activo no tenga conocimientos jurídicos frecuentemente creerá tener derecho a cobrarse en concreto sobre las cosas pertenecientes al género que halle en poder del deudor; de hecho, se afirma, semejante error será *lo normal*, regla general;<sup>34</sup> y deberá tratarse como error de tipo.

Lo dicho para el hurto vale para la apropiación indebida,<sup>35</sup> con algunos matices como consecuencia de la redacción típica,<sup>36</sup> de que aquí es el deudor quien concreta el objeto, y de la posibilidad de alegar compensación. Y también

---

<sup>31</sup> Así, por todos, **Schröder**, “Rechtswidrigkeit...”, págs. 71 s.

<sup>32</sup> Sobre la concurrencia de ambos tipos de error y sus consecuencias en estos casos valga por todos el citado comentario de **Schröder** a la S. de 12-I-1962 (*JR* 1962, págs. 347 s.); la cuestión es aún debatida.

<sup>33</sup> Un A. de 22-IX-1993 (*StV* 1994, pág. 128) reconduce la creencia en la existencia de deuda de dinero a error de tipo sin requerir que el acreedor crea que su deuda se concretaba en las piezas monetarias que toma; falta saber, como señala **Otto** (*Jura* 1997, pág. 470) si se trata de un cambio jurisprudencial o simplemente de una formulación incompleta. En sentido parecido se pronunció también una S. de 15-XI-1961 (*GA* 1962, págs. 144 s.), citando jurisprudencia inédita.

<sup>34</sup> Puede verse una marcada evolución en la consideración de este error, desde su negación (*RGSSt* 25, págs. 172 ss.) a su estimación (*BGHSt* 17, págs. 87 ss.) y consideración de regla general (A. de 29.VII-1988 (*StV* 1988, pág. 527), S. de 26-IV-1990 (*NJW* 1990, págs. 2832 s.)).

<sup>35</sup> Ya así en la jurisprudencia del *Reichsgericht* (vid. SS. de 28-III-1882 (*RGSSt* 6, págs. 125 s.) y 28-X-1940 (*RGSSt* 74, págs. 341-344)); vid. los comentarios de **H. Mayer**, **H. Reichel** y **A. Jacusiell** a la S. de 15-V-1930 (todos ellos y la S. en *JW* 1931, págs. 1702 s. y 3118 s.). La elaboración creada para el hurto se extiende primero al robo y luego a todos los delitos contra la propiedad (como afirma y argumenta la S. del *Oberlandesgericht* de Hamm de 9-XII-1968 (*MDR* 1969, pág. 499)). Vid. por todos **Gerke**, pág. 192; **Haft**, pág. 152; y **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 34 n° 33.

<sup>36</sup> Que hace aquí elemento objetivo lo que en el hurto era elemento subjetivo; así **Hauf**, C.-J., *Strafrecht BT I* (1996), n° 55, y **Hoyer**, A., “§ 246” (*RUDOLPHI, Systematischer Kommentar*,



para el robo,<sup>37</sup> que no deja de ser en derecho alemán un hurto cualificado por los medios comisivos (violencia o intimidación, porque la fuerza en las cosas da lugar a hurtos cualificados sin cambio de *nomen iuris*).<sup>38</sup> La salvedad, en este último caso, es que la impunidad en sede de delitos contra la propiedad no obsta para el castigo de la violencia o intimidación en virtud de otros tipos penales (especialmente, coacciones; vid. infra 3.A.II).<sup>39</sup> Como tampoco obsta para el castigo por allanamiento de morada y otros delitos autónomos que castiguen aisladamente las circunstancias que en derecho alemán integran especiales agravantes del hurto (§ 243 StGB).<sup>40</sup>

### 3.A.I.a.2.- Otras posiciones.

Esta línea dominante dista de ser unánimemente aceptada por la doctrina. En cuanto aquí nos interesa, conviene distinguir dos líneas de divergencia: una, marcadamente minoritaria, entendiendo que siempre que se toma una cosa ajena - aun debida- se integran infracciones de apoderamiento; la otra, por el contrario, buscando extender la exclusión típica a los supuestos de apropiación de cosa en casos de deuda de género sin recurrir al expediente del error. Ambas corrientes buscan unificar el tratamiento de deudas de cosa específica y determinada y deudas de cosa genérica, aunque en sentidos opuestos:

I.- La primera de estas (destacadamente, HIRSCH,<sup>41</sup> KEMPF<sup>42</sup> y WELZEL<sup>43</sup>) niega la existencia de un concepto penal de propiedad en cuanto bien jurídico

---

1999) n° 33. Por cierto que el StGB no exige en este delito que la cosa se hubiera confiado al autor, aunque lo prevé como tipo agravado.

<sup>37</sup> Por todas, SS. del BGH de 27-V-1982 (*MSZ* 1982, págs. 380 s.) y 14-VII-1988 (*StV* 1988, págs. 526 s.), y A. de 9-XII-1986 (*wistra* 1987, pág. 136).

<sup>38</sup> Todos los elementos típicos del hurto deben darse en el robo: Eser, A., “§ 249” n° 2 (SCHÖNKE/SCHRÖDER); Gerke, pág. 202; Haft, pág. 158; Herdegen, G., “§ 249” (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994) n° 2; Meurer, D., *Grundkurs Strafrecht* 3 (3ª ed., 1999), pág. 203; Rengier, R., *Strafrecht BT I* (4ª ed., 2000), § 7 n° 1; Tröndle, “§ 249” n° 2 (TRÖNDLE/FISCHER); y Weber, U., en ARZT/WEBER, *Strafrecht BT* 3 (2ª ed., 1986), n° 169.

<sup>39</sup> Posibilidad cuya afirmación permite justificar que no se castigue en esta sede; vid. Seelmann, pág. 455.

<sup>40</sup> Por todos, Heubel, H., “Grundprobleme des Diebstahlbestandes” (*JuS* 1984), pág. 450.

<sup>41</sup> Hirsch, H.J., “Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen: Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen” (*JZ* 1963, págs. 149-156).

cuyo contenido sea diverso del concepto civil de propiedad. Si el acreedor arbitrario no deviene propietario con su apoderamiento, si el deudor puede alegar legítima defensa en su reacción frente a la acción del acreedor, si no se dan los presupuestos legales de la *Selbsthilfe*, entonces es que estamos ante un delito contra la propiedad. Y no tiene sentido distinguir si la deuda determinaba específicamente su objeto o sólo por la pertenencia a un género: en ambos casos se ha alterado el orden legal de la propiedad, se ha atentado contra la misma. Afirmar que en las deudas de cosa específica y determinada el acreedor arbitrario alcanza un estado de cosas conforme a Derecho es desconocer que sólo es conforme a Derecho cuando lo alcanza por vías de Derecho;<sup>44</sup> y lo que importa en deudas de género no es el derecho de elección del deudor sino la lesión de la propiedad. En suma: lo relevante es la condición de propietario, y la tutela penal de la propiedad persistirá en cuanto ésta pueda afirmarse.<sup>45</sup> Para estos autores no basta con el recurso a los delitos de coacciones o allanamiento de morada, por una parte porque no todos los supuestos pueden castigarse con arreglo a los mismos, pero principalmente porque esos delitos no agotan el contenido de injusto de la apropiación arbitraria en que concurren.

A contestar estas opiniones se dirige BERARD,<sup>46</sup> argumentando que los delitos de apropiación no protegen cualquier manifestación de la propiedad concebida en términos de derecho civil, sino sólo en cuanto ésta atienda a tutelar efectivas esferas de libertad -posibilidades de acción- del propietario. Otra cosa, arguye, iría contra el principio de ofensividad y el carácter subsidiario del derecho penal; satisfacer un derecho por vías distintas a las previstas por el BGB

---

<sup>42</sup> Kempf, U., *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen* (1965).

<sup>43</sup> Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht* (11ª ed., 1969), págs. 345 s., a las que remite en págs. 350 y 359.

<sup>44</sup> Vid. Kempf, pág. 26.

<sup>45</sup> Así Hirsch, pág. 152.

<sup>46</sup> Berard, P., *Die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen als strafrechtliches Problem* (1978), esp. págs. 56-71.

y la ley procesal puede atentar contra el monopolio estatal en el uso de la fuerza, pero garantizar éste no es función de los delitos de apropiación.

II.- Quienes por el contrario buscan extender la impunidad en esta sede al cobro arbitrario de deudas de género acuden también a negar la existencia de motivos que justifiquen el tratamiento penal diferenciado de ambas clases de deudas.<sup>47</sup> El caso de la deuda de dinero es el que más sangrante resulta,<sup>48</sup> porque la extrema fungibilidad del dinero cuestiona el sentido de la relevancia penal del derecho de elección del deudor;<sup>49</sup> hasta el punto de que se proponen soluciones *ad hoc*. Destaca entre estas la presentada por ROXIN,<sup>50</sup> para quien la deuda de dinero no sería deuda de cosa ni de género, sino de valor (*Wertsummensschuld*): en tanto no hayan sido individualizadas las concretas piezas monetarias sobre las que recae la deuda, lo relevante es el valor económico y no el soporte del mismo. En consecuencia, no cabe afirmar un delito contra la propiedad en quien toma dinero ajeno mientras mantenga intención y capacidad de devolver, no las piezas, sino su valor... y quien se hace contra su voluntad con dinero de su deudor para saldar la deuda debe ser tratado como si de deuda de cosa determinada -y no de deuda de género- se tratara.

A las soluciones centradas en la deuda de dinero suele objetarse la parcialidad de planteamiento y resultados: con ellas se salva el que viene a ser estimado como caso menos justificado, pero no se ha dado una solución de

---

<sup>47</sup> Diferencia calificada ya de “insostenible” por Mayer, H., “Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen” (GS 1934), pág. 108.

<sup>48</sup> Vid. v.gr. el caso práctico de Wahle, E., “Ein gerissener Arbeitskollege” (JuS 1969), págs. 430 s. Ejemplo del intento de salvarlas a toda costa, se clasifiquen como deuda de cosa genérica o específica y determinada, la S. del *Oberlandesgericht* de Schleswig de 15-VII-1985 (StV 1986, págs. 64 s.).

<sup>49</sup> Vid. Kollenberg, R., *Besondere Probleme bei Geld als Angriffsobjekt im Rahmen von Eigentums- und Vermögensdelikten* (1978), *passim*. En general la doctrina se pronuncia en este sentido; no así el BGH, como advierte Samson, E., “Grundprobleme des Diebstahls (§ 242 StGB)” (JA 1980), pág. 292.

<sup>50</sup> Roxin, C., “Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten” (LH-Mayer (1966), págs. 467-484); vid. esp. págs. 480 ss. Critica contradicciones Sax, págs. 328-330. La asumen, v.gr., Krey, V., *Strafrecht BT 2* (12ª ed., 1999) n° 95; Rengier, *BT I*, § 2 n° 66; y Ruß, W., “§ 242” (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994) n° 69.

carácter general.<sup>51</sup> Por ello no faltan quienes, tras argumentar el especial tratamiento de la deuda de dinero, extienden luego éste a ‘todas aquellas cosas’ cuya fungibilidad las haga merecedoras del mismo;<sup>52</sup> aunque en rigor la cuestión no es la fungibilidad (objetiva) de la cosa adeudada sino el carácter genérico (determinado por los contratantes) de la deuda en cuestión.<sup>53</sup> Otros en cambio buscan directamente una solución válida, bien para todos los supuestos -negando que el derecho de elección del deudor sea digno de tutela penal, cuando no ya que sea un derecho-,<sup>54</sup> bien cuando menos para los casos en que la elección tenga un contenido meramente formal exento de sustento material<sup>55</sup> -lo que para algunos es regla general con raras excepciones-.<sup>56</sup> Si no hay perjuicio para el deudor en que sea el acreedor quien concrete la deuda, precisamente porque todos los elementos del género en que puede concretarse tienen el mismo valor, entonces -argumentan- no pueden sentarse distingos en atención al derecho de elección del deudor: el acreedor ha tomado lo que se le debía. Se trata, evidentemente, de una opción valorativa, para algunos conectada con el ámbito de protección de la

---

<sup>51</sup> Vid. por todos la crítica a ROXIN de Gribbohm, G., “Die Rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen” (*NJW* 1968, págs. 240 s.).

<sup>52</sup> V.gr. Kollenberg, pág. 165; crítico, aceptando sólo el recurso al expediente del consentimiento presunto, Hermann, E., “Die Zueignung von Geldzeichen” (*JZ* 1983, págs. 175-184).

<sup>53</sup> En este sentido, Kruse, M., *Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten* (1986), n. 63 en pág. 97; Rheineck, B., *Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse* (1979), pág. 51; Tiedemann, K., “Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder” (*JuS*, 1970), pág. 111; y Witthaus, n. 1 a la pág. 28.

<sup>54</sup> Vid. Berard, pág. 79; Kindhäuser, U., *Strafrecht BT II: Teilband 1* (2ª ed, 1999), § 2 n° 103 s., y “§ 242” (*Nomos Kommentar*, 1998) n° 154 s.; Maiwald, M., *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte* (1970), págs. 159-162 -con comentarios de Baumann, J. (*GA* 1971, págs. 306-312) y Lampe, E.-J. (*NJW* 1971, pág. 1599)- y “Der Begriff der Zueignung im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand” (*JA* 1971), pág. 583. De lege ferenda Lampe, E.-J., “Eigentumsschutz im künftigen Strafrecht” (H. MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971) págs. 76-79.

<sup>55</sup> Acudiendo por lo general a criterios económicos; por todos, Hoyer, A., “§ 242” (RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 1999) n° 103; Küper, W., *Strafrecht BT* (4ª ed., 2000), págs. 467 ss.; Lackner/Kühl, § 242 n° 27; Otto, H., *Grundkurs Strafrecht* (5ª ed., 1998), § 41 n° 85, y en *JZ* 1993, pág. 564 (desde su especial concepción del bien jurídico; vid. su artículo “Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand” (H. MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, págs. 1-20); y Schroth, U., *Strafrecht BT* (3ª ed., 2000), págs. 119 s.

norma;<sup>57</sup> y en función de los diversos criterios que pueden emplearse (no falta quien proponga solución caso por caso<sup>58</sup>) el límite de lo penalmente relevante en esta sede queda en un lugar u otro. En cuanto aquí interesa conviene destacar tan solo que ese límite coincide con el que separa la realización del derecho de la toma de aquello a lo que no se tiene derecho.<sup>59</sup>

### **3.A.I.a.3.- Especial consideración de los supuestos de prenda arbitraria.**

Las consideraciones precedentes vienen referidas al supuesto en que el sujeto intenta realizar arbitrariamente su derecho de forma directa; queda por estudiar el caso en que se apodera de cosa del obligado para presionarle al cumplimiento. Pues bien, resulta indudable que en este caso el acreedor no se hace con la cosa debida, con independencia del tipo de obligación. La cuestión que se plantea es si estamos o no ante una apropiación. Y la respuesta, según el sentir mayoritario, depende del caso.<sup>60</sup>

Cuando el sujeto activo se haga con algo para presionar al obligado al cumplimiento, pero sin intención ninguna de retenerlo para sí ni disponer de ello, puede afirmarse, se dice, un delito de coacciones, pero no uno de apropiación.<sup>61</sup>

Distinta, se afirma, es la solución en los casos en que el autor condicione al cumplimiento el destino de la cosa, porque si hace depender la apropiación de circunstancias ajenas a su propia voluntad puede afirmarse que concurre una apropiación condicional; y no presenta dudas la afirmación de la concurrencia de apropiación cuando la ‘prenda’ se tome con la intención de enajenarla y cubrir con el producto de la enajenación la deuda.<sup>62</sup> Finalmente, en los supuestos en que

---

<sup>56</sup> Así Rheineck, pág. 158.

<sup>57</sup> Vid. Schmidhäuser, E., *Strafrecht BT* (2ª ed., 1983), págs. 92 s.

<sup>58</sup> V.gr. Rheineck, pág. 61; quien en la pág. ant. insiste en el carácter valorativo de la opción.

<sup>59</sup> Vid. Mitsch, W., *Strafrecht BT 2 Teilband 1* (1998), § 1 n° 153 ss.

<sup>60</sup> Así Herdegen, “§ 249”, n° 18; y la S. del *Oberlandesgericht* de Celle de 19-II-1970 (*NJW* 1970, pág. 1139 s.).

<sup>61</sup> Negaba ya que la toma de cosa mueble ajena ‘zu Pfand zu haben’ integrara el tipo objetivo del hurto Binding, K., “Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung” (*GS* 1910), pág. 23.

<sup>62</sup> Vid. Bernsmann, K., “Zur strafrechtliche Beurteilung der eigenmächtigen ‘In-Pfand-Nahme’” (*NJW* 1982, págs. 2214-2218); Dallinger, W., “Aus der Rechtsprechung des BGHs in

el sujeto empeña cosa ajena o la enajena con pacto de retroventa pierde con ello el control sobre la misma, y puede afirmarse la concurrencia de un delito de apropiación.<sup>63</sup>

Todo lo cual, a mi juicio, hace realmente difícil que en definitiva pueda afirmarse una toma en prenda que no suponga disposición y con ella apropiación, siquiera condicional. Pasado un primer momento que -si se quiere- podría aceptarse orientado exclusivamente a tomar la prenda, el agente ha de optar por retenerla, darle otro destino o destruirla;<sup>64</sup> y en los tres casos dispone de ella.

### 3.A.I.b.- Delitos de enriquecimiento.

En lo que a delitos de enriquecimiento se refiere, la cuestión se simplifica y las divergencias se reducen. No se trata ya de tutelar la propiedad, sino el patrimonio en su conjunto, compensados activo y pasivo; en consecuencia, no se trazan diferencias entre deudas de cosa específica y determinada y deudas de género...<sup>65</sup> Diferencias que por demás -se argumenta-<sup>66</sup> carecerían de sentido porque aquí es siempre el deudor quien elige y concreta el objeto.

Tanto en el delito de la estafa (*Betrug*, § 263 StGB) como en el de extorsión (*Erpressung*, § 253 StGB) sólo va a ser relevante, en esta sede, la concurrencia de un daño patrimonial (*Vermögensnachteil* del § 253, *Vermögensbeschädigung* del § 263) y el ánimo de correlativo enriquecimiento injusto ('*um zu Unrecht zu bereichern*' del § 253, '*Absicht einen rechtswidrigen*

Strafsachen" (MDR 1968), pág. 18; Eser, A., "§ 242" n° 55 y "§ 246" n° 17 s. (SCHÖNKE/SCHRÖDER); Maurach/Schröder/Maiwald, § 33 n° 40; Mohrbotter, K., comentario a la citada S. del *Oberlandesgericht* de Celle de 19-II-1970 (NJW 1970), pág. 1858; Oberländer, págs. 24 s.; Otto, *Die Struktur*, págs. 229 ss.; Paulus, R., *Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung* (1968), pág. 203; A. del BGH de 2-III-1984 (StV 1984), pág. 423; S. del *Oberlandesgericht* de Hamm de 9-III-1972 (MDR 1972, págs. 706 s.).

<sup>63</sup> Así Paulus, pág. 206; y Sauer, "Der Zueignungsbegriff", pág. 298.

<sup>64</sup> Si tiene realmente voluntad de 'devolverla en todo caso' (como plantea Rodríguez Devesa, *El hurto...*, pág. 193), la devolverá; pero entonces renuncia a la prenda. Y si retiene hasta que se satisfaga su derecho no tiene ya voluntad de devolver 'en todo caso', sino sólo previa satisfacción de su pretensión... lo que supone una retención condicional indefinida que es disposición del objeto.

<sup>65</sup> Por todos Otto, *Grundkurs*, § 51 n° 96; y Tiedemann, K., "§ 263" (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 2000), n° 265. Ilustrativa la S. del BGH de 25-X-1968 (GA 1969, págs. 306 s.).

*Vermögensvorteil zu verschaffen*' del § 263); elementos que, pese a las diferencias en la formulación típica, suelen estimarse equivalentes en ambos delitos.<sup>67</sup> Pues bien, la existencia de una obligación vencida e incontestada da lugar, en estos casos, a ausencia de enriquecimiento injusto (de la que se afirma carácter objetivo<sup>68</sup>), cuando no ya (en función de la concepción de patrimonio que se asuma) de perjuicio patrimonial.<sup>69</sup> Por cierto que los más acuden a negar el enriquecimiento injusto, negación pacífica y generalmente aceptada; pero no deja de ser curioso que la ausencia de perjuicio patrimonial se apunte con tanta timidez en sede de estafa y extorsión,<sup>70</sup> y en cambio se estime sin problemas

<sup>66</sup> V. gr. Rengier, *BT I*, § 13 n° 110.

<sup>67</sup> Así, por todos, Eser, A., "§ 253" (SCHÖNKE/SCHRÖDER) n° 19; y Lackner/Kühl, § 253 n° 4.

<sup>68</sup> Mientras en el hurto se lleva al plano subjetivo; vid. Schünemann, B., "Raub und Erpressung" (*JA* 1980), pág. 489; y Küper, W., "Zur Problematik der 'betrügerischer Absicht' (§ 265 StGB) in Irrtumsfällen" (*NStZ* 1993), págs. 314 s. Aunque al final en ambos casos se acuda a criterios objetivos; así Kundlich, H., comentario a la S. del BGH de 17-X-1996 (*NStZ* 1997, págs. 432-434).

<sup>69</sup> Ya Binding, *BT*, págs. 362 ss., y Welzel, *Strafrecht*, págs. 376 y 381; vid. Arzt, G. (ARZT/WEBER), n° 355 y 462; Brodtag, W.-D., *Strafrecht* (8ª ed., 1998) § 13 n° 39 y § 15 n° 43; Cramer, P., "§ 263" (SCHÖNKE/SCHRÖDER) n° 80-117; Eser, "§ 253" n° 19 s.; Fischer, T., § 253 (TRÖNDLE/FISCHER) n° 3, 9 y 11a; Geilen, G., "Raub und Erpressung" (*Jura* 1980) pág. 49; Gerke, págs. 209 y 218; Günther, H.-L., "§ 253" (RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 1998) n° 25; Haft, págs. 161 y 215 s.; Hauf, *BT I*, págs. 133 y 143; Herdegen, G., "§ 253" (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994), n° 23; Hohmann/Sander, *Strafrecht BT I* (2ª ed., 2000), § 11 n° 164 y § 13 n° 35; Kindhäuser, U., "§ 253" (*Nomos Kommentar*, 1999) n° 46 ss.; Krey, *BT 2*, n° 319 y 498 s.; Lackner, K., "§ 263" (*Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1988) n° 275 ss.; Lackner/Kühl, § 263, n° 47 y 61; Maurach/Schröder/Maiwald, § 41 n° 143; Meurer, n° 207 y 230; Mitsch, § 6 n° 72 y § 7 n° 115; Otto, *Grundkurs*, § 51 n° 94 ss. y § 53 n° 9 ss., y en *JZ* 1993, págs. 658 s.; Rengier, *BT I*, § 13 n° 110 ss.; Samson/Günther, "§ 263" (RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 1996) n° 191 s.; Schmidhäuser, *BT*, págs. 126 y 130; Schroth, págs. 158 y 267 s.; Tiedemann, "§ 263", n° 186 y 194; y Wessels/Hillenkamp, § 13 n° 581 ss. y § 17 n° 716 s. La jurisprudencia del *Reichsgericht* es aún vacilante -vid. SS. de 7-VII-1884 (*RGSSt* 11, págs. 72-77), 27-IX-1923 (*RGSSt* 57, págs. 370 s.), 22-III-1938 (*RGSSt* 72, págs. 133-142), 9-IX-1943 (*RGSSt* 77, págs. 184-186), 20-II-1930 (*JW* 1930, págs. 2548 s., con comentario de Bohne, G.); no ya la del BGH -por todas, SS. de 19-IX-1952 (*BGHSt* 3, págs. 160-163 = *NJW* 1952, pág. 1345 = *MDR* 1953, págs. 117 s. = *JR* 1953, pág. 26; con comentario de Hartung, F., en *NJW* 1953, págs. 552 s.), 20-III-1953 (*BGHSt* 4, págs. 105-107 = *NJW* 1953, págs. 834 s.), 18-XII-1964 (*BGHSt* 20, págs. 136-138 = *NJW* 1965, págs. 594 s. = *MDR* 1965, pág. 312) y 23-VI-1965 (*GA* 1966, págs. 52 s.), y A. de 20-XI-1981 (reseña de Holz, G., en *MDR* 1982, pág. 281)-.

<sup>70</sup> Incluso quienes creen en su concurrencia prefieren en ocasiones reconducir la cuestión a la ausencia de enriquecimiento injusto; vid. Arzt (ARZT/WEBER), n. 58 en pág. 172.

concurrente el delito de administración desleal (*Untreue*, § 266 StGB) cuando concurren circunstancias análogas.<sup>71</sup>

En cualquier caso, una u otra opción se afirman incluso cuando no es posible exigir judicialmente el cumplimiento porque el derecho está desprovisto de acción, siempre que quepa cierta tutela jurídica para el mismo (entendiendo suficiente al efecto la posibilidad de alegar compensación u oponer excepciones perentorias).<sup>72</sup> El mero empleo de medios antijurídicos, una vez más, no va a hacer el resultado antijurídico.<sup>73</sup> Claro está, en tanto se obtenga aquello a lo que se tiene derecho y se libere con ello al deudor de su obligación; lo que para los más exige cierta intermediación, que se concreta en que el negocio por el que se obtiene lo debido acuda al mismo fundamento jurídico (*Rechtsgrund*) que la deuda que se realiza, o se pueda alegar válidamente compensación.<sup>74</sup>

En los supuestos en que el sujeto activo crea tener un derecho que realmente no se dé (o cuando yerre sobre la cuantía del mismo) tampoco puede castigársele por delitos patrimoniales de enriquecimiento, como también sucedía en los delitos de apropiación y por los mismos argumentos allí esbozados.<sup>75</sup> Sí,

---

<sup>71</sup> Ya el *Reichsgericht*, S. de 23-V-1941 (*RGSt* 75, págs. 227-230); y el BGH, A. de 20-IV-1994 (*NStZ* 1995, pág. 185). Vid. **Samson/Günther**, “§ 266” (*RUDOLPHI, Systematischer Kommentar*, 1996) n° 43; y **Vollert, H.**, *Ersatzfähigkeit und Ersatzbereitschaft als ‘Strafausschließungsgründe’ bei Unterschlagung und Untreue* (1969), pág. 118.

<sup>72</sup> Vid. **Bockelman, P.**, “Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht” (*LH-Mezger* (1954), págs. 363-382). En ocasiones la jurisprudencia ha reconducido a error de tipo la realización de obligaciones naturales (vid. **Dallinger**, pág. 18).

<sup>73</sup> Por todos, **Bernsmann**, pág. 2216; **Fischer**, § 263 (*TRÖNDLE/FISCHER*) n° 43; y **Lackner/Kühl**, § 263, n° 61. Vid. del BGH SS. de 19-IX-1952 -ya citada-, 26-IX-1990 (*StV* 1991, págs. 20 s.) y 17-X-1996 (*NStZ* 1997, págs. 341 s.) y AA. de 20-XI-1981 (*StV* 1982, pág. 224 = *wistra* 1982, págs. 68 s.) y 2-XII-1982 (*MDR* 1983, págs. 419-421); y S. del *Oberlandesgericht* de Köln de 25-VII-1995 (*NJW* 1996, págs. 472 s.). **Eser**, “§ 253”, n° 19, plantea la posibilidad de estimar enriquecimiento injusto cuando el desplazamiento hubiera podido obtenerse por otras vías sin coacción.

<sup>74</sup> Por todos, **Lackner**, “§ 263” n° 278; vid. **Schröder**, “Rechtswidrigkeit...”, págs. 70 s.; y **Tiedemann**, “§ 263”, n° 267 y 270. En contra **Küper**, *BT*, págs. 75 ss.; y **Otto**, *Die Struktur*, n. 472 en pág. 230. Vid. la S. del BGH de 16-IV-1953 (*NJW* 1953, págs. 1479 s.).

<sup>75</sup> Valgan por todos **Fischer**, § 253 (*TRÖNDLE/FISCHER*), n° 14; **Lackner/Kühl**, § 263, n° 62; **Tiedemann**, “§ 263”, n° 269; y el BGH, SS. de 18-XII-1964, ya citada, y de 17-XII-1987 (*StV* 1988, págs. 385 s. = *NStZ* 1988, pág. 216), y AA. de 2-III-1984 (*StV* 1984, págs. 224 s.), 3-



por contra, cuando existiendo el derecho el deudor carezca de facultad de disposición sobre el objeto (v. gr. por hallarse incurso en concurso de acreedores).<sup>76</sup>

Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad de castigar la conducta cuando el medio empleado integre por sí un delito autónomo (de nuevo fundamentalmente coacciones (vid. infra 3.A.II), pero también falsedad documental).<sup>77</sup>

### **3.A.II.- La realización arbitraria de derechos y los delitos contra la libertad.**

En los epígrafes precedentes es recurrente la afirmación de que la conducta cuya calificación como delito contra la propiedad o el patrimonio se niega sí podía integrar un delito contra la libertad.<sup>78</sup> Fundamentalmente, coacciones (*Nötigung*, § 240 StGB), que en derecho alemán admite expresamente en la redacción típica como medios comisivos tanto el empleo de fuerza como el de amenazas. El argumento empleado para descartar la concurrencia de delitos contra la propiedad o el patrimonio es que el sujeto, de algún modo, realiza un estado de cosas conforme al ordenamiento; el fundamento del castigo en sede de coacciones es que lo alcanza por vías contrarias al ordenamiento.<sup>79</sup> Conviene detenerse un tanto en fundamentarlo antes de seguir adelante.

Puede distinguirse en la tutela de la libertad una doble dimensión, material (referida al resultado: posibilidad de hacer o no algo) y formal (referida al

---

V-1985 (*NJW* 1986, pág. 1623) y 22-XI-1991 (*StV* 1992, pág. 106). Aquí es indiferente el carácter genérico o específico de la deuda (*Schröder*, "Rechtswidrigkeit...", pág. 72).

<sup>76</sup> Así *Lackner*, "§ 263", n° 276; vid. asimismo *Tiedemann*, "§ 263", n° 267.

<sup>77</sup> Por todos, el BGH, A. de 14-VI-1982 (*StV* 1982, pág. 469 = *NJW* 1982, págs. 2265 s.) y S. de 30-I-1990 (*MDR* 1990, pág. 488 = *StV* 1990, pág. 205).

<sup>78</sup> Señala *Köhler*, M., "Nötigung als Freiheitsdelikt" (*LH-Lefferenz* (1983)), págs. 520 ss., que la práctica de reconducir a coacciones las realizaciones arbitrarias de derechos arranca del *Reichsgericht*; el *preußische Obertribunal* sólo había acudido, en su caso, a allanamiento de morada o malos tratos. Y protesta (pág. 524 s.) del cambio en la aplicación del Derecho sin determinación legal.

procedimiento: garantía de no poder ser obligado a hacer lo debido más que por vías de Derecho); en la realización arbitraria de un derecho no hay lesión material pero sí formal.<sup>80</sup> Pues bien, en el delito de coacciones la libertad fáctica, como advierte JAKOBS,<sup>81</sup> se ve al tiempo tutelada y restringida por la norma penal (que limita la libertad de hecho del sujeto activo para garantizar la de la víctima); lo que se tutela no es pues la libertad *de facto*, sino la realización de la libertad sin presión coactiva. ¿De qué libertad? Para el citado autor, como delito contra la libertad, las coacciones son el recorte de alternativas de conducta jurídicamente garantizadas...<sup>82</sup> pero la ley alemana no configura un delito centrado en la libertad, sino en la ‘reprobabilidad’ (*Verwerflichkeit*,<sup>83</sup> no exenta de problemas de precisión<sup>84</sup>) del uso del medio empleado.<sup>85</sup>

Es precisamente en la reprobabilidad de esa relación medio-fin, exigida en el segundo párrafo del § 240 del StGB (como también en el del § 253, aunque en sede de extorsión se reconduce sistemáticamente el problema al enriquecimiento), donde se centra la doctrina en los supuestos de realización arbitraria de derechos.<sup>86</sup> Y en la determinación de criterios para afirmarla o

<sup>79</sup> Vid. Eser, A., “§ 240” n° 21 (SCHÖNKE/SCHRÖDER); Hauf, C.-J., *Strafrecht BT II* (1997), pág. 106; Scheffler, U., “Zur Strafbarkeit der Schuldeneintreibung mittels ‘Schwarzen Mannes’” (*Neue Justiz*, 1995), págs. 574 s.; y S. del BGH de 17-III-1987 (*JR* 1988, págs. 75 s.).

<sup>80</sup> Vid. Arzt, G., “Zum Zweck und Mittel der Nötigung” (*LH-Welzel* (1974), págs. 823-839).

<sup>81</sup> Jakobs, G., “Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt” (*LH-Peters* (1974)), pág. 69.

<sup>82</sup> Donde no cabrían los excesos en la ‘Selbsthilfe’, que para Timpe, G., *Die Nötigung* (1989), pág. 30, lesionan el monopolio estatal en la persecución del cumplimiento de las prestaciones por las vías establecidas, pero no una libertad jurídicamente garantizada de la víctima.

<sup>83</sup> Se trata de un juicio de reprobación social de la conducta en sentido objetivo (vid. infra los criterios propuestos por ROXIN y la S. del BGH de 11-V-1962 (*BGHSt* 17, págs. 328-333 = *NJW* 1962, págs. 1923 ss.)(o, v.gr., el caso práctico de Hillenkamp, T. (*JuS* 1984, págs. 769-774)); creo pues mejor la traducción propuesta que emplear el término ‘reprochabilidad’.

<sup>84</sup> El Tribunal Constitucional alemán ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma (S. de 11-XI-1986), insistiendo por cierto en que debe predicarse tanto de amenazas como de fuerza para que integren el delito de coacciones, frente a la corriente doctrinal que sólo la pedía en caso de amenazas (vid. v.gr. Haffke, B., “Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel” (*ZStW* 1972, págs. 37-74)). Sobre este pronunciamiento vid. Meurer, D., y Bergmann, A., “Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel” (*JR* 1988, págs. 49-54).

<sup>85</sup> Jakobs, “Nötigung durch Drohung...”, págs. 75 y 85.

<sup>86</sup> Vid. Schäfer, K., “§ 240” (*Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1989) n° 69; y Herdegen, “§ 253”, n. 8 al n° 25. Sobre el caso de amenaza con denunciar si el deudor no cumple, vid. el

negarla es insoslayable la referencia a los seis principios propuestos por ROXIN,<sup>87</sup> de los que nos interesan aquí fundamentalmente dos. El ‘principio de primacía de los medios de coerción estatales’ (*Vorranges staatlicher Zwangsmittel*), según el cual quien se cobra por la fuerza integra la reprobabilidad típica, porque excediéndose de los límites de la *Selbsthilfe* y apartándose de la vía procesal atenta contra el orden pacífico de la comunidad jurídica (*Friedensordnung der Rechtsgemeinschaft*), contra el orden pacífico legal. Y el ‘principio de falta de conexión’ (*mangelnden Zusammenhanges*), ahora para las amenazas, que afirma la reprobabilidad de amenazar, para conseguir un fin legítimo, con un mal que no tenga relación con el mismo.

El principio de primacía de los medios de coerción estatales ha gozado de amplia acogida en doctrina y jurisprudencia,<sup>88</sup> constituyéndose en opinión dominante,<sup>89</sup> pero con ello el delito de coacciones pasa a tutelar bienes distintos de la libertad del sujeto pasivo. Lo que importa no es tanto la libertad, siquiera libertad formal, del coaccionado, sino el mantenimiento de un orden; se habla pues de ‘paz social’ (*sozialen Friedens*),<sup>90</sup> de ‘monopolio estatal del uso de la

---

comentario de Roxin, C., a la S. del *Oberlandesgericht* de Koblenz de 7-V-1975 (*JR* 1976, págs. 71-73).

<sup>87</sup> Roxin, C., “Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht” (*JuS* 1964, págs. 373-381), esp. págs. 376-378.

<sup>88</sup> Vid. Krey, *Strafrecht BT I* (11ª ed., 1998) n° 383 y *BT 2* n° 319; Küper, *BT*, pág. 227; Lackner/Kühl, § 240 n° 20; Rengier, *Strafrecht BT II* (3ª ed., 2000), § 23 n° 63; y Tröndle (TRÖNDLE/FISCHER), § 240 n° 23. Del BGH, por todas, S. de 3-II-1993 (*BGHSt* 39, págs. 133-141 = *StV* 1993, págs. 576-578 = *NStZ* 1993, págs. 333-335 = *JR* 1994, págs. 421-423, con comentario de Drescher, A., en págs. 423-426).

<sup>89</sup> Así Krey, *BT I*, loc. cit. Si bien se insiste en que se trata de primacía y no de exclusividad; vid. Hellmann, U., comentario al A. del *Oberlandesgericht* de Schleswig de 26-VIII-1986 (*NStZ* 1987, págs. 455-457; el A. puede verse en la pág. 75); y Schünemann, W.B., pág. 10. Especialmente crítico Arzt, “Notwehr...”, *passim*.

<sup>90</sup> Así el mismo Roxin, C., comentario a la S. del BGH de 3-II-1993 (*NStZ* 1993, págs. 335 s.). De ‘*Rechtsfriedens*’ hablan el BGH (S. de 3-II-1993, cit.); e Isenbeck, H., en su comentario a la citada S. de 11-V-1962 (*NJW* 1963, págs. 116 s.), aun negando que el empleo de fuerza deba valorarse vía § 240 II.

fuerza' (*staatliches Gewaltmonopol*),<sup>91</sup> de 'Administración de Justicia' (*Rechtspflege*).<sup>92</sup>

Y en esta línea surgen voces críticas, entre las que conviene destacar los planteamientos de FEZER.<sup>93</sup> Si de lo que se trata, afirma, es de proteger la funcionalidad de la Administración de Justicia, lo procedente sería crear tipos penales específicos al efecto, logrando así que no se castiguen con igual dureza, por el recurso a tipos comunes, supuestos con diferente contenido de injusto. O, cuando menos, integrar el planteamiento en la doctrina del bien jurídico protegido en el § 240... no tanto para subvenir a una 'ofensa del Estado', cuanto como forma mejor de proteger la libertad de los particulares.

### 3.A.III.- Referencia a los ordenamientos austríaco y suizo.

Los ordenamientos de Austria y Suiza, que son países de tradición germánica, presentan grandes similitudes con el alemán en este tema. Pero también algunas diferencias.

I.- El Derecho austríaco carece de delito que castigue la realización arbitraria de derechos; y la conducta, como en Alemania, se reconduce a otros tipos penales: hurto, robo, apropiación indebida, estafa, extorsión... y

<sup>91</sup> Horn, E., "§ 240" (RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 1999), n° 47. A ese 'monopolio estatal en el uso de la fuerza' recurre Lenckner, T., "Vor. §§ 32 ff." n° 53 (SCHÖNKE/SCHRÖDER) para negar la posibilidad de justificación contractual de la realización arbitraria de derechos que exijan la realización de una conducta por el obligado.

<sup>92</sup> V.gr. Gerke, pág. 169.

<sup>93</sup> Fezer, G., "Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut der § 240 StGB" (*GA* 1975, págs. 353-362), esp. págs. 357-361; vid. asimismo "Zur Rechtsgutsverletzung bei Drohungen: Neue Tatbestände zum Schutz der persönlichen Freiheit?" (*JR* 1976, págs. 95-100). FEZER parte del estudio de su ejercicio de oposición, "Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüterschutzes: Zur Problematik eines allgemeinen Nötigungstatabstandes" (*JZ* 1974, págs. 599-606), que concluye la superfluidad de un tipo general de coacciones (pág. 606). Más recientemente, protesta también del recurso a las coacciones para cubrir lo que atenta contra el monopolio estatal del uso de la fuerza Lesch, H. H., comentario a la S. del BGH de 3-II-1993 (*StV* 1993), pág. 580; e insiste en que no puede castigarse por un delito destinado a la tutela de la libertad jurídicamente garantizada Timpe, págs. 27-31 y 184 s.

coacciones.<sup>94</sup> Con consideraciones muy semejantes para afirmar o negar el castigo por los mismos. Pero con una diferencia: el StGB austríaco no presenta rúbrica separada para los delitos contra la propiedad, que se cuentan entre los patrimoniales,<sup>95</sup> y no tiene sentido el tratamiento diferenciado que se da en el país vecino en sede de hurto a la deuda de cosa genérica y la de cosa específica y determinada.

Así, la concurrencia de un derecho a lo obtenido da lugar a la negación del enriquecimiento injusto y (aun en supuestos de error sobre la misma) del ánimo de enriquecimiento injusto;<sup>96</sup> cuando no ya del daño patrimonial.<sup>97</sup> Sea deuda genérica, dineraria o específica, se excluye pues la punición por delitos patrimoniales (incluido el hurto o robo), y el error sobre este extremo recibe el tratamiento de error de tipo<sup>98</sup>; pero ello no impide, obviamente, el castigo por lesiones o coacciones.<sup>99</sup>

II.- En cuanto al ordenamiento suizo, el código penal federal sí distingue delitos contra la propiedad y contra el patrimonio.<sup>100</sup> Sin embargo, también en Suiza se estima que la concurrencia de un derecho a lo obtenido -se tratara de deuda de cosa genérica o específica y determinada- elimina la antijuridicidad del enriquecimiento y el ánimo correlativo de enriquecimiento injusto, tanto a los efectos de delitos contra la propiedad como a los de delitos contra el patrimonio.<sup>101</sup> Sin perjuicio, una vez más, de la posibilidad de castigar por

---

<sup>94</sup> *Diebstahl, Raub, Veruntreuung y Unterschlagung, Betrug, Erpressung, Nötigung*; respectivamente §§ 127, 142, 133, 134, 147, 144 y 105 de su CP.

<sup>95</sup> Como subraya Oberländer, págs. 22 ss.

<sup>96</sup> Vid. Bertel, C., y Schwaighofer, K., *Österreichisches Strafrecht BT I* (6ª ed., 2000), § 127 n° 23, § 133 n° 20, § 134 n° 15, § 142 n° 9, § 144 n° 3, y § 147 n° 37; Kienapfel, D., *Grundriß des österreichischen Strafrechts BT II* (2ª ed., 1988), § 127 n° 179, § 133 n° 85, § 142 n° 68 s., § 146 n° 226 s., § 144 n° 79; Lewisch, P., *Strafrecht BT I* (1997), págs. 154, 208, 216 y 229 s.; y Maleczky, O., *Strafrecht BT I* (1997), pág. 44.

<sup>97</sup> Así Kienapfel, § 146 n° 227; y Lewisch, pág. 216 y 229 s.

<sup>98</sup> Kienapfel, § 127 n° 180, y § 133 n° 95.

<sup>99</sup> Vid. Bertel y Schwaighofer, § 105 n° 27; y Lewisch, págs. 107 y 208.

<sup>100</sup> Distinción no eliminada por la reforma de 1994, que afectó a los delitos contra la propiedad.

<sup>101</sup> Vid. Rehberg, J., y Schmid, N., *Strafrecht III* (7ª ed., 1997), §§ 6.2ff.3, 9.1.2, 18.2.2 y 27.2; Schubart, M., y Albrecht, P., *Kommentar BT 2* (1990), art. 137 n° 104, art. 139 n° 63 y art.

coacciones;<sup>102</sup> y sin perjuicio además de la posibilidad de castigar por el tipo residual suizo de sustracción (*Sachentziehung*) que no exige enriquecimiento injusto.<sup>103</sup>

Pero además resulta que algunos cantones sí tienen previsiones penales que castigan la realización arbitraria de derechos (*Selbsthilfetatbestände*), a los que se puede acudir en estos casos. Ahora bien, existiendo en el código federal un tipo residual para las sustracciones, no cabrían en los Derechos cantonales tipificaciones que atendieran al mismo bien jurídico... Dichos delitos de realización arbitraria de derechos se justifican pues no en la tutela del patrimonio, sino en la del orden público (*öffentlichen Ordnung*), del respeto de la vía de Derecho prescrita (*Respektierung des ordentlichen Rechtswegs*).<sup>104</sup>

### 3.A.IV.- Consideraciones críticas.

Conviene, antes de cerrar este apartado, hacer siquiera algunos apuntes críticos que, sin pretensión ninguna de resolver la cuestión en lo que a los ordenamientos estudiados se refiere, suponen un posicionamiento. Sin perjuicio de volver más adelante sobre las cuestiones al estudiar el sistema penal español, creo conveniente pronunciarme ya sobre ciertos puntos que suscita la discusión doctrinal y jurisprudencial alemana, y cuyo afrontamiento claro puede ahorrar razonamientos en vacío.

En sede de delitos contra la propiedad, estoy de acuerdo con quienes señalan que la distinción en el tratamiento penal de deuda de cosa genérica y deuda de cosa específica y determinada, allí donde el derecho de elección del

---

148 n° 106; Stratenwerth, G., *Sweizerisches Strafrecht BT I* (5ª ed., 1995), § 13 n° 36, § 15 n° 58 y § 17 n° 9; y Trechsel, S., *Kurzkommentar* (2ª ed., 1997), Vor. Art. 137.14, Art. 146.29 y Art. 156.8.

<sup>102</sup> Así Stratenwerth, *BT*, § 5 n° 16 y § 17 n° 9; Rehberg y Schmid, § 27.2; y Trechsel, Art. 156.8.

<sup>103</sup> Vid. Schubart y Albrecht, art. 143; y Trechsel, Art. 141 n° 11. Por la creación de un tipo de 'despojo' a imitación de éste abogaba entre nosotros Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 83.

<sup>104</sup> Schubart y Albrecht, art. 143 n° 36.

deudor no tenga contenido, carece de sentido.<sup>105</sup> Pero no puedo aplaudir el recurso al expediente del error para parchear el sistema: el error, cuando efectivamente concurra, actuará como correctivo para el caso concreto; pero no puede erigirse en solución con carácter general. Sencillamente, porque no se trata de que el sujeto yerre en la apreciación de la situación, sino de que esa situación merece una valoración distinta; y en este sentido creo que acierta KOLLENBERG cuando señala que el problema no es de error sino de antijuridicidad.<sup>106</sup> Y, a mi juicio, no de antijuridicidad en sentido genérico de contrariedad al ordenamiento -que probablemente sí puede afirmarse-, sino de ajuste al tipo en cuanto indicio y condición de antijuridicidad penalmente relevante. En esta línea me parece que acierta HIRSCH cuando afirma que el problema es de encuadre típico y no de prohibición.<sup>107</sup> Conviene, pues, acotar en un doble sentido:

En primer lugar, en cuanto a la objetiva antijuridicidad de la apropiación, puede suscribirse la afirmación de que la existencia de un derecho a lo obtenido excluye su estimación; pero no así la construcción en negativo que afirma la antijuridicidad de la apropiación de algo a lo que no se tiene un derecho. Pese a la extensa acogida jurisprudencial<sup>108</sup> y doctrinal<sup>109</sup> en Alemania, la afirmación de que es antijurídico un beneficio al que no se tiene derecho es tautológica<sup>110</sup> e incurre en prohibición de regreso.<sup>111</sup> Y, por demás, no es cierta; no cuando menos en el ámbito de lo penalmente relevante, aunque probablemente tampoco con carácter general, porque contrario a Derecho no es lo no previsto sino lo que contraviene lo prescrito. Como señalaba BINDING, no todo enriquecimiento al que no se tiene derecho subjetivo es injusto: ha de tratarse de lucro sin derecho y

<sup>105</sup> Por todos, Ruß, “§ 242” n° 74; y Kindhäuser, *BT II*, § 2 n° 164 s.

<sup>106</sup> Kollenberg, pág. 166.

<sup>107</sup> Hirsch, pág. 149.

<sup>108</sup> Vid. Lackner, “§ 263” n° 275.

<sup>109</sup> Por todos, Kindhäuser, *BT II*, § 17 n° 35.

<sup>110</sup> Así Hegler, A., “Anmerkung zu *RGS* 57, 370” (*JW* 1925), pág. 1502, señalando además que exige aplicar *ex ante* conocimientos que sólo se tienen *ex post*.

<sup>111</sup> Como señala Mohrbutter, K., “Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung im Strafrecht” (*GA* 1967), págs. 201 s.

a costa de otro;<sup>112</sup> en palabras de BOCKELMANN, la antijuridicidad de la apropiación ha de relacionarse con la del daño patrimonial correlativo.<sup>113</sup> Claro está que con ello se da lugar a supuestos en que la tutela penal y la tutela civil de la propiedad no coinciden, pero es que una cosa es que se produzca una lesión civil de la propiedad y otra la relevancia penal de esa lesión;<sup>114</sup> y no se construye con ello un concepto de ‘propiedad penal’ distinta de la civil, tan sólo se marcan los límites que impone el principio de intervención mínima. Es precisamente en esto donde a mi juicio yerra HIRSCH, cuando cree que la previsión de la *Selbsthilfe* no puede restringirse a supuestos de coacciones y realización de prestaciones no vencidas, sino que marca también el umbral típico en sede de delitos patrimoniales y contra la propiedad.<sup>115</sup>

Pero, además y por encima de todo ello, no puede desatenderse la configuración de los delitos estudiados como delitos de tendencia (*Innentendenz*): el elemento subjetivo del tipo es fundamental para la concurrencia del mismo. La descripción típica -y el injusto típico- no pueden configurarse sin dicho elemento: sin elemento subjetivo no hay injusto.<sup>116</sup> En esta línea -y sólo en esta- sí es de aplaudir a la doctrina mayoritaria la reconducción del problema al campo subjetivo.<sup>117</sup> Exclusivamente subjetivo, porque sobre los elementos subjetivos no cabe error, y aunque sí pueden darse errores sobre elementos objetivos que han dado lugar a la formación de los elementos subjetivos, dicho error no afecta a la integración del tipo y creo que puede calificarse de metajurídico, cuando menos en cuanto a la norma penal se refiere.<sup>118</sup> Baste por el momento con lo dicho; sin

---

<sup>112</sup> Binding, *BT I*, pág. 363.

<sup>113</sup> Bockelman, pág. 382.

<sup>114</sup> Vid. Berard, págs. 91 ss.; destacando que se trata de una opción de política legislativa, Silva Melero, V., “Ilicitud civil y penal” (*RGLJ* 1946, págs. 5-31). Por demás creo que el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal sería contrario a una tutela penal del patrimonio más extensa que la civil (como sin embargo propone Bockelmann, pág. 380).

<sup>115</sup> Hirsch, pág. 152.

<sup>116</sup> Mohrbotter, comentario..., pág. 1858. No sucede lo mismo, v.gr., en Francia o Bélgica.

<sup>117</sup> Como hace Rheineck, pág. 61.

<sup>118</sup> Vid. Warda, págs. 75-77. Volveré sobre la cuestión detalladamente infra, 5.A.II.a.



perjuicio desde luego de volver sobre la cuestión al estudiar la problemática en Derecho español.

Las consideraciones precedentes son también aplicables a los delitos patrimoniales de enriquecimiento. Creo, por demás, que aciertan los juristas austríacos y suizos al dar tratamiento unitario a deudas de cosa genérica y de cosa específica y determinada en ambos grupos de delitos. Las argumentaciones esgrimidas en Alemania para diferenciar los dos supuestos en sede de delitos contra la propiedad pueden tener déficits argumentales, pero es realmente difícil creer (como arguyen algunos) que el problema desaparece en los delitos de enriquecimiento porque en ellos es el deudor quien elige y concreta. El deudor elige, en su caso, para otros fines, pero no destina a saldar la deuda; esto es, en cuanto a la deuda ni elige ni concreta. Y si en todo caso cabe negar el daño patrimonial, ¿cómo justificar el castigo por delito contra la propiedad? Porque no parece satisfactorio acabar afirmando que se castiga una lesión de la propiedad sin menoscabo patrimonial... La solución ha de ser en este extremo, a mi juicio, unitaria. Y, en la medida de lo posible, evitando reconducir el mismo sustrato fáctico, en función del delito en que se estudie la posibilidad de encuadrarlo, al campo subjetivo u objetivo, y dentro de éste al enriquecimiento o al perjuicio.<sup>119</sup>

Finalmente, en cuanto a los delitos contra la libertad se refiere, creo que tanto los planteamientos críticos como la doctrina dominante en los ordenamientos germánicos aportan elementos de interés. La libertad de la víctima se ve ciertamente lesionada con la coerción ejercida por el sujeto activo, aun en supuestos en que el mismo resultado hubiera podido alcanzarse por vías de Derecho; la lesión formal (en cuanto al procedimiento, con independencia del resultado) tiene pues encuadre típico en sede de coacciones. Pero, y aquí creo que aciertan las voces críticas, con dos particularidades: la primera, que el grado de

---

<sup>119</sup> En esta línea señala **Welzel, H.**, "Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug" (*NJW* 1953), pág. 652, que el razonamiento empleado para la administración desleal no se restringe a la misma.

lesión efectivamente producido -y por ende el contenido de injusto- es menor; la segunda, que ante la minoración del grado de afectación de bienes jurídicos individuales entra en juego con mayor relevancia la afectación de otros bienes, ahora de carácter supraindividual. Y así, cobra sentido la configuración de un tipo específico atenuado, que por demás no atendería sólo (y quizá no principalmente) a la libertad como bien jurídico.

### **3.B.- EL 'ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI' EN EL DERECHO ITALIANO.**

En los códigos penales que rigieron durante el periodo preunitario en los territorios italianos tenían cabida los denominados delitos de *ragion fattasi*. Así, con ciertas diferencias, los recogían entre otros el art. 168 del código del Reino de las dos Sicilias de 1819, el art. 116 del Reglamento Pontificio de 1832, el art. 146 del CP toscano de 1853, y los arts. 286 ss. del CP sardo de 1859.<sup>120</sup> GAROFALO los excluía del concepto de 'crimen natural', al ver en ellos desafío a la autoridad o desobediencia a la ley pero no ofensa de los sentimientos de piedad y probidad;<sup>121</sup> y CARRARA, insistiendo en su carácter ideológico, político y social, subrayaba que no hay en ellos ofensa a la justicia en su sustancia, sino en la forma.<sup>122</sup>

Al elaborar el código de 1889, los senadores preferían el modelo toscano (que castigaba por este título el hacerse razón a sí mismo sin violencia, acudiendo al delito de violencia privada si concurría ésta), pero prevaleció la opinión de los diputados que se decantaban por el modelo sardo y se exigió para incriminar la

---

<sup>120</sup> El texto de los preceptos citados, comentado, puede verse en Regina, A., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1979), págs. 6-8.

<sup>121</sup> Garofalo, R., *Criminologia* (1885), I.1 § 6 y III.4 § 5.

<sup>122</sup> Carrara, *Programma*, §§ 2853 y 2849. Vid. asimismo, en esta línea, Crivellari, G., *Concetti fondamentali di Diritto penale* (1888), n° 614-622.

conducta que concurriera violencia sobre personas o sobre cosas.<sup>123</sup> El resultado fue el art. 235 del llamado *codice Zanardelli*, según el cual quien ‘al solo fin de ejercer un pretendido derecho, en los casos en que podría recurrir a la autoridad, se hace razón a sí mismo’ era castigado con pena de multa, si usó ‘*violenza sulle cose*’, y con detención de hasta un año o destierro de hasta dos años y multa si hizo uso de amenazas o violencia contra las personas. El párrafo segundo elevaba el mínimo a las penas para el caso de que el hecho se cometiera con armas o tuviera como consecuencia lesiones leves, y hacía el hecho perseguible a querrela de parte salvo que concurriera con delito perseguible de oficio. Finalmente, el art. 236 preveía una disminución de la pena en el caso de que el autor hubiese probado la subsistencia del derecho.<sup>124</sup>

El legislador de 1930 no cambió sustancialmente la regulación.<sup>125</sup> Corrigió, eso sí, algunos extremos que habían generado problemas aplicativos (como señalaré más detalladamente infra, 3.B.II); escindió el precepto en dos artículos y eliminó la atenuación por prueba de la subsistencia del derecho, modificando asimismo los subtipos agravados. Desde la derogación de los delitos caballerescos del *codice Rocco*<sup>126</sup> ha quedado el delito en cuestión como único integrante del capítulo III, ‘*Della tutela arbitraria delle private ragioni*’, dentro

---

<sup>123</sup> Sobre la discusión y los proyectos, vid. **Ardizzone, S.**, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1975), págs. 2-4, y “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Digesto delle Discipline Penali*, IV (4ª ed., 1990)), pág. 312; **Crivellari**, n.º 718; **Jannitti-Piomallo, A.**, *Delitti contro l’amministrazione della giustizia (Trattato dal Florian, 4ª ed., 1939)*, n. al n.º 251; **Marsich, P.**, *L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni nel diritto italiano vigente* (1926), n. en págs. 189-192; **Moscatelli**, págs. 803 ss.; **Stoppato**, passim; y **Regina**, *L’eapr*, págs. 8 ss. Texto del proyecto, modificaciones y texto definitivo en **Stoppato**, n. en págs. 130 s.

<sup>124</sup> Para la interpretación del delito en el código de 1889, vid. **Arabia, F.S.**, *I principii del Diritto penale applicati al codice italiano* (1891), págs. 302-304; **Civoli, C.**, *Trattato di DP II* (1912), págs. 548-564; **D’Antonio, L.**, “Dei delitti contro l’amministrazione della giustizia” (*Enciclopedia dal Pessina VII* (1907)), págs. 812-840; **Impallomeni, G.B.**, *Il codice penale italiano II* (1890), págs. 292-296; **Marsich**, passim; **Moscatelli**, passim; **Perroni Ferranti, G.**, “Dei delitti contro l’amministrazione della giustizia” (*Trattato dal Cogliolo II.1.a*, 1890), págs. 150-179; y **Stoppato**, passim.

<sup>125</sup> **Jannitti-Piomallo**, pág. 346; **Saltelli, C.**, y **Romano-Di Falco, E.**, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale II.1* (1931), pág. 435; y la misma relación ministerial sobre el proyecto definitivo (*Lavori preparatori del codice penale 5.II* (1929), pág. 184).

<sup>126</sup> Arts. 394-401, derogados por obra del art. 18 de la ley de 25-VI-1999, n.º 205.

del título tercero, ‘De los delitos contra la administración de justicia’, del libro segundo del CPI. Se castiga pues, siempre a querrela del ofendido, a ‘quien, al fin de ejercer un pretendido derecho, pudiendo recurrir al juez, se hace arbitrariamente razón a sí mismo’. Las penas son de multa de hasta un millón de liras si el hecho se cometió con ‘*violenza sulle cose*’ (art. 392; sobre la violencia vid. infra 3.B.II.b) y reclusión de hasta un año si se usaron violencia o amenaza a las personas (art. 393, cuyo párrafo segundo añade pena de multa si concurrió además ‘*violenza sulle cose*’); y, en el caso del art. 393, se prevé una agravación de la pena para el supuesto en que el delito se cometiera con armas.<sup>127</sup>

La elaboración doctrinal y jurisprudencial en esta sede ha sido abundante;<sup>128</sup> conviene perfilar aquí siquiera los puntos más relevantes. Lo que puede por demás hacerse abordando conjuntamente los elementos comunes de las

<sup>127</sup> Transcribo literalmente: “392. *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose.*- Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito a querela della persona offesa, con la pena de multa fino a lire un milione. / Agli effetti della legge penale, si ha *violenza sulle cose* allorché la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione. / Si ha, altresì, *violenza sulle cose* allorché un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico.” “393. *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone.*- Chiunque, al fine indicato nell’articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito, a querela dell’offeso, con la reclusione fino a un anno. / Se il fatto è commesso anche con violenza sulle cose, alla pena della reclusione è aggiunta la multa fino a lire quattrocentomila. / La pena è aumentata se la violenza o la minaccia alle persone è commessa con armi.” El último párrafo del art. 392 fue añadido por el art. 1 de la ley de 23-XII-1993, n° 547. Las multas originales eran de 5000 y 2000 liras; multiplicadas luego por 40 (art. 3 de la ley de 12-VII-1961, n° 603) y por cinco más (art. 113 ley 24-XI-1981, n° 689).

<sup>128</sup> La abordo pues, necesariamente, sin pretensión ninguna de exhaustividad. Las Sentencias citadas en este apartado son todas de la *Cassazione*, e indico sólo la fecha de las mismas; para su localización puede acudir a las abundantes notas actualizadas del Tratado de MANZINI (Manzini, V., *Trattato di Diritto penale italiano V* (5ª ed., 1986)) o a las sistematizaciones jurisprudenciales de Alibrandi, L. (ed.), *Il CP commentato con la giurisprudenza* (6ª ed., 1997); Brunelli, D. (T. PADOVANI (ed.), *Codice penale* (1997)); Goldoni, U. (DALL’ORA (ed.), *CP commentato* (1990)); Lattanzi, G. (ed.), *Codice penale* (1995); Luccioli, G. (BRANCACCIO y LATTANZI (eds.), *Esposizione di Giurisprudenza sul CP dal 1976 III* (1989)); Marino, R. (BELTRANI, CARINGELLA y MARINO, *CP commentato con la Giurisprudenza di legittimità* (1996)); Piffer, G. (CRESPI, STELLA y ZUCALÀ, *Commentario breve al CP* (3ª ed., 1999)); Pisa, P., *Giurisprudenza commentata di Diritto penale II* (2ª ed., 1997); y Zagrebelsky, V., y Pacileo, V., *CP annotato II* (1999). La jurisprudencia más reciente se cita por revista y página.

distintas modalidades típicas, tal como es usual en Italia, desde el reconocimiento de cierta unidad esencial pese a la separación del articulado del código.<sup>129</sup>

### **3.B.I.- Bien jurídico.**

La determinación del bien jurídico tutelado en los delitos que nos ocupan no es cuestión pacífica en la doctrina italiana. Ciertamente la opinión mayoritaria, atenta a la ubicación sistemática del precepto, cifra su atención en la administración de justicia; pero a la hora de concretar el concepto de la misma las divergencias afloran. Y no faltan tampoco quienes niegan que se trate de un delito contra ésta. Conviene ir por partes.

#### **3.B.I.a.- La administración de justicia como bien jurídico.**

La ‘administración de justicia’ tutelada en el CP italiano no responde, para los más, al sentido estricto de ‘jurisdicción’.<sup>130</sup> Quienes pretenden mantener en el estudio de todas las figuras recogidas en el título la referencia directa a la misma se ven obligados a ensanchar el alcance del concepto, distinguiendo jurisdicción en sentido objetivo, jurisdicción en sentido subjetivo y recto ejercicio de la función jurisdiccional (donde encuadran el ejercicio arbitrario de derechos), en un difícil equilibrio conceptual.<sup>131</sup>

Para otros en cambio se trataría de un bien superindividual de naturaleza funcional en que se tutelan, además de la función jurisdiccional, actividades e

---

<sup>129</sup> Por todos, Piffer, art. 392.I; Regina, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989), págs. 1 s.; y Santoro, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni - Diritto penale” (*Novissimo Digesto Italiano VI* (1964)), pág. 816.

<sup>130</sup> Así Antolisei, F., *Manuale di Diritto penale: PS II* (12ª ed., 1997), págs. 425-427; Caraccioli, I., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia* (1995), pág. 4; Kostoris, S., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1965), pág. 13; Maggiore, G., *Derecho penal PE III* (4ª ed., 1950; traducción, 1989), págs. 304 s. (de quien se hacen eco Fiandaca, G. y Musco, E., *Diritto penale PS I* (1993), págs. 254 s.); y Manzini, DP, n° 1587. Contra parece argumentar, v.gr., Cortesani, D., “Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia” (*I codici penali nel primo decennio di attuazione I* (1942)), págs. 454 s.

<sup>131</sup> V.gr. Panagia, S., “Nota introduttiva ai delitti contro l'amministrazione della giustizia” (CRESPI, STELLA y ZUCALÀ, *Commentario breve al CP* (3ª ed., 1999)). Para una construcción centrada en el ‘desprecio de la justicia’, reconociendo lesiones eventuales y reflejas de intereses individuales, orden público y paz social, Santoro, “Eapr”, págs. 812 s.

intereses que tienen con ésta un nexo sólo instrumental.<sup>132</sup> Y, en el caso del delito que nos ocupa, de lo que se trata es de impedir que la violencia privada sustituya la función jurisdiccional;<sup>133</sup> lo que con frecuencia se conecta con la paz pública, que se vería comprometida si los particulares pudieran hacerse justicia por sus propias manos.<sup>134</sup> En expresión de FIANDACA y MUSCO, la norma penal en cuestión pretende garantizar el ‘monopolio exclusivo de la autoridad judicial en la solución de las disputas entre portadores de pretensiones en conflicto’, porque permitir a los particulares hacerse justicia por sí expondría la paz social a continuas amenazas; reconociendo al tiempo estos autores que el legislador ha tenido en cuenta, al determinar la perseguibilidad por querrela, la incidencia del hecho en los intereses particulares.<sup>135</sup>

Se afirma pues la concurrencia, junto a un interés prevalente relacionado con la administración de justicia, de otros bienes jurídicos que encontrarían también amparo en el precepto... lo que ha dado pie a algunos para afirmar la pluriofensividad del delito en cuestión.<sup>136</sup> Pues bien, no faltan autores que resuelven esa tensión entre paz pública e intereses particulares en una decidida opción por uno de los dos extremos, negando que nos encontremos ante un delito contra la administración de justicia.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> **Fiandaca y Musco**, *PS*, loc. cit., insistiendo en la necesidad de una interpretación respetuosa de derechos y libertades constitucionalmente garantizados.

<sup>133</sup> Por todos, **Jannitti-Piromallo**, n° 249; **Kostoris**, pág. 19; **Manzini**, *DP*, n° 1779; y **Mazzanti, M.**, “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Enciclopedia del Diritto Giuffrè XV*, 1966), pág. 615. Vid. asimismo **Saccone**, págs. 189 ss.

<sup>134</sup> **Maggiore**, pág. 393. Son cita frecuente en esta sede los principios *ne cives ad arma veniant* y *constituta republica vis abesto*.

<sup>135</sup> **Fiandaca y Musco**, *PS*, pág. 318; les sigue **Delpino, L.**, *Diritto penale PS* (10ª ed., 1998), pág. 336.

<sup>136</sup> Incluso afirmando una unidad inescindible de bienes no jerarquizada; vid. S. de 19-XII-1961. Crítico con esta idea, pese a reconocer lesión de intereses subordinados, **Kostoris**, págs. 8 y 49.

<sup>137</sup> Vid. v.gr. la profusa argumentación de **Ardizzone**, *I delitti...*, págs. 177 ss.

### 3.B.I.b.- La protección de bienes de titularidad particular.

Así, se defienden reconstrucciones de la figura en clave de tutela de intereses privados. Clásica en esta sede es la defendida por NUVOLONE,<sup>138</sup> para quien el bien jurídico se cifra en la posesión de los derechos (posibilidad de hecho de ejercer el contenido de un derecho, acompañada de apariencia de derecho<sup>139</sup>). La figura recogida en los arts. 392 s. sería para el autor la negación (por acción dirigida ofensivamente contra el mismo) de un estado de hecho provisto de *apparentia juris* que asegura la satisfacción de un interés ajeno opuesto al que se quiere afirmar; la incriminación se configura como mecanismo de tutela posesoria (no del derecho, frente al que se esgrime una pretensión jurídica, sino del estado de hecho que sólo puede alterarse por vía jurisdiccional), y la ubicación del precepto en el CPI atendería a la exterioridad del hecho pero no a su esencia profunda.

Por su parte, y en otra línea, ANTOLISEI señala dos obstáculos a la consideración de los preceptos en estudio como delitos contra la administración de justicia.<sup>140</sup> Para este autor en el delito del art. 392 concurren siempre los elementos del de daños, y en el del art. 393 los del delito de coacciones (*'violenza privata'* del art. 610 CPI);<sup>141</sup> dado que la pena a imponer es inferior a la correspondiente a estos delitos, estima un sinsentido afirmar que se tutele además un interés público.<sup>142</sup> A mayor abundamiento, los delitos de los arts. 392 s. (que teóricamente tutelarían un interés público) no son perseguibles de oficio... cuando además las coacciones aisladamente sí lo son... De donde concluye que no se trata sino de formas atenuadas de daños y coacciones, postulando *de lege ferenda*

<sup>138</sup> Nuvolone, "L'eapr come attentato al possesso dei diritti", cit.

<sup>139</sup> Para una aproximación crítica a la figura de la posesión del derecho y sus relaciones con el ejercicio del mismo, Fedele, A., *Possesso ed esercizio del diritto* (1950).

<sup>140</sup> Antolisei, *PS*, págs. 522 s.; le siguen en todo Delpino, pág. 338; y Graziano, G., *Lineamenti di Diritto penale: PG e PS* (2ª ed., 1996), págs. 244 s. Respecto del 393 CPI, en línea semejante, Romano, M., "Sul diritto di querela in tema di eapr con violenza o minaccia alle persone" (*RIDPP* 1962), pág. 841 s.

<sup>141</sup> Sobre este extremo, in extenso, infra 3.B.II.b.

<sup>142</sup> Argumentaba ya en sentido semejante, de antiguo, Escobedo, "Ancora sul diritto...", *passim*.

la abrogación del precepto y la inclusión de cláusulas atenuatorias en los delitos correspondientes.

Intenta una tercera vía ARDIZZONE,<sup>143</sup> para quien si la incriminación inicial de las conductas en cuestión respondía al mantenimiento del monopolio de la autoridad en la solución de conflictos de intereses no compuestos por las partes, se ha producido una progresiva privatización del interés tutelado. Y cifra en consecuencia el bien jurídico en el interés de los particulares en que los comportamientos de autosatisfacción violenta no incidan en la esfera jurídica de quien los soporta; o, más sintéticamente, en el ‘interés en el pacífico goce de las relaciones jurídicas’, interés conexo con el interés en el proceso.

### **3.B.I.c.- La protección del orden público.**

Finalmente, por el otro extremo, acentuando la tutela de la paz social afirmó PESSINA que el delito en cuestión tiene carta de naturaleza entre los delitos contra el orden público. Y entre los mismos lo ubicó en el proyecto de CP de 1885, sacándolo de la rúbrica de los delitos contra la administración pública en que lo encuadraban los códigos toscano y sardo,<sup>144</sup> y defendiendo más tarde en su manual la postura.<sup>145</sup>

Ciertamente no son numerosos, porque quienes señalan motivos de orden público en la incriminación suelen hacerlo en conexión con otros bienes jurídicos; pero la afirmación de la paz pública como bien jurídico protegido en este delito ha tenido ulteriores defensores.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Ardizzone, *I delitti...*, págs. 218 s. y 255 ss., y “Eapr”, pág. 319.

<sup>144</sup> Vid. Marsich, págs. 111 ss.; y D’Antonio, pág. 815. Puede verse cita de la relación ministerial al proyecto de CPI de 27-I-1885, obra de PESSINA, en Moscatelli, pág. 797.

<sup>145</sup> Pessina, E., *Elementi di Diritto penale III* (1885), págs. 259 y 272 ss.

<sup>146</sup> Refieren directamente a la paz pública la razón de la incriminación, con el código de 1889, D’Antonio, pág. 816; y Moscatelli, págs. 794 ss. Con el actual, Simone, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (PAJARDI (ed.), *Dizionario giuridico*, 1990), pág. 369.



### 3.B.II.- *Conducta típica.*

Si en sede de bien jurídico protegido pueden constatarse diferencias, estas son aún mayores a la hora de determinar el concreto alcance de la descripción típica de los arts. 392 s. Conviene abordar siquiera sumariamente los principales elementos del tipo, y, por la especial relevancia en sede del delito que nos ocupa, la posible concurrencia de causas de justificación y los problemas concursales.

#### 3.B.II.a.- *El fin de ejercer un ‘preteso diritto’, ‘potendo ricorrere al giudice’.*

Tanto el art. 392 como el 393 se configuran, en principio, como delitos comunes (‘el que...’); y añaden inmediatamente el requisito de una proyección finalística de la acción (‘a fin de ejercer un pretendido derecho’) cualificada por la concurrencia de un requisito, cuando menos en apariencia, objetivo (‘pudiendo recurrir al juez’). La estrecha vinculación que entre estos dos elementos se señala, configurándolos como presupuestos del delito,<sup>147</sup> justifica el tratamiento de ambos en el mismo epígrafe.

El código de 1930 exige que se actúe con el fin de ejercer un ‘preteso diritto’; aunque no pide ya, como el código anterior, que se trate de la única finalidad del autor (‘al solo fin...’).<sup>148</sup> El inciso ha dado pie a los más para afirmar que se trata de un delito que requiere *dolo specifico*,<sup>149</sup> aunque no es opinión unánime,<sup>150</sup> como por demás resulta lógico, dado que las diferencias en la

---

<sup>147</sup> Por todos, vid. Manzini, *DP*, n° 1779.III; Mazzanti, “Eapr”, págs. 16 ss.; y Regina, *L’eapr*, págs. 13 s.

<sup>148</sup> Lo que se ha aplaudido, desde la afirmación de que la exigencia era insostenible desde el punto de vista psicológico e irrelevante desde el jurídico; así Santoro, “Eapr”, pág. 822, y *Manuale di Diritto penale II* (1962), pág. 443. Ya con el código de 1889 entendía que se trataba de un fin no único sino prevalente (y único jurídicamente relevante) Marsich, pág. 245.

<sup>149</sup> Por todos, Maggiore, pág. 403; Mazzanti, “Profilo...”, pág. 528; Regina, *L’eapr*, pág. 175, y “Eapr”, pág. 2; Santaniello, G., *Manuale di Diritto penale* (3ª ed., 1967), pág. 394; y S. de 17-IV-1969. Sobre el concepto de ‘dolo specifico’ vid. Gelardi, M., *Il dolo specifico* (1996); y Picotti, L., *Il dolo specifico: un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali* (1993).

<sup>150</sup> Vid. Antolisei, *PS*, pág. 521; Graziano, pág. 245; y Pioletti, U., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (COPPI (ed.), *I delitti contro l’amministrazione della giustizia* (1996)), págs. 648 y 653.

determinación del momento en que queda consumado el delito por necesidad han de traducirse en divergencias acerca de si ‘ejercer un pretendido derecho’ es o no una finalidad cuya realización trasciende el ámbito típico (vid. infra 3.B.II.c). En cualquier caso, el autor ha de perseguir el fin que la norma requiere, y determinar esto exige precisar el alcance de la expresión ‘*preteso diritto*’.

En línea de principio, queda fuera de dudas que el derecho puede existir o no en el caso concreto (como demostraba la atenuación punitiva del art. 236 del CPI de 1889, y subrayaba CARRARA al indicar que el delito está en la forma y no en la sustancia<sup>151</sup>), en tanto el autor crea verosímilmente en su existencia;<sup>152</sup> y podría pensarse que este contenido agota el significado del adjetivo ‘*preteso*’.<sup>153</sup> Pero, centrando la atención en la administración de justicia y en la necesidad de referencia a la misma,<sup>154</sup> se ha señalado por algún sector doctrinal y jurisprudencial la necesidad de ‘contenciosidad’<sup>155</sup> (judicial o de hecho,<sup>156</sup> sea

<sup>151</sup> Carrara, *Programma*, § 2849 (profusamente citado por la doctrina), indicando que la verdad del derecho podía usarse para moderar la pena, pero es ajena a la esencia del delito.

<sup>152</sup> Quienes exigen *fumus boni juris* o *apparentia juris* lo hacen como verificación del elemento subjetivo; vid. ya Moscatelli, págs. 800 s.; y Querci, G., “Il dolo della ragion fattasi...” (*SP* 1922 II II, págs. 281-283). Más modernamente Cortesani, pág. 455; Foschini, G., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Reati e pene*, 1960), pág. 148; Kostoris, pág. 210; Maggiore, pág. 395; Manzini, *DP*, n° 1780; Mazzanti, “Eapr”, pág. 616; y Sinforiani, G., “L’esistenza del diritto conteso ai fini della ricerca del dolo nel delitto di ragion fattasi” (*GCCSCsp* 1945 II) pág. 306; crítico Pisa, P., “Problemi in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*Temì* 1973), págs. 31 s. Contra, viendo requisito objetivo, Guadagno, G., “La pretesa giuridica realizzabile negli art. 392 e 393 C.p.” (*GP* 1951 II, cols. 214-221). Con orientación claramente subjetiva, S. de 27-II-1997.

<sup>153</sup> Que de hecho a este fin fue incluido en el CPI de 1889; vid. Perroni Ferranti, págs. 154 s.; y Stoppato, págs. 159 ss. Contra, Jannitti di Guyanga, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e servitù discontinue e continue non apparenti” (*GI* 1910 II), cols. 202 s.

<sup>154</sup> Como señala, muy crítico, Pisa, “Problemi...”, págs. 31 ss., entendiendo que se limita arbitrariamente el ámbito del delito *de quo*.

<sup>155</sup> Así ya con el código de 1889 Arabia, pág. 303; y Marsich, págs. 251 ss. (que a falta de contestación proponía castigar por usurpación y no por eapr); contra D’Antonio, págs. 824 s. Con el actual, Cortese Riva Palazzi, E., y Veneria, C. della, *Compendio di DP* (1932), pág. 271; Delpino, pág. 337; Foschini, págs. 146 ss.; Kostoris, pág. 66; Maggiore, pág. 395; Talassano, F., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni” (*GCCSCsp* 1946, págs. 197 s.); y Zauli, G., “Decisione irrevocabile sul preteso diritto di esercizio arbitrario” (*RIDPP* 1938), pág. 69. De ‘conflicto de pretensiones’ habla Santoro, “Eapr”, págs. 816 s., y *DP II*, pág. 437. En contra Ardizzone, *I delitti...*, págs. 67 ss. y 83 s., y “Eapr”, pág. 315; Grosso, C.F., “Le principe nul ne peut se faire justice a soi-même et ses exceptions en Droit italien” (*TAHC* 1969), págs. 212 y 215; y Pioletti, pág. 646. Para Cordero, F., “Sulla configurabilità del reato di cui

real,<sup>157</sup> presunta o cuando menos potencial<sup>158</sup>) del derecho en cuestión, buscando en el citado adjetivo punto de apoyo para defender la tesis.

En cuanto al tipo de derechos que pueden tener cabida en el inciso, suele señalarse que la referencia es a un derecho subjetivo,<sup>159</sup> de cualquier clase que sea, en tanto resulte accionable.<sup>160</sup> Excluidas las potestades (que se llevan en su caso al *abuso d'ufficio* del art. 323 CPI),<sup>161</sup> se incluyen sin titubeos derechos reales y obligaciones;<sup>162</sup> y cuando ha querido objetarse a los segundos que en ellos el acreedor no obtiene lo mismo que lograría por vía judicial, el argumento histórico ha impedido cuestionar su inclusión en el tipo.<sup>163</sup> Más conflictiva resulta sin embargo la admisión de obligaciones naturales,<sup>164</sup> derechos potestativos,<sup>165</sup>

---

all'art. 393cp nell'esazione violenta di un credito" (*GI* 1951 II), n. 2 en col. 217, si el derecho es incontestado la acción, aun violenta, es penalmente indiferente. Regina, *L'ea*pr, pág. 171, cifra el bien jurídico en "la observancia de los límites puestos al ejercicio de los derechos contestados".

<sup>156</sup> Vid. Caraccioli, *Delitti...*, pág. 82. Admite ambas la S. de 2-III-1999.

<sup>157</sup> 'Efectiva' para Kostoris, págs. 69 s.

<sup>158</sup> 'Lógica' en palabras de Nuvolone, págs. 148 y 162 s. (de quien se hace eco Sinfiorani, pág. 308); 'previsible' en las de Jannitti-Piomallo, n° 255; y Manzini, *DP*, n° 1780. Vid. SS. de 21-V-1985, 26-V-1980, 8-I-1985 y 7-III-1986.

<sup>159</sup> Excluyen los intereses Ardizzone, *I delitti...*, págs. 91 s., y "Eapr", pág. 315; Caraccioli, *Delitti...*, págs. 81 s.; Pioletti, pág. 647; y S. de 1-XII-1959. Los incluyen por contra Jannitti-Piomallo, n° 254; Kostoris, págs. 62 ss.; Maggiore, pág. 394; Manzini, *DP*, n° 1780; Mazzanti, "Profilo...", pág. 526, y "Eapr", pág. 617; Ranieri, S., *Manuale di DP II* (2ª ed., 1962), pág. 421; y S. 14-XII-1954.

<sup>160</sup> Por todos, S. de 27-XI-1987. La accionabilidad (que con frecuencia se entiende en sentido amplio, incluyendo excepciones; v.gr. Santoro, "Eapr", pág. 818) impone para algunos la necesidad de la existencia abstracta del derecho (vid. Cordero, "Sulla configurabilità...", col. 220; Santoro, A., *DP II*, pág. 435; y Regina, *L'ea*pr, pág. 83. Vid. asimismo Ardizzone, *I delitti...*, págs. 81 ss.) (contra, Kostoris, págs. 65, 74 ss. y 156).

<sup>161</sup> Por todos, Manzini, *DP*, n° 1780; y Pisa, P., "I delitti contro l'amministrazione della giustizia" (BRICOLA y ZAGREBELSKY (eds.), *Codice penale PS vol. IV* (2ª ed., 1996)), pág. 509. Vid. Santoro, A., "Ragion fattasi, pretesa e diritto soggettivo" (*SP* 1968, págs. 124-126). Cuando el sujeto activo sea particular, la jurisprudencia acude a delitos comunes; vid. SS. de 9-XI-1978, 4-V-1977, 29-IX-1972 y 15-III-1993.

<sup>162</sup> Así, por todos, Antolisei, *PS*, pág. 517.

<sup>163</sup> Por todos, Regina, *L'ea*pr, págs. 105 s.

<sup>164</sup> En contra Antolisei, *PS*, pág. 518; Ardizzone, *I delitti...*, págs. 101 s.; Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 319; Foschini, págs. 147 y 151; Graziano, pág. 244; Regina, *L'ea*pr, págs. 73 s., y "Eapr", págs. 4 s.; Santoro, "Eapr", pág. 818, y *DP II*, pág. 439; y S. 16-III-1951. A favor Manzini, *DP*, n° 1780; y Kostoris, págs. 196 s. Vid. asimismo Escobedo, G., "Forma e sostanza del diritto nel reato di esercizio arbitrario" (*GP* 1924, cols. 697-709). Semejante, con matices, es la argumentación en sede de obligaciones de causa ilícita o inmoral.

servidumbres discontinuas y no aparentes<sup>166</sup> y derechos de familia.<sup>167</sup> Por demás, el texto de los artículos habla de ‘ejercer un pretendido derecho’, aunque la rúbrica hace referencia a tutela arbitraria de ‘*proprie ragioni*’, y se ha discutido si cabe o no el ejercicio de derechos ajenos; sosteniéndose la opinión contraria con frecuencia sobre el argumento de que permitir alegar cualquier derecho ajeno para disminuir la pena a imponer sería abrir a los delincuentes las puertas de una fácil escapatoria.<sup>168</sup> Menos resistencia encuentra la idea de la representación en el ejercicio del derecho del principal, que suele aceptarse comprendida en el tipo.<sup>169</sup>

En íntima conexión con el fin de ejercer un pretendido derecho aparece el requisito de la posibilidad de recurrir al juez, en donde se reconoce cualquier vía

<sup>165</sup> Los incluyen **Cordero, F.**, “Sull’esercizio arbitrario dei cosiddetti diritti potestativi” (*GI* 1952 II, cols. 217-224); **Regina, A.**, “Diritto potestativo ed eapr” (*RIDPP* 1970, págs. 1207-1213), y *L’eaapr*, págs. 88-95; y la S. de 11-X-1968. Se oponen **Gianniti, F.**, “Il delitto di ragion fattasi in relazione ai diritti potestativi” (*GP* 1952 II, cols. 411-420); **Mazzanti**, “Profilo...”, pág. 526, y “Eapr”, pág. 617; el mismo **Regina**, “Eapr”, pág. 6; y la S. de 2-VII-1951.

<sup>166</sup> Excluye ambas **Maggiore**, pág. 397; aceptan ambas **Guadagno, G.**, “Ancora sulle servitù discontinue in rapporto all’eapr” (*GP* 1952 II, cols. 1089-1097); **Jannitti di Guyanga**, col. 206; **Jannitti-Piromallo**, n° 254; **Kostoris**, págs. 190 ss.; **Manzini, DP**, n° 1780; **Ranieri**, pág. 422; y **Regina, L’eaapr**, págs. 95-99, y “Eapr”, pág. 6; excluye las segundas y acepta las primeras **Nuvolone**, n. 41 en págs. 166 ss. Vid. **Bellone, P.M.**, “Eapr e servitù di passaggio” (*GI* 1959 II, cols. 221-225); **Bonomo, G.**, “Passaggio senza titolo ed eapr” (*GP* 1951 II, cols. 659-662); **Cortesani**, pág. 456; **Del Trono, R.**, “Il delitto di eapr e le servitù di passaggio non apparenti” (*GCCSCsp* 1952 II, págs. 501-504); **Regina, A.**, “Gli usi pubblici e l’eapr” (*GCCSCsp* 1945 II, págs. 33-37); y **Sabatini, G.**, “Le servitù discontinue e lo stato di necessità in tema di eapr” (*RDPP* 1913 II, págs. 351-357).

<sup>167</sup> Los admite en general **Kostoris**, págs. 178 ss. Aceptan como típica la imposición coactiva de cohabitación marital **Maggiore**, pág. 395; **Manzini, DP**, n° 1780.VII; y la S. de 15-X-1969; la niegan **Fiandaca y Musco, PS**, pág. 319; **Luccioli, G.**, “Appunti in tema di eapr e diritti di famiglia” (*Cassazione penale - mass. ann.* 1980), pág. 1534; **Pioletti**, n. 46 en pág. 647; la S. de 15-V-1979; y argumentando en torno al cambio de modelos de familia **Secci, M.**, “Reato di ragion fattasi e diritti coniugali” (*RIDPP* 1981, págs. 1223-1235). Incluyen supuestos en materia de patria potestad **Manzini, DP**, n° 1780.VI; y S. de 13-IV-1970; los excluye **Santoro**, “Eapr”, pág. 822.

<sup>168</sup> Sobre la base del concepto de pretensión, **Santoro**, “Eapr”, pág. 817. En contra, señalando que por esa vía pueda llegara castigarse menos al que no tiene derecho (porque quien se mueve con ánimo de realizar derecho ajeno actuaría sin ánimo de lucro), ya **Stoppato**, pág. 172; vid. asimismo **Kostoris**, págs. 257 ss.

<sup>169</sup> **Cortesani**, pág. 456; **Manzini, DP**, n° 1780.VII; **Mazzanti**, “Eapr”, pág. 617; **Pisa**, “I delitti...”, pág. 509; **Regina, L’eaapr**, pág. 140; SS. de 10-VII-1958, 21-XII-1979, 30-IV-1985 y 5-II-1991. Protestaba y daba entrada en el tipo al intento de ejercer derechos ajenos ya **Moscatelli**, págs. 801 s.

de tutela jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativa...).<sup>170</sup> Nadie cuestiona que dicho recurso no es posible allí donde de acudir en busca del auxilio del juez se produciría entretanto una lesión del derecho.<sup>171</sup> Fuera de estos casos, la cuestión se plantea en la determinación de si se requiere la razonable convicción del agente,<sup>172</sup> una simple posibilidad de hecho,<sup>173</sup> la posibilidad en Derecho de acudir al juez para la tutela del derecho que se afirma (considerado *in abstracto*),<sup>174</sup> o la viabilidad cuando menos *prima facie* de una resolución judicial favorable en el caso concreto,<sup>175</sup> y las posiciones aquí distan de la unanimidad. Finalmente, hay quienes leen de la recurribilidad al juez la necesidad de que lo que el sujeto logra arbitrariamente se corresponda exactamente con lo que habría conseguido de recurrir a la autoridad jurisdiccional;<sup>176</sup> lo que en línea de principio

---

<sup>170</sup> Jannitti-Piomallo, n° 255; Kostoris, pág. 173; Manzini, *DP*, n° 1781; Mazzanti, M., “Profilo normativo e teoretico del delitto di ragion fattasi” (*LH-Pereda* (1965)), págs. 519-536), pág. 523; Piffer, art. 392.VIII. En el CPI de 1889 se decía ‘a la autoridad’, lo que combinado con el concepto espiritualizado de violencia real (vid. infra 3.B.II.b) permitía en la práctica jurisprudencial castigar siempre que se omitiera recurso a la autoridad administrativa; el exceso forzó el cambio del tenor literal.

<sup>171</sup> Por todos, Santoro, “Eapr”, pág. 819; en expresión de Manzini, *DP*, n° 1781, nadie está obligado a sufrir un daño injusto sólo porque sea resarcible. Contra Grosso, pág. 215, acude en este caso a la legítima defensa y no a negar posibilidad de recurso al juez. Sobre los principios *vim vi repellere licet* y *qui continuat non attentat* vid. infra 3.B.II.d; sobre error acerca de la posibilidad de recurso al juez vid. S. de 23-XI-1948, y la nota de Piacenza, S., “Riflessi subbietivi della possibilità di ricorrere al Giudice nel delitto di eapr” (*GP* 1959 II, cols. 617-620).

<sup>172</sup> Así Ardizzone, *I delitti...*, págs 134-145, y “Eapr”, pág. 316, entendiendo que es elemento subjetivo.

<sup>173</sup> Como entienden Fera, G., “L’art. 392 C.p. e la nozione di violenza sulle cose” (*GP* 1969 II), col. 519; Jannitti-Piomallo, n° 255; Maggiore, pág. 398; Manzini, *DP*, n° 1781; Saltelli y Romano-Di Falco, pág. 436; y Santaniello, pág. 394. Critica Foschini, pág. 150, que con ello se vacía de contenido el inciso.

<sup>174</sup> En esta línea Balzarotti, M.L., *Manuale pratico del DP* (2ª ed., 1999), pág. 222; Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 319; Foschini, pág. 150; y Zauli, pág. 71.

<sup>175</sup> Vid. Chiarotti, F., “Eapr in materia di scolo delle acque” (*GCCSC* 1945 II), pág. 155; Dall’Ora, A., “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione” (*GI* 1951 II), cols. 41 y 43; Mazzanti, “Eapr”, pág. 618; Pioletti, pág. 649; y Regina, “Eapr”, pág. 5.

<sup>176</sup> Así Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 319; Luccioli, “Appunti...”, pág. 1533; S. de 15-V-1979. Contra, ya Carrara, F., “Furto e ragion fattasi” (*Opuscoli VI* (5ª ed., 1905)), págs. 112 s.; más recientemente Pisa, “I delitti...”, pág. 509. Pide que lo conseguido sea ‘análogo’, pero no idéntico, Pioletti, pág. 649.

excluiría del tipo todos los supuestos en que se pretenda conseguir el cumplimiento de obligaciones consistentes en un ‘*facere*’ infungible.<sup>177</sup>

Por demás, cuando se haya dictado sentencia sobre el litigio y concurra la cosa juzgada, no cabrá el delito que nos ocupa si el derecho alegado contradice lo dispuesto en la sentencia;<sup>178</sup> aunque sí cuando afecte a dudas en la interpretación de la misma o se trate de ejecución arbitraria de lo sentenciado.<sup>179</sup>

### 3.B.II.b.- La ‘*violenza*’ real y personal.

Dos son las modalidades típicas básicas recogidas en el CP italiano, y la norma requiere en ambas violencia; la diferencia es que esa violencia se dirige, en el primer caso, a cosas, y en el segundo a personas.

I.- En cuanto a la violencia real, su alcance viene determinado en el art. 392. Vigente el código de 1889, un fuerte movimiento jurisprudencial y doctrinal interpretó la ‘*violenza sulle cose*’ de forma acusadamente espiritualizada, estimando que concurría siempre que se contraviniera la predecible voluntad del titular de la cosa.<sup>180</sup> Por esta vía llegó a afirmarse la *violenza* en el hecho de hacer pasar un carro por el fundo ajeno...<sup>181</sup> en una clara desvirtuación del concepto.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> Vid. por todos, Alimena, F., “Il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed il taglio dei fili della conduttura elettrica” (*Il foro italiano* 1934 II), col. 36.

<sup>178</sup> Por todos, Cortesani, pág. 455; Ondei, E., “Se sussista il reato di eapr quando il preteso diritto sia stato riconosciuto inesistente da una sentenza irrevocabile del Giudice”, en (*Il foro italiano* 1937 II, cols. 44-48); Regina, *L’eapr*, págs. 57 ss.; Santoro, “Eapr”, pág. 819; Scardia, M., “La cosa giudicata sul preteso diritto nell’eapr” (*GCCSCsp* 1946, págs. 248-254); y SS. de 27-II-1936 y 21-XI-1946. Contra, Zauli, pág. 72; y Kostoris, págs. 200-204.

<sup>179</sup> En este sentido, Nuvolone, págs. 393 s.; y Santoro, “Eapr”, págs. 818 s., y *DP II*, pág. 438. Destacando el elemento subjetivo, Manzini, *DP*, n° 1781. Niega sin más que quepa este delito ante cosa juzgada Foschini, pág. 150; por falta de contenciosidad lleva a *violenza privata* la ejecución arbitraria de lo sentenciado Zauli, págs. 69 y 72; y niega que ésta sea eapr Saccone, págs. 191 s.; contra, argumenta el castigo por eapr Cortesani, págs. 455 s.

<sup>180</sup> Así, el proyecto de ley para la interpretación auténtica de algunos artículos del CPI, elaborado por el ministro SCIALOJA (*RDPP* 1910 I, págs. 408 ss.), equiparaba ‘violencia’ y ‘arbitrariedad’.

<sup>181</sup> S. de 12-VI-1892.

<sup>182</sup> De la que protestaban Stoppato, págs. 234 s.; y Tolomei, A.D., “L’eapr e il progetto Scialoja” (*RDPP* 1910 I, págs. 538-541).

El legislador de 1930, para evitarlo,<sup>183</sup> incluyó en el precepto una interpretación auténtica, que debe entenderse válida tanto a efectos de este artículo como para otras referencias del CPI al mismo concepto (v.gr. la agravante del hurto del art. 625.2).<sup>184</sup> Dispone el párrafo segundo que ‘a los efectos de la ley penal, hay *violencia sobre las cosas* cuando la cosa es dañada o transformada, o se le cambia la destinación’. Y el párrafo tercero, añadido en 1993, señala que ‘hay también *violencia sobre las cosas* cuando se altera, modifica o cancela en todo o en parte un programa informático, o se impide o turba el funcionamiento de un sistema informático o telemático’.

Así las cosas, en lo que al párrafo segundo se refiere el problema queda en la determinación del concreto alcance de los términos ‘dañada’, ‘transformada’ y ‘cambia la destinación’; y en particular, en si con ellos se abarca o no un ámbito mayor del que cabe en el delito de daños (*daneggiamento*, art. 635 del CPI). Para los más, ‘dañada’ sería una referencia al tipo del art. 635, y por ende necesariamente la transformación y el cambio de destinación han de entenderse fuera del ámbito de los daños,<sup>185</sup> para recoger supuestos en que sin merma del valor económico se altera la morfología o funcionalidad de la cosa en términos

---

<sup>183</sup> Así **Ardizzone**, *I delitti...*, págs. 27-30, y “Eapr”, pág. 313; **Brasiello**, **T.**, *Il nuovo CP PS* (1932), pág. 87; **Jannitti-Piomallo**, n° 257; **Maggiore**, pág. 399; y la misma comisión ministerial que discutió el proyecto, *Lavori preparatori del codice penale 4.IV* (1929), pág. 14. Mantienen por contra una interpretación amplísima, pese al nuevo tenor literal y contra jurisprudencia, **Bellini**, **A.**, “Sull’eapr con violenza sulle cose” (*GP* 1958 II, cols. 85-89); y **Fera**, *passim*. En la jurisprudencia, v.gr., S. de 2-IX-1983, con nota crítica de **Montanara**, **G.**, “Mietitura del grano ed eapr” (*GAI* 1984 II, págs. 428 s.); o la S. de 18-IV-2001 (*RP* oct. 2001, pág. 860).

<sup>184</sup> Como señalan **Caraccioli**, *Delitti...*, pág. 80; **Brasiello**, pág. 86; **Jannitti-Piomallo**, n° 257; y **Mazzanti**, “Profilo...”, pág. 528. Así lo indicaba expresamente la relación ministerial sobre el proyecto de código (vid. *Lavori preparatori del codice penale 5.II*, pág. 185).

<sup>185</sup> Por todos, **Ardizzone**, *I delitti...*, págs. 32 y 242 s.; **Capizzano**, **E.**, “Danneggiamento ed eapr” (*RIDPP* 1962, págs. 197-200); **Caraccioli**, *Delitti...*, pág. 80; **Pioletti**, págs. 650 s.; **Regina**, *L’eapr*, pág. 118, y “Eapr”, pág. 7; y S. de 17-IV-1969. Sobre el cambio de destinación, ilustrativas las SS. de 16-I-1954 y 16-VI-1967, con comentarios de **Manzini**, **V.**, “Violenza sulle cose ed esercizio arbitrario di ragioni” (*GCCSCsp* 1954 II, pág. 29); y **Bellone**.

tales que no es razonablemente posible devolverla al estado anterior.<sup>186</sup> Aunque se ha afirmado que es viable entender que las tres variantes planteadas en el art. 392 caben en el tipo del 635.<sup>187</sup>

Se ha discutido si cabía castigar por vía del art. 392 en los casos en que se integra la *violenza* requerida en el tipo, pero sobre cosa propia. Y, aunque con divergencias, la respuesta es en general afirmativa, siempre que la cosa propia esté en posesión de tercero o la acción sobre cosa propia tenga efectos directos sobre cosa o derechos ajenos (v.gr. demolición de muro propio sobre el que pasa acueducto de tercero).<sup>188</sup> Abundante ha sido la elaboración sobre el supuesto de corte de hilos conductores de energía eléctrica, cuando los hilos son propiedad del que los corta (compañía eléctrica, propietario de la casa que corta en el pasillo hilos que dan luz a la habitación alquilada...), discutiéndose si cabe o no en el tipo.<sup>189</sup>

En cuanto al párrafo último, la cuestión debe encuadrarse en la correspondencia o no de su alcance con el de lo dispuesto en la modalidad del delito de daños del art. 635 bis CPI, fruto por cierto de la misma reforma

<sup>186</sup> Así Santoro, A., "Ancora sulla ragion fattasi" (*SP* 1969, págs. 475-477). Con el efecto perverso de tipificar supuestos que de no quererse ejercer un derecho serían atípicos; vid. Nuvolone, pág. 297.

<sup>187</sup> Sobre la base de la práctica jurisprudencial, Antolisei, *PS*, pág. 520; argumentando en torno a la descripción típica del art. 635 CPI, Kostoris, págs. 38 s.; Nuvolone, págs. 301 s.; y Pisa, "Problemi...", págs. 36 ss., subrayando (pág. 38) que en otro caso el fin de ejercer un derecho sería a veces atenuante y otras elemento de incriminación *ex novo*. En la jurisprudencia, SS. de 29-X-1960, 24-XI-1961, y 15-X-1969.

<sup>188</sup> Ya Giuriati, G., "La violenza sulle cose e l'art. 235 cod. pen." (*RDPP* 1910 II, págs. 619-625). Con el código actual, Jannitti-Piromallo, n° 254; Kostoris, págs. 181 ss.; Nuvolone, pág. 300; y esp. Severino, L., "La cosa propria come oggetto della violenza nel delitto di ragion fattasi" (*GP* 1949 II, cols. 712-715) y "Eapr e possesso delle cose" (*GP* 1950 II, cols. 592-595). Niegan que quepa sobre cosa poseída por el agente Maggiore, pág. 396; y Manzini, *DP*, n° 1780.

<sup>189</sup> A favor Alessandri, R., "Il possesso delle cose nell'eapr" (*GCCSCsp* 1950 I, págs. 124-127); Battaglini, E., "Eapr mediante taglio di fili conduttori di energia elettrica" (*GP* 1949 II, cols. 681-683); Dal Fiume, G., "Dell'eapr con violenza sulle cose" (*GI* 1950 II, cols. 8-10); Dall'Orta, A., "Del taglio dei fili conduttori di energia elettrica in eapr" (*RIDP* 1950, págs. 232-235); Kostoris, págs. 186 ss.; Loasses, C., "Dell'eapr con violenza su cosa propria e della quale si abbia il possesso" (*GCCSCsp* 1950 I, págs. 11 s.); Regina, "Eapr", pág. 6; Nuvolone,



legislativa.<sup>190</sup> Se ha señalado la posibilidad de entender que integra el tipo la difusión de virus informáticos.<sup>191</sup>

II.- En lo que a la violencia personal se refiere, el art. 393 admite una doble modalidad (violencia o amenaza), en consonancia con la previsión que en sede de coacciones (*violenza privata*) hace el art. 610 CPI.<sup>192</sup> La cuestión no suele suscitar en consecuencia mayor discusión, y el estudio se resuelve en remisión a los conceptos elaborados en aquella sede y en el delito de amenazas (*minaccia*, art. 612 CPI).<sup>193</sup> Así las cosas, resulta claramente excluida la posibilidad de castigar por este título los supuestos en que el sujeto acuda a argucias y engaños para lograr su objetivo, sin hacer uso de medios violentos.<sup>194</sup>

### 3.B.II.c.- *Iter criminis*.

La determinación del momento en que queda consumado el delito va a depender de la interpretación que se dé al inciso ‘se hace arbitrariamente razón a sí mismo’. Para unos, ese ‘hacerse razón’ se identifica con el ejercicio del pretendido derecho,<sup>195</sup> con la realización de su fin económico,<sup>196</sup> de manera que el delito se consuma con un acto de efectivo ejercicio. Para otros, se trata más bien de que el sujeto alcance la situación que intenta lograr con su acto violento, aunque ésta no pueda ser calificada de ejercicio del derecho.<sup>197</sup> Otros encuentran

---

pág. 300; y SS. de 5 y 6-VI-1949 y 28-I-1950. En contra Maggiore, pág. 400; Manzini, *DP*, n° 1783; y SS. de 6-XI-1935, 31-V-1955 y 6-XI-1955. Vid. ya de antiguo F. Alimena, cols. 28-37.

<sup>190</sup> Señala la estrecha relación Piffer, art. 392.XIII.

<sup>191</sup> Ardizzone, S., “Eapr” (*aggiornamento* (4ª ed., 2000)), pág. 260; Caraccioli, *Delitti...*, pág. 84. Sobre la interpretación del párrafo, vid. Piffer, art. 392.XIII.

<sup>192</sup> Respecto del que se ha señalado relación de especialidad: vid. Ardizzone, *I delitti...*, pág. 246; y Grosso, págs. 216 y 218.

<sup>193</sup> V.gr. Antolisei, *PS*, pág. 520; Ardizzone, “Eapr”, pág. 314; Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 320; Jannitti-Piromallo, n° 258; Piffer, art. 393.V; Pioletti, pág. 652; y Saltelli y Romano-Di Falco, pág. 437.

<sup>194</sup> Así Antolisei, *ibidem*; Manzini, *DP*, n° 1781; Santoro, “Eapr”, pág. 820. Y tampoco cabrá castigarlos por otro título, porque no tiene sentido reprimir el engaño con más dureza que la violencia (Carrara, “Furto...”, págs. 123 ss.).

<sup>195</sup> Así Caraccioli, *Delitti...*, pág. 83, leyendo en la ‘arbitrariedad’ requisito de ‘ilicitud especial’ (dolo con conocimiento de antijuridicidad); Pioletti, págs. 653 s. (negando que se exija ‘ilicitud especial’); Santaniello, pág. 394; Santoro, “Eapr”, pág. 819; S. de 23-I-1974.

<sup>196</sup> Vid. Antolisei, *PS*, pág. 519; Regina, “Eapr”, pág. 7.

<sup>197</sup> Así Ardizzone, *I delitti...*, págs. 57 ss., y “Eapr”, págs. 314 s.; Pisa, “Problemi...”, pág. 27.

el momento consumativo en el uso de los medios típicos,<sup>198</sup> es decir, en la realización de la violencia.<sup>199</sup> Y finalmente hay quien sostiene criterios diversos para la consumación: en las hipótesis de violencia o intimidación a las personas con el uso de la violencia típica, en el supuesto de violencia *sulle cose* en el momento de la realización de la pretensión.<sup>200</sup>

En buena lógica quienes afirman que el delito se consuma con el ejercicio del derecho no pueden ver en el ‘fin de ejercer un pretendido derecho’ un *dolo specifico*.<sup>201</sup> Si esta categoría dogmática exige la orientación del hecho-base a una finalidad típicamente determinada pero cuya realización efectiva trasciende del ámbito típico (y resulta por ende irrelevante), afirmar que la consumación y la realización de la finalidad requerida coinciden es negar que se trate de *dolo specifico*. Por el contrario, para los que afirman que la consumación se produce en un momento distinto (uso de violencia, logro del estado de hecho perseguido por el autor...) el fin que requiere la norma reuniría todos los requisitos de la categoría en cuestión.<sup>202</sup> Esto, claro está, en línea de principio; porque la doctrina no es siempre coherente.<sup>203</sup>

En cuanto a la posibilidad de la tentativa, cuando se haya fijado la consumación en el ejercicio del derecho no plantea ulteriores problemas.<sup>204</sup> Más discutible resulta para quienes cifran la plena integración del tipo en un momento distinto, y especialmente para quienes ven consumado el delito con el empleo del medio violento.<sup>205</sup> Pero incluso desde esta última posición hay quien afirma la posibilidad de tentativa, toda vez que pueda concebirse un momento de acción

---

<sup>198</sup> V.gr. Kostoris, pág. 223.

<sup>199</sup> Así Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 321; Jannitti-Piromallo, n° 259; y Maggiore, pág. 402.

<sup>200</sup> Manzini, *DP*, n° 1787; y Mazzanti, “Eapr”, pág. 619.

<sup>201</sup> V.gr. Antolisei, *PS*, pág. 521; y Pioletti, págs. 653 s.

<sup>202</sup> V.gr. Ardizzone, *I delitti...*, págs. 162-170, y “Eapr”, pág. 317; y Jannitti-Piromallo, n° 261.

<sup>203</sup> Vid. v.gr. Delpino, págs. 338 s.; Santoro, “Eapr”, págs. 819-821; Regina, “Eapr”, págs. 7-9.

<sup>204</sup> Vid. Antolisei, *PS*, pág. 521; Regina, “Eapr”, pág. 9; y Santoro, “Eapr”, pág. 819.

<sup>205</sup> V.gr. Kostoris, pág. 225. Sobre la base de no configurabilidad de la preparación Jannitti-Piromallo, n° 260, niega que quepa tentativa en violencia personal y la acepta en violencia real.

previo a la efectiva realización de la violencia típica.<sup>206</sup> Quienes defienden el doble momento de consumación, con la violencia o intimidación en el art. 393 y en un momento posterior al uso de fuerza en el 392, articulan coherentemente una doble configuración de la posibilidad de la tentativa.<sup>207</sup>

### **3.B.II.d.- Causas de justificación.**

El ámbito en que encuadra el delito la finalidad típica de ejercer un pretendido derecho exige un cuidadoso deslinde con el ámbito propio de la eximente de ejercicio de un derecho (art. 51 CPI), con especial atención a los supuestos de error sobre el mismo (art. 59 párrafo último CPI) y a los de exceso culposo (art. 55 CPI). Deslinde que supondrá consecuentemente, para algunos, la inaplicabilidad de la eximente de ejercicio de un derecho a los delitos de los arts. 392 s. CPI,<sup>208</sup> en los que cuando se integren sus presupuestos actuará no como eximente sino como causa de exclusión de la tipicidad.<sup>209</sup>

Se ha querido ver la diferencia en el derecho en cuestión, llevando a la eximente los supuestos de concurrencia de un 'derecho' y a los arts. 392 s. CPI los casos en que se trate de un 'pretendido derecho'. La diferencia debería buscarse, para unos, en la contenciosidad del derecho alegado, que sacaría del ámbito de la eximente, porque un derecho contestado hasta el pronunciamiento judicial sería sólo pretendido derecho;<sup>210</sup> con el problema de sacar del ámbito de la eximente supuestos en que concurren sus presupuestos objetivos y

---

<sup>206</sup> Así **Fiandaca y Musco**, *PS*, pág. 321; asimismo **Ardizzone**, *I delitti...* págs. 282 ss., y "Eapr", pág. 320; y **Ranieri**, pág. 426. Contra, **Kostoris**, págs. 227-229.

<sup>207</sup> **Manzini**, *DP*, n° 1787, aceptándola sin reservas en la violencia real, y para los casos en que cabe en el delito de coacciones en la violencia personal; en la línea **Mazzanti**, "Eapr", pág. 619.

<sup>208</sup> 'Incompatibilidad' en palabras de **Carta, S.**, "Esercizio di un diritto ed eapr" (*RIDP* 1936, págs. 677-683); **Grosso**, pág. 211; **Miranda, V.**, "Sul concetto di quasi flagranza nella reazione violenta al sofferto spoglio quale scriminante nel delitto di eapr con violenza sulle cose" (*GP* 1971 II, cols. 430-435), col. 434; y **Pisa**, "Problemi...", pág. 25. Vid. **Caraccioli**, *L'esercizio...*, pág. 131. En contra, **Ardizzone**, "Eapr", pág. 315.

<sup>209</sup> Así **Caraccioli**, *Delitti...*, págs. 80 s.; y **Nuvolone**, pág. 291.

<sup>210</sup> Vid. v.gr. **Bonini, G.**, "L'esercizio del diritto che scrimina dal reato di esercizio arbitrario" (*RP* 1936, págs. 1149-1154); **Kostoris**, págs. 46 s. y 66 ss.; y **Regina**, *L'eapr*, págs. 26 ss.

subjetivos.<sup>211</sup> Para otros, la diferencia debe buscarse en la existencia efectiva del ‘derecho’ y el carácter meramente opinado del ‘preteso diritto’;<sup>212</sup> aunque ello crea graves disfunciones tanto en el ámbito del delito (en cuanto excluye del mismo todo ejercicio de derechos existentes, por arbitrario y violento que sea) como en el de la eximente (por el juego de la disciplina del error del art. 59 CPI).

Otros por el contrario señalan como elemento diferencial la arbitrariedad.<sup>213</sup> Si el derecho, realmente existente o erróneamente estimado, se hace valer conforme a las facultades que otorga al titular de ese derecho el ordenamiento, opera la eximente; si se emplea violencia real o personal más allá de lo facultado en Derecho, el delito.<sup>214</sup> Y, en este caso, aunque el pretendido derecho existiera no opera la eximente, porque a obrar violentamente de esa forma no había derecho.

En cuanto a otras causas de justificación, la cuestión es menos espinosa. Que la conducta no puede ser castigada cuando el autor se limita a repeler una agresión o a mantener el *status quo* frente a injerencias ajenas es general y pacíficamente aceptado, argumentando normalmente en torno a los principios ‘*vim vi repellere licet*’ y ‘*qui continuat non attentat*’.<sup>215</sup> Asimismo, se acepta sin problemas, ahora en base a la posibilidad de recurso al juez (vid. supra 3.B.II.a), que cuando buscar la tutela jurisdiccional habría dado lugar a un perjuicio

---

<sup>211</sup> Como critican **Caraccioli**, *L'esercizio...*, págs. 136 s.; y **Pisa**, “Problemi...”, págs. 27 ss.

<sup>212</sup> V.gr. **Vernetti**, A., “Il dolo nel reato di eapr” (*GCCSCsp* 1946, págs. 35-37).

<sup>213</sup> Vid. S. de 22-XI-1985.

<sup>214</sup> Vid. **Pisa**, “Problemi...”, pág. 27. Sobre la base del elemento temporal (distinguiendo ejercicio del derecho y fase previa), **Ardizzone**, *I delitti...*, págs. 102 ss.

<sup>215</sup> Ya **Carrara**, *Programma*, § 2859; y **Perroni Ferranti**, págs. 155 s. Vid. **Battaglini**, E., “Osservazioni sui limiti della liceità penale della autodifesa privata” (*GP* 1951 II, cols. 1277-1280) y “Osservazioni sul principio ‘qui continuat non attentat’” (*GP* 1956 II, cols. 572 s.); **Guerrini**, F., “Sul delitto di ragion fattasi” (*GP* 1952 II), cols. 809-811; **Kostoris**, págs. 100 ss.; **Manzini**, *DP*, n° 1786; **Marina**, F.A., “Attentati al possesso, difesa privata e reato di ragion fattasi” (*GP* 1952 II, cols. 1067-1073); **Mazzanti**, “Eapr”, pág. 620; **Miranda**, *passim*; **Palazzo**, A., “Il recupero quasi immediato del godimento del possesso e il delitto di ragion fattasi” (*RP* 1958, págs. 456-459); y S. de 30-X-1945. **Nuvolone**, págs. 164 ss., niega la justificación por legítima defensa, al entender que excluye la arbitrariedad y con ella el tipo; contra **Piacenza**, S. “Liceità di privata difesa del possesso e delitto di eapr” (*GP* 1951 II, cols. 954-961).

irreparable del derecho no puede castigarse por este delito a quien atiende a la inmediata necesidad de autotutela.<sup>216</sup>

### 3.B.II.e.- Problemas concursales.

Los problemas concursales que suelen plantearse se resuelven en atención, bien al sujeto, bien al elemento intencional, bien a criterios de consunción, especialidad o subsidiariedad.

En atención a la persona, se señala que cuando el sujeto activo sea funcionario público (*pubblico ufficiale*, definido en el art. 357 CPI), en ejercicio de sus funciones, el delito especial (normalmente el *abuso d'ufficio* del art. 323 CPI) desplazará al de los arts. 392 s.<sup>217</sup> El elemento intencional permite deslindar el ejercicio arbitrario de derechos de los delitos de hurto, robo, extorsión y usurpación (*furto, rapina, estorsione y usurpazione*, arts. 624 ss. CPI).<sup>218</sup> El maltrato (*percosse*) se entiende consumido en el delito del art. 393, como por demás impone la cláusula legal expresa de subsidiariedad del último inciso del art. 581 CPI;<sup>219</sup> pero no así las lesiones, que se castigan.<sup>220</sup> Y, evidentemente, no cabe castigar por coacciones (*violenza privata*, art. 610 CPI), amenazas (*minaccia*, art. 612 CPI) o daños (*daneggiamento*, arts. 635 s. CPI) la violencia que ya ha sido tenida en cuenta como elemento típico en sede de ejercicio

<sup>216</sup> Por todos, Kostoris, págs. 104 ss.

<sup>217</sup> Vid. Maggiore, pág. 394; Manzini, DP, n° 1778; y Mazzanti, "Eapr", pág. 615.

<sup>218</sup> Ya de antiguo Carrara, "Furto...", passim; y Manzini, V., *Trattato del furto IV* (1905), págs. 304-314; y Stoppato, págs. 200 ss. Vid. Cordero, "Sulla configurabilità...", col. 217; Maggiore, pág. 403; Mazzanti, "Eapr", pág. 621; Pisa, "I delitti...", págs. 512 s.; Santaniello, pág. 394; y SS. de 8-XI-1950, 19-XII-1985, 25-I-1989 y 9-V-1996. Insisten por el contrario en diferencias objetivas Dall'Ora, "Eapr ed estorsione", cols. 40 y 44 ss.; Guadagno, "La pretesa...", passim; y muy crítico Pioletti, págs. 648 s. y 656. Sólo en hurto, Grosso, pág. 219. Vid., además, la reflexión de Carnelutti, F., *Teoria generale del reato* (1933), págs. 145 s.

<sup>219</sup> Por todos, Ardizzone, "Eapr", pág. 314; Maggiore, pág. 403; y Santoro, "Eapr", pág. 821.

<sup>220</sup> En concurso real para Maggiore, pág. 401; y Manzini, DP, n° 1784... quienes por cierto afirman concurso de delitos siempre que los golpes o amenazas sean sobre sujeto distinto del que es antagonista del derecho que se quiere ejercer. Sobre exceso culposo, con el código de 1889, vid. Alimena, B., "L'eapr e la lesione colposa" (RDPP 1915 II, págs. 214-217).

arbitrario de derechos;<sup>221</sup> porque además en tal caso el fin de ejercer un derecho sería una agravante de la conducta violenta.

Sí afirma en cambio la jurisprudencia el concurso de delitos con el de allanamiento de morada (*violazione di domicilio*, art. 614 CPI), cuyo desvalor no puede entenderse absorbido en el castigo por ejercicio arbitrario de derechos,<sup>222</sup> salvo en los casos en que el derecho que se quiere hacer valer es precisamente el de entrar y permanecer en el lugar en cuestión.<sup>223</sup>

### 3.B.III.- *La perseguibilidad a querrela del ofendido.*

El CP italiano presenta un importante número de delitos cuya punibilidad se condiciona a la persecución privada; y entre ellos se encuentra el que nos ocupa.<sup>224</sup> Sin que la cuestión deje de suscitar cierta perplejidad en algún sector doctrinal, para el que resulta un sinsentido afirmar que se quiere tutelar la administración de justicia y luego hacer depender la persecución de la voluntad de los particulares.<sup>225</sup>

En cualquier caso, el hecho es que el precepto hace el delito perseguible sólo ‘a querela della persona offesa’ (art. 392), ‘a querela dell’offeso’ (art. 393). Y el problema se plantea en la determinación de quién es el ofendido. El

<sup>221</sup> Antolisei, *PS*, pág. 521; Manzini, *DP*, n° 1784; SS. de 14-II-1989, 22-III-1988 y 19-II-1979; señalando relación de especialidad, Grosso, pág. 218. Respecto a los daños, Nuvolone, pág. 302; Pisa, “I delitti...”, pág. 514; Romano, págs. 834 s.; y destacando el castigo autónomo del exceso dañoso respecto del exceso consciente, Capizzano, pág. 200. Sobre la base del elemento subjetivo, respecto a la *violenza privata*, Santaniello, pág. 394; respecto a los daños, Mazza, L., “La rilevanza del contenuto dell’intenzionalità nella condotta di rimozione di termini lapidei o di pietre” (*GAI* 1981, págs. 486-488); y Piffer, art. 392.XVII.

<sup>222</sup> Como argumentaban ya Marsich, pág. 265; y Moscatelli, pág. 814. Vid. Barbalinardo, G., “Un discutibile caso di eapr con violenza sulle cose” (*Giurisprudenza di Merito* 1994, págs. 126 s.); y Kostoris, pág. 170.

<sup>223</sup> SS. de 12-II-1970 y 14-VII-1989. Contra Pioletti, pág. 655.

<sup>224</sup> Vid. S. de 24-XI-1961. Un sector doctrinal minoritario entiende que la figura del delito complejo (arts. 84 y 131 CPI) permite proceder de oficio en ciertos casos; vid. v.gr. Boschi, M., “Reato complesso e ragion fattasi” (*Il foro italiano* 1962 II, cols. 112-118).

<sup>225</sup> Ya Perroni Ferranti, pág. 179; Civoli, pág. 563; y Stoppato, págs. 47 ss. y 285 s., viendo en la necesidad de querrela y pena ‘ridícula’ demostración del carácter antinatural del delito. Vid. Antolisei, *PS*, pág. 522, comentado supra, 3.B.I; y Ardizzone, *I delitti...*, págs. 200 ss., y “Eapr”, pág. 318. Restando importancia a la cuestión, Kostoris, n. 42 en págs. 34 s.

corolario natural de la afirmación de la administración de justicia como bien jurídico sería la conclusión de que la ofendida es la colectividad... pero por esa vía la querella correspondería al estado, y no tendría sentido la no perseguibilidad de oficio.<sup>226</sup> Así, incluso las reconstrucciones del precepto más centradas en intereses públicos buscan un particular que pueda ser calificado de ‘ofendido’ a efectos de querellarse.<sup>227</sup>

En el supuesto de violencia real (art. 392) no suelen darse divergencias entre el sujeto pasivo del pretendido derecho y el titular de las cosas sobre las que recae la violencia, de manera que la determinación de quién puede querellarse no plantea en general mayores dudas. Aun en el supuesto de *violenza* sobre cosa propia (cuando ésta se acepte como típica) no surgen dudas, porque evidentemente no es el sujeto activo quien puede querellarse, de modo que la querella corresponde al antagonista del pretendido derecho. Pero cuando esa *violenza* despliegue sus efectos frente a persona distinta de aquella contra la que se afirma el derecho (v.gr. quebrando un arca de A para tomar de ella objetos que B le ha dejado en depósito y sobre los que se afirma un derecho), dos son los sujetos que pueden entenderse ofendidos; lo que la doctrina mayoritaria resuelve otorgando a ambos la posibilidad de interponer querella.<sup>228</sup>

Más discutida es la cuestión en sede de violencia personal (art. 393), porque no son raros los casos en que no coinciden el sujeto pasivo de la violencia y el antagonista del pretendido derecho (v.gr. amenaza al criado para hacerse con un bien del principal sobre el que se afirma un derecho). En estos supuestos, tres son las opciones posibles: entender que sólo aquel contra el que se afirma la

---

<sup>226</sup> Ya Civoli, loc. cit.; vid. Peronaci, A., “Sulla titolarità del diritto di querela con particolare riferimento al delitto di eapr con violenza alle persone” (RP 1950, págs. 782-788).

<sup>227</sup> V.gr., distinguiendo sujeto pasivo del delito y del hecho, Jannitti-Piromallo, n. 1 a n° 251; viendo un sujeto pasivo secundario Peronaci, pág. 785. Critica estas elaboraciones Ardizzone, *I delitti...*, págs. 203 s.

<sup>228</sup> Por todos, vid. Nuvolone, pág. 307; y SS. de 15-X-1969, 8-III-1973 y 30-IV-1985. Por contra Manzini, DP, n° 1791, la da sólo al poseedor de la cosa; y Spizuoco, R., “La titolarità del diritto di querela nel delitto di esercizio arbitrario” (GP 1958 II, cols. 646-650), sólo al antagonista jurídico.

pretensión tiene derecho de querrela (salva en su caso la posibilidad de que quien sufre la violencia pueda accionar por otros delitos que castigan ésta aisladamente),<sup>229</sup> entender que sólo quien sufre la violencia puede querrellarse,<sup>230</sup> o entender que ambos pueden ejercer el derecho de querrela por el delito en cuestión. Las tres han sido contundentemente defendidas, siendo la que otorga derecho de querrela a ambos sujetos la dominante en doctrina y jurisprudencia.<sup>231</sup>

### 3.B.IV.- Consideraciones críticas.

Este apartado podía, en buena medida, obviarse con la remisión al estudio de las cuestiones en Derecho español (infra, caps. 4 ss.), donde me pronunciaré sobre problemas planteados en términos casi idénticos, habida cuenta de la influencia del precepto italiano en el legislador español de 1995. Sin embargo, conviene hacer aquí algunas consideraciones, en parte para evitar que queden en el tintero problemas específicamente planteados en Italia, y fundamentalmente por criterios de coherencia sistemática. Sin ánimo de exhaustividad y sin perjuicio, claro está, de abordar nuevamente las cuestiones al hilo del estudio del Derecho español.

En cuanto al bien jurídico protegido en los arts. 392 s. del CPI se refiere, creo que resulta esencial en su determinación el papel central de la '*violenza*' en

<sup>229</sup> Así Cortesani, pág. 457; Guerrini, cols. 808 s.; Kostoris, págs. 255 s.; Manzini, *DP*, n° 1784 y 1791; Mazzanti, "Profilo...", pág. 532, y "Eapr", pág. 621; Peronaci, págs. 787 s.; Sabatini, G., *Istituzioni di DP II* (2ª ed., 1937), n° 226; Santoro, *DP II*, pág. 445; Spizuoco, col. 650; y S. de 23-I-1952. Bonini, G., "La titolarità del diritto di querela nel reato di esercizio arbitrario" (*RP* 1935, págs. 1168-1171), afirma que si se querrela el antagonista jurídico se castiga sólo por eapr, si se querrela quien sufre la violencia sólo por daños o amenazas; ya en este sentido, de antiguo, Florian, E., "Il diritto di querela nell'eapr" (*RDPP* 1910 II, págs. 568-571), criticado contundentemente por Escobedo, "Ancora sul diritto...", cols. 1232 ss.

<sup>230</sup> Ya Escobedo, "Ancora sul diritto...", cols. 1218 ss., y "Ancora sul titolare del diritto e la facoltà della querela nel reato di esercizio arbitrario" (*GP* 1928, cols. 982-985). Vid. Pisa, "I delitti...", pág. 511.

<sup>231</sup> Vid. Antolisei, *PS*, pág. 521; Ardizzone, *I delitti...*, pág. 274, y "Eapr", pág. 319; Fiandaca y Musco, *PS*, pág. 320; Nuvolone, págs. 303-305; Pioletti, pág. 652; Ranieri, pág. 429; Regina, *L'eapr*, pág. 149, y "Eapr", pág. 9; Romano, pág. 841; Santoro, "Eapr", pág. 823; y SS. de 19-XII-1961, 5-III-1971, 15-III-1979, 20-XI-1984 y 3-II-1999.



el injusto típico.<sup>232</sup> El fin de ejercer un derecho, el hacerse razón a uno mismo, no hacen ilícito el actuar; antes al contrario, indican la voluntad de lograr un resultado que se estima conforme a Derecho.<sup>233</sup> Es el medio ilícito de la violencia (real o personal) el que hace ilegítimo el actuar y el que se reprime; el fin de ejercer un derecho atenúa el castigo.<sup>234</sup>

Pese a la ubicación del precepto entre los delitos contra la administración de justicia, reconducir el injusto típico a una lesión de la 'jurisdicción' obliga a forzar el concepto de ésta más allá de lo razonable; y no es cierto que el motivo de la incriminación sea la omisión del recurso a los tribunales.<sup>235</sup> El recurso a los tribunales no es obligado si no se recaba ejecución forzosa; lo que se quiere evitar no es la solución extrajudicial de controversias, sino el uso privado de la fuerza para resolverlas... o sencillamente para imponer pretensiones, aun cuando no hayan sido contestadas. Cuestión distinta es si a la administración de justicia como bien jurídico corresponde o no semejante contenido; y sobre esta cuestión me remito al capítulo siguiente (infra, cap. 4). Sólo quiero añadir aquí que el legislador italiano, al hacer el delito perseguible a querrela del ofendido, pone algún escollo más que el español a la consideración de que se está tutelando un interés público; escollo que por demás ni es insalvable ni resuelve de por sí la cuestión.

La posibilidad de recurso al juez exigida por el tipo no puede, a mi juicio, entenderse en el sentido de mera posibilidad de hecho: como se ha señalado,<sup>236</sup> así entendida existiría siempre, y eso vaciaría de contenido el inciso salvo para los casos de inmediata y perentoria necesidad, que bien pueden hallar solución por otras vías. Pero tampoco puede pedirse que la pretensión vaya a prosperar, en primer lugar porque el sujeto eso con frecuencia no puede saberlo, y en segundo

---

<sup>232</sup> Entendido tal como se configura actualmente, pese a las vacilaciones históricas sobre la necesidad en todo caso de concurrencia de violencia (vid. supra 3.B.pr., inicio de este apartado).

<sup>233</sup> Vid. **Manzini**, *DP*, n° 1786.

<sup>234</sup> Así **Escobedo**, "Ancora sul diritto...", cols. 1228 s.; vid. asimismo **Saccone**, págs. 183 ss.

<sup>235</sup> Vid. ya **Stoppato**, pág. 215.

lugar porque es dudoso que pueda objetivamente saberse antes de que sea efectivamente formulada en el foro y resuelta por la autoridad jurisdiccional. Creo que aciertan quienes acuden al sentido de posibilidad de recabar tutela jurisdiccional para la clase de derecho que se pretende, en sentido abstracto y con independencia de la suerte del recurso en el caso concreto.

He dicho más arriba que no es necesario que la pretensión haya sido contestada para que el empleo de violencia a fin de ejercer el derecho que se afirma integre el tipo en estudio; y he afirmado que la pretensión puede prosperar o no, el derecho que el sujeto cree tener puede o no existir realmente. Lo que sí es necesario (vid. *infra* cap. 5) es que el derecho que se quiere ejercer pueda configurarse en el ordenamiento, abstractamente y no ya en el caso concreto. Así las cosas, el deslinde con la causa de justificación de ejercicio de un derecho (vid. *supra* 1.B.I), incluidos los casos de error sobre existencia y alcance del derecho, se resuelve sobre el elemento de la ‘arbitrariedad’ requerida por el tipo italiano, y que a mi juicio debe leerse como empleo de violencia contra Derecho.

En íntima conexión con la posibilidad de recurso al juez se plantea, a mi juicio, la cuestión de la necesidad o no de ‘identidad’ de lo conseguido con lo que lograría el recurso al juez. Creo que esa identidad es imposible en sentido estricto: quien emplea violencia ilegítima para satisfacer una pretensión no ejerce un derecho (por más que quiera), lo que logra no puede equipararse axiológicamente (desde la perspectiva jurídica) al reconocimiento y satisfacción de una pretensión por la jurisdicción; y si la ‘identidad’ es imposible no puede exigirse. Pero el sujeto tampoco puede, dentro del marco típico del delito que nos ocupa, imponer su voluntad sin límites aprovechando la apelación a un derecho. Lo que consigue ha de tener cierta conexión (lógica y jurídica) con el objeto del derecho que afirma;<sup>237</sup> y esta consideración referida al objeto se extiende asimismo a los supuestos de toma de valor mayor del debido, así como a cierta

---

<sup>236</sup> Foschini, pág. 150.

<sup>237</sup> Vid. Stoppato, págs. 173-178; y Pioletti, pág. 649.

proporcionalidad de la violencia empleada, y a la posibilidad de alegar el fin de ejercer derechos ajenos en el tipo italiano.

Por demás, y en esta misma línea, creo que tiene pleno sentido la distinción entre el *fin* de ‘ejercer un derecho’ y el *resultado* de ‘hacerse razón’. El sujeto quiere lograr algo a lo que cree tener derecho, pero su actuar violento no es ejercicio de un derecho. Cuando logra lo que pretende, se ha ‘hecho razón’ violentamente (ha logrado el propósito de su actuar violento, se tratara de obtener el objeto del derecho que afirma o de facilitar su ejercicio), pero no ha ejercido un derecho;<sup>238</sup> cabe pues leer en el fin requerido una orientación finalística que trasciende el tipo (un *dolo específico*), y encontrar al tiempo un momento consumativo autónomo y determinado que permite sin problemas configurar la tentativa.

Finalmente, sin ánimo de entrar en los problemas concursales y en cuestiones que obligarían a un estudio pormenorizado de diferentes figuras delictivas tal como las configura el CPI, conviene hacer algunas reflexiones sobre la violencia típica en el delito examinado. Se ha defendido -y discutido- la correspondencia de la ‘*violenza*’ de los arts. 392 s. con otros delitos; fundamentalmente amenazas, coacciones y daños. Pues bien, conviene abordar siempre esta cuestión teniendo claramente presente que, si afirmamos la tipicidad de conductas desarrolladas con el fin de ejercer un derecho cuando estas mismas conductas son atípicas si se desarrollan con otros fines, afirmamos que querer ejercer un derecho agrava el hecho. Y semejante afirmación es insostenible, a la luz del sistema de la justificación penal y del juego en el mismo del ejercicio del derecho (supra, cap. 1). De cualquier forma que se resuelva finalmente la cuestión (y no puedo aquí detenerme en un análisis pormenorizado de la parte especial del CPI), no puede acabar castigándose, siquiera en casos residuales, a quien tiene el fin de ejercer un derecho y desarrolla para ello una actividad que sin dicha finalidad sería atípica.

### **3.B.V.- Otros ordenamientos que siguen el modelo italiano.**

El modelo del delito italiano de ‘esercizio arbitrario’ ha influido no sólo en el legislador español de 1995, sino también y desde antiguo (no sólo el *codice Rocco*, sino especialmente el *codice Zanardelli*) en ordenamientos jurídicos latinoamericanos.<sup>239</sup> Con diferencias entre ellos, en ocasiones notables; me ocuparé en este epígrafe de los que han mantenido como elemento nuclear de la conducta el empleo de medios violentos con la finalidad de ejercer un derecho. Las cuestiones que suscitan no difieren significativamente, en general, de las examinadas en el estudio del delito italiano; obviaré, pues, su análisis. Pero conviene hacer cuando menos una sucinta referencia.

Dejo para el apartado siguiente los casos en que, aun siendo clara la influencia italiana, se configura un delito en que el medio violento no es esencial ni necesario.

#### **3.B.V.a.- El ‘ejercicio indebido del propio derecho’ en México.**

El código penal federal de la República de México ha introducido<sup>240</sup> en el título XI, ‘Delitos cometidos contra la administración de justicia’, un capítulo II, rubricado ‘Ejercicio indebido del propio derecho’. La inclusión en el código de un precepto de este orden se había defendido ya en el proyecto de CP tipo para la

---

<sup>238</sup> En esta línea, Grosso, pág. 213.

<sup>239</sup> Para una recensión histórica de la evolución de los distintos ordenamientos, y consulta de los textos legales, Levene, R.(h), y Zaffaroni, E.R., *Los códigos penales latinoamericanos* (1978). Incluso en países que no tienen hoy un delito de este orden puede constatarse una clara influencia doctrinal italiana; vid. v.gr. el art. 378 del proyecto de CP argentino de 1941 de JOSÉ PECO, y los argumentos en este punto de la exposición de motivos a la cámara de diputados (Peco, J., *Proyecto de CP: exposición de motivos* (1942), págs. 573-594).

<sup>240</sup> Reforma debida al decreto de 30-XII-1983; la pena de multa es adición del de 16-XII-1991.

república mexicana de 1963,<sup>241</sup> y con ella se ha querido garantizar la proscripción de la autojusticia efectuada por el art. 17 de la constitución mexicana.<sup>242</sup> Dispone:

‘Art. 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.’

La semejanza con el delito italiano es notable, aunque pueden constatare diferencias: no se recaba la posibilidad de recurso a la autoridad judicial, no se hace mención expresa de la ‘arbitrariedad’, y la referencia a la violencia se hace en general, sin determinar si debe recaer sobre personas o sobre cosas.<sup>243</sup>

Pero además el art. 227 hace aplicable lo dispuesto ‘a todos los funcionarios o empleados de la administración pública, cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas’. La inclusión de semejante previsión, que alcanza a todo el título XI, supone para el delito en estudio una alteración importante (no en vano insiste la doctrina italiana en que no caben en el tipo las potestades), quizá no bien calibrada por el legislador mexicano, que modificó en 1983 la redacción del art. 225, cambió el anterior art. 226 por el delito que nos ocupa, y no tocó en absoluto el art. 227.

---

<sup>241</sup> Art. 173, según el cual ‘se aplicarán de tres días a tres años de prisión y multa de cien a dos mil pesos, al que para hacer efectivo un derecho que deba ejercitar por vía legal, empleare violencia en las personas o en las cosas’ (apud Levene y Zaffaroni, t. IV. pág. 336).

<sup>242</sup> Exposición de motivos del decreto de 30-XII-1983 (Diario oficial de 13-I-1984), n° 16, transcrito por Díaz de León, M.A., *Código penal federal con comentarios* (1998), pág. 413. Se trataba, según González de la Vega, F., *El código penal comentado* (9ª ed., 1989), pág. 350, de una ‘demanda generalizada’, castigándose el ejercicio ilícito sin entrar a determinar existencia y alcance del derecho alegado.

<sup>243</sup> Parece pues que debe entenderse que recaba violencia personal, como hace Díaz de León, págs. 413 s.; pero el proyecto de CP tipo sí hablaba de violencia ‘en las personas o en las cosas’.

### **3.B.V.b.- La ‘prohibición de hacerse justicia por sí mismo’ en Panamá.**

El código panameño de 1982 contiene también un delito de esta naturaleza.<sup>244</sup> Dentro del título XI, ‘Delitos contra la administración de justicia’, en un capítulo VII referido a ‘Prohibición de hacerse justicia por sí mismo’. Dice:

‘Art. 370.- El que con el solo fin de ejercer un pretendido derecho se haga justicia por sí mismo, mediante fuerza sobre las cosas, será sancionado con diez a cincuenta días multa.

Si el autor se vale de amenazas o violencia contra las personas, la sanción será de prisión de seis a doce meses de prisión.

Si la fuerza o violencia que cause daño a las personas o en las cosas tiene sanción especial señalada en la Ley, se impondrá esta, además de las previstas en este artículo.’

El precepto, con antecedente inmediato en el art. 206 del CP panameño de 1922,<sup>245</sup> y al igual que éste, prevé una cláusula concursal que puede dar lugar al castigo autónomo del medio violento empleado. Con el problema de seguir imponiendo la pena por el delito en estudio, dando lugar a una exasperación punitiva como consecuencia del fin de ejercer un derecho: la autojusticia no violenta es impune; la autojusticia violenta se castiga; cuando la violencia integre un título especial se castiga por éste... y además se castiga la autojusticia.

Por demás, el delito es perseguible de oficio, y no requiere que se pudiera recurrir a la autoridad judicial ni hace expresa mención de la ‘arbitrariedad’ de la conducta.

### **3.B.V. c.- El ‘ejercicio violento del derecho’ en El Salvador.**

El decreto 270 de 1973, que sanciona el CP de El Salvador, prevé dentro del cap. II (‘Delitos contra la autoridad de las decisiones judiciales y abuso de derecho’) del título IV (‘Delitos contra la administración de justicia’) un delito de ‘ejercicio violento del derecho’. Dice así:

‘Art. 485.- El que con el objeto de ejercer un pretendido derecho, cuando podría haber ocurrido a la autoridad, se valiere de intimidación o violencia contra las personas, será sancionado, por denuncia de la persona agraviada, con veinte a cien días-multa.

<sup>244</sup> Ley nº 18, de 22 de septiembre; Gaceta Oficial nº 19667, de 6-X-1982. Sobre el proceso de reforma que dio lugar a este código, vid. Muñoz Pope, C.E., “La reforma penal panameña” (ADPCP 1981, págs. 691-698).

<sup>245</sup> Código inspirado en el italiano de 1889; vid. Levene y Zaffaroni, t. I, pág. 16.

El que con el mismo propósito hubiere empleado fuerza sobre las cosas, será sancionado con diez a cincuenta días-multa.'

La estructura típica es de inspiración claramente italiana, aunque el precepto salvadoreño no condiciona la persecución del delito al impulso del ofendido. No se menciona la 'arbitrariedad' de la conducta; pero sí la omisión del recurso posible a la 'autoridad', sin especificar qué deba entenderse por tal.

### 3.B.V.d.- La 'justicia por la propia mano' en Uruguay.

El CP de la República Oriental del Uruguay de 1933 incluye asimismo entre los delitos contra la administración de justicia un capítulo integrado por los dos artículos que transcribo:<sup>246</sup>

'Art. 198 (*Justicia por la propia mano*).- El que, con el fin de ejercitar un derecho real o presunto, se hiciera justicia por su mano, con violencia en las personas o las cosas, en los casos en que puede recurrir a la autoridad, será castigado con multa de veinte a cuatrocientos nuevos pesos.

Concurre la violencia en las cosas, cuando se daña, se transforma o se cambia su destino.

Art. 199 (*Circunstancias agravantes*).- Constituye una circunstancia agravante especial, el hecho de que la violencia se haya cometido con armas.'

La influencia del modelo italiano es evidente, salva la posibilidad de proceder de oficio y el requisito expreso de 'arbitrariedad'. Y una sencilla hojeada a las consideraciones de los tratadistas uruguayos en torno a este delito, y a su constante remisión a antecedentes, jurisprudencia y doctrina italianas, lo confirma.<sup>247</sup> De hecho, se recogen sistemáticamente discusiones y posiciones de la elaboración doctrinal italiana, y se subrayan especialmente los puntos de

---

<sup>246</sup> Transcribo las penas ya modificadas por las leyes 14.068 y 14.316. Señalan Reta, A., y Grezzi, O., *CP de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado* (1984), pág. 99, antecedente a este precepto en el art. 185 del CP uruguayo de 1889 (art. 162 del proyecto de CPI de ZANARDELLI), que no requería el uso de violencia, como subrayan Pedemonte, E., *Comentarios del CP PE* (1941), págs. 223 s.; y Reta, A., *Derecho penal 2º curso* (1958), t.I, pág. 306.

<sup>247</sup> Vid. Bayardo Bengoa, F., *Derecho penal uruguayo* (1977), págs. 126-134; Cairolí Martínez, M., *Curso de Derecho penal uruguayo PE t. IV* (1995), págs. 287-291; Camaño Rosa, A., *Delitos* (1949), págs. 71 s., y *Tratado de los delitos* (1967), págs. 190-193; Pedemonte, págs. 223-231; y Reta, págs. 306-311.

posible diferencia: referencia a la 'autoridad' y no 'al juez',<sup>248</sup> y carácter 'real o presunto' y no 'pretendido' del derecho que se quiere ejercitar.<sup>249</sup>

### 3.B.V.e.-La 'prohibición de hacerse justicia por sí mismo' en Venezuela.

El código penal venezolano de 1926, de fuerte influencia italiana,<sup>250</sup> recoge dentro del título IV, 'De los delitos contra la administración de justicia', un capítulo VIII, 'De la prohibición de hacerse justicia por sí mismo'. Integran el capítulo los arts. 271 s., de los que pueden señalarse antecedentes desde el código venezolano de 1897, también notablemente influido por el italiano de 1889.<sup>251</sup> Disponen:<sup>252</sup>

'Art. 271.- El que, con el objeto sólo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por sí mismo, haciendo uso de violencia sobre las cosas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad, será castigado con multa de doscientos cincuenta a dos mil bolívares.

Si el culpable se valiere de amenaza o violencia contra las personas, aunque no haya empleado violencia sobre las cosas, será castigado con prisión de uno a seis meses o confinamiento de tres meses a un año.

Si la violencia se ha cometido con armas, será castigado con el duplo de la pena establecida.

Y si resultare cometida lesión corporal o algún otro delito, será castigado con la pena correspondiente a estos hechos punibles.

Si el hecho no fuere acompañado de otro delito enjuiciable de oficio, no se procederá sino a instancia de parte.

Art. 272.- Cuando el culpable del delito previsto en el artículo precedente, compruebe la existencia del derecho con que procede, se disminuirá la pena de un tercio a la mitad.'

El paralelismo con los arts. 235 s. del *codice Zanardelli* es patente, hasta el punto de no precisar en esta sede ulterior comentario.

<sup>248</sup> Entienden que cabría cualquier autoridad **Camaño Rosa**, *Delitos...*, pág. 72, y *Tratado...*, pág. 192; **Pedemonte**, pág. 226; y **Reta**, pág. 310. Por el contrario refieren el término a la autoridad jurisdiccional, basándose en criterios sistemáticos, **Bayardo Bengoa**, pág. 132; y **Cairolí Martínez**, pág. 290.

<sup>249</sup> Lo que para **Bayardo Bengoa**, pág. 129, permite obviar el requisito de contenciosidad del derecho. Entienden en cambio que 'presunto' implica contenciosidad, siquiera potencial, **Cairolí Martínez**, págs. 288s.; **Camaño Rosa**, *Delitos*, pág. 71, y *Tratado...*, págs. 191 s.; y **Pedemonte**, pág. 225.

<sup>250</sup> Vid. **Levene y Zaffaroni**, t. I, pág. 19.

<sup>251</sup> Indica **Chiossone, T.**, *Anotaciones al Código Penal Venezolano* (1938), t. II, págs. 188 s., los arts. 239 s. del CP de 1897, 246 s. del CP de 1904, 258 s. del CP de 1912, y 269 s. del CP de 1915; señalando asimismo que el párrafo último del art. 271 se introdujo en la reforma de 1915.

<sup>252</sup> Para una ilustración jurisprudencial, **Arcaya, M.**, *CP comentado y concordado con la jurisprudencia de Instancia y Casación* (1968), págs. 333 ss.



### **3.B.V.f.- La previsión del CP chileno.**

Finalmente, el código chileno de 1874 dispone, en su dicción actual,<sup>253</sup> dentro del título destinado a las faltas, la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales para:

‘Art. 494 [...] 20.- El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella.’

El precepto, muy cercano a la tradición española, mantiene la violencia como elemento esencial de la infracción. No creo preciso detenerme más en él; merece la pena destacar, eso sí, que en el mismo artículo, también como falta y con la misma pena, se recogen las coacciones.<sup>254</sup>

### **3.C.- EL ‘EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES’ EN EL DERECHO BRASILEÑO.**

Los códigos brasileños de 1830 y 1890 no recogían en sus previsiones un delito de realización arbitraria de derechos, pero los proyectos de SÁ PEREIRA y ALCÂNTARA MACHADO, inspirándose en el código italiano, la introdujeron para los casos en que se empleara violencia contra personas o cosas.<sup>255</sup> Y ha quedado recogida, en formulación mucho más amplia,<sup>256</sup> en el código de 1940,<sup>257</sup> que entre los crímenes contra la administración de justicia y bajo la rúbrica ‘*exercício*

---

<sup>253</sup> Cito por la edición oficial aprobada por Decreto nº 663, de 30 de julio de 1999.

<sup>254</sup> ‘Art. 494 [...] 16.- El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera.’

<sup>255</sup> Vid. De Campos Pires, A., *Compêndio de Direito penal PE III* (1992), pág. 402; Cardoso de Gusmão, S., “Exercício arbitrário das próprias razões” (*Repertório enciclopédico do Direito brasileiro* vol. 22, s/f), pág. 5; Fragozo, H.C., *Lições de Direito penal IV* (2ª ed., 1965), pág. 1229; Magalhães Noronha, E., *Direito penal IV* (17ª ed., 1986), pág. 376; y Siqueira, G., *Tratado de Direito penal PE t. II* (2ª ed., 1951), pág. 643.

<sup>256</sup> Que Siqueira, pág. 644, califica de ‘vaga, imprecisa y lagunosa’; por contra, entiende que se trata de una ‘excelente síntesis’ Cardoso de Gusmão, pág. 5.

<sup>257</sup> Decreto-ley 2.848, de 7-XII-1940. El Decreto-ley 1004, de 31-X-1969, nuevo CP brasileño de vigencia suspendida, mantiene el precepto en su art. 385, con leves modificaciones.

*arbitrário das próprias razões*’, en su artículo 345 castiga ‘hacerse justicia por las propias manos, para satisfacer pretensión, aun legítima, salvo cuando la ley lo permite’. La pena es de privación de libertad de quince días a un mes, o multa, ‘además de la pena correspondiente a la violencia’; y si no concurre ésta sólo se procede mediante querrela.<sup>258</sup>

El delito no requiere como elemento esencial la violencia, que sólo determina la perseguibilidad de oficio o a instancia de parte; y de hecho el medio violento, cuando concorra, se castiga separadamente. Este sistema de incriminación de las vías de hecho, por demás no exclusivo de la legislación brasileña, reclama ciertas consideraciones; pero antes de hacerlas conviene examinar el alcance del precepto, y su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

### **3.C.I.- Bien jurídico, conducta típica y problemas concursales.**

No sólo el legislador, sino también doctrina y jurisprudencia brasileñas se ven notablemente influidos por los penalistas italianos. Hasta el punto de que incluso hay quien propone, ante oscuridad e imprecisión del precepto, acudir a los antecedentes del *codice Rocco* en busca de criterios interpretativos... sin advertir de la significativa diferencia del ámbito típico.<sup>259</sup> No es de extrañar, pues, que se reproduzcan, por demás con frecuencia simplificadas, ideas ya examinadas en este trabajo (supra 3.B), sobre las que no creo oportuno detenerme nuevamente. Lo que, a mi juicio, merece destacada atención, son los puntos de divergencia con el modelo de Italia.

En cuanto al bien jurídico protegido se refiere, la doctrina es generalmente concorde, y se señala mayoritariamente como tal la administración de justicia, sin

---

<sup>258</sup> Dice literalmente: “Art. 345.- Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: / Pena- detenção, de 15 dias a 1 mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. / Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.”

<sup>259</sup> Así Siqueira, loc. ult. cit.

perjuicio de señalar las conexiones de ésta con el ‘buen orden’ y la paz social.<sup>260</sup> Los problemas son mayores en la determinación del alcance de la descripción típica. Para empezar, porque el tipo se formula con amplitud tal que es difícil concretar la conducta punible; y además, porque se hace preciso el deslinde con la previsión del art. 21 de la ‘ley de contravenciones penales’,<sup>261</sup> que entiende constitutivo de falta ‘practicar vías de hecho contra alguien [...] si el hecho no constituye delito’, ubicando la infracción entre las faltas contra la persona. Dado que la falta excluye su configuración cuando el hecho constituya delito, ambos problemas se reducen a uno: la determinación del alcance del art. 345.

Y el escollo principal en esta sede es la dificultad de precisar el significado exacto de la expresión ‘hacer justicia por las propias manos’. Resulta claro que se tipifica el comportamiento de autojusticia sea o no violento (como prueba la última disposición del artículo): caben pues violencia o amenaza contra personas, fuerza en las cosas, y fraude...<sup>262</sup> Los supuestos de clandestinidad parecen tener también cabida;<sup>263</sup> aunque no así, entiendo, aquellos en que se actúe a ciencia y paciencia del sujeto pasivo, porque no tendría sentido permitir que alguien se querelle por lo que ha consentido sin coerción. Ahora bien, si las vías de hecho para satisfacer pretensiones se llevan al art. 345 CP (delito contra la

---

<sup>260</sup> En diversas formulaciones; vid. **De Almeida Salles, R. (jr)**, *Curso completo de Direito penal* (2ª ed., 1991), pág. 398; **Cardoso de Gusmão**, págs. 5 s.; **Da Costa, P.J. (jr)**, *Curso de Direito penal PE vol. 3* (2ª ed., 1992), pág. 245; **Delmanto, C.**, *CP comentado* (2ª ed., 1988), pág. 589; **Fabbrini Mirabete, J.**, *Manual de DP PE 3* (3ª ed., 1988), pág. 401; **Fragoso**, pág. 1229; **De Jesús, D.E.**, *Direito penal 4* (2ª ed., 1989), pág. 261, y *CP anotado* (5ª ed., 1995), pág. 915; **Limongi Franca, R. (ed.)**, “Exercício arbitrário das próprias razões” (*Enciclopédia Saravia do Direito 35*, 1977), pág. 175; **Magalhães Noronha, DP**, pág. 376; y **Regis Prado, L.**, y **Bitencourt, C.R.**, *CP anotado* (2ª ed., 1999), pág. 1022. Contra, señalando el bien jurídico en paz, seguridad y respeto de la ley, **Sabino, V. (jr)**, *Direito penal IV* (1967), pág. 1283.

<sup>261</sup> Art. 21 del Decreto-ley 3.688, de 3-X-1941 (‘Ley das contravencões penais’), que dispone literalmente: “Praticar vias de fato contra alguém: / Pena- prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa (...), se o fato não constitui crime”

<sup>262</sup> **De Almeida Salles**, pág. 398; **Alves da Silva, E.**, *Direito penal PE* (1980), pág. 487; **Delmanto**, pág. 589; **De Jesús, DP**, pág. 262, y *CP*, pág. 916; **Magalhães Noronha, DP**, pág. 378; y **Regis Prado y Bitencourt**, pág. 1022.

<sup>263</sup> A ellos creo que se alude en las referencias a ‘cualquier otro medio’ que hacen **De Almeida Salles** y **Alves da Silva**, loc. cit. De comisión ‘pacíficamente’ habla **Fragoso**, pág. 1233.

administración de justicia) siempre que no haya consentimiento, ¿cuándo se castigará por la contravención correspondiente de ‘vías de hecho’, que además es una falta contra la persona, y no cabrá tampoco cuando se consiente? La única vía de distinción que se me aparece iría en la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Alçada de São Paulo,<sup>264</sup> para el que el hecho típico en el art. 345 sería siempre constitutivo de otro delito autónomo (hurto, daños, apropiación indebida...) que se ve parcialmente justificado por el propósito del agente, y en los casos de licitud o mero ilícito civil no cabría estimar el delito. Y el resultado es satisfactorio en cuanto al delito se refiere, cuya previsión además vería salvado el posible déficit de ofensividad de la conducta... pero los problemas se trasladan a la falta, en tanto no se estime que el hecho típico de ésta es a su vez necesariamente constitutivo de otra falta.

En lo que a la consumación del delito se refiere, como sucede también en la doctrina italiana, hay disparidad de opiniones: para unos la infracción se consume con la satisfacción de la pretensión,<sup>265</sup> para otros con el ‘hacerse justicia’ aun cuando no satisfaga el derecho alegado.<sup>266</sup> Naturalmente, al no determinar la ley medios comisivos, no se pone el acento en ellos, lo que coadyuva a la unánime admisión de la posibilidad de configurar la tentativa,<sup>267</sup> que precisamente insistiendo en los medios ha negado en Italia algún sector doctrinal.

Respecto a los supuestos en que concurra violencia, como prevé expresamente el artículo, se castigará ésta separadamente, en concurso

---

<sup>264</sup> Vid., asumiéndola expresamente, Fabbrini Mirabete, pág. 402; con mera cita, Regis Prado y Bitencourt, pág. 1024.

<sup>265</sup> En este sentido, De Almeida Salles, pág. 398; Da Costa, pág. 245; Delmanto, pág. 589; Fabbrini Mirabete, pág. 403; y Fragoso, pág. 1231.

<sup>266</sup> Así, De Campos Pires, pág. 402; De Jesús, *DP*, pág. 263, y *CP*, pág. 917; Magalhães Noronha, *DP*, pág. 378; y Siqueira, pág. 645.

<sup>267</sup> De Almeida Salles, pág. 398; De Campos Pires, pág. 402; Cardoso de Gusmão, pág. 7; Delmanto, pág. 589; Fabbrini Mirabete, pág. 403; Fragoso, pág. 1231; De Jesús, *DP*, pág. 263, y *CP*, pág. 917; Magalhães Noronha, *DP*, pág. 378; Regis Prado y Bitencourt, pág. 1023; y Siqueira, pág. 645.

material,<sup>268</sup> como corresponde a una conducta constitutiva por sí de delito cuando concurre con una infracción de la que no es elemento esencial;<sup>269</sup> en lo que sí afecta la concurrencia de violencia al delito de ejercicio arbitrario de razones es en cambiar la perseguibilidad, que deja de ser privada para procederse de oficio. El problema en esta sede es saber si esa ‘violencia’ es violencia en sentido estricto dirigida a personas (*vis impulsiva*),<sup>270</sup> o debe entenderse en sentido amplio, de acuerdo con el modelo italiano, y comprende amenazas y fuerza en las cosas;<sup>271</sup> y la cuestión no es pacífica.

En cuanto al elemento finalístico requerido por el tipo, en la finalidad de satisfacer pretensión suele verse un ‘*dolo específico*’.<sup>272</sup> Por demás, la pretensión puede ser o no legítima, en cuanto el agente la crea tal,<sup>273</sup> y puede referirse a cualquier tipo de derechos (reales, obligacionales, de familia...),<sup>274</sup> propios o ajenos;<sup>275</sup> pero no a abusos de la función pública, que se castigan por los delitos especiales correspondientes.<sup>276</sup> Se suele añadir, como corolario de la ‘pretensión’

---

<sup>268</sup> Así De Almeida Salles, pág. 399; De Campos Pires, pág. 403; Fabbrini Mirabete, pág. 403; De Jesús, *DP*, pág. 263; y Regis Prado y Bitencourt, pág. 1023.

<sup>269</sup> Como subraya Da Costa, pág. 246.

<sup>270</sup> En este sentido, De Almeida Salles, pág. 398; Delmanto, pág. 589; Fabbrini Mirabete, págs. 403 s.; De Jesús, *DP*, pág. 263, y *CP*, pág. 917; Magalhães Noronha, *DP*, pág. 379; y Regis Prado y Bitencourt, pág. 1023.

<sup>271</sup> Así, Alves da Silva, pág. 488; Cardoso de Gusmão, pág. 6; y Fragoso, págs. 1232 s.

<sup>272</sup> De Almeida Salles, pág. 398; De Campos Pires, pág. 402; Cardoso de Gusmão, pág. 7; Da Costa, pág. 246; Delmanto, pág. 589; Fragoso, págs. 1231 s. (que exige que se trate de fin ‘exclusivo’); Magalhães Noronha, *DP*, pág. 378; y Siqueira, pág. 645.

<sup>273</sup> Vid. Fabbrini Mirabete, pág. 401; De Jesús, *DP*, pág. 262, y *CP*, pág. 916; y Magalhães Noronha, *DP*, pág. 377 y 379.

<sup>274</sup> Así Alves da Silva, pág. 488; De Campos Pires, pág. 402; Cardoso de Gusmão, pág. 6; Da Costa, pág. 245; Delmanto, pág. 589; Fabbrini Mirabete, pág. 402; Fragoso, pág. 1230; De Jesús, *DP*, pág. 262, y *CP*, pág. 916; Magalhães Noronha, *DP*, pág. 378; Regis Prado y Bitencourt, pág. 1022; y Sabino, pág. 1283. Se afirma la tipicidad de la imposición de cohabitación marital; pero el castigo separado de la violencia configura este supuesto de forma distinta que en Derecho italiano.

<sup>275</sup> Aludiendo en general a supuestos de representación, Cardoso de Gusmão, pág. 6; Fabbrini Mirabete, pág. 402; Fragoso, pág. 1231; De Jesús, *DP*, pág. 262; Magalhães Noronha, *DP*, pág. 377; y Sabino, pág. 1283.

<sup>276</sup> Así Da Costa, pág. 245; Fabbrini Mirabete, pág. 401; De Jesús, *DP*, pág. 261, y *CP*, pág. 916; y Magalhães Noronha, *DP*, pág. 377.

y con clara influencia italiana, la necesidad de contestación,<sup>277</sup> lo que permitiría acotar un tanto el alcance del tipo; así como de que lo que se logre hubiera podido obtenerse de la autoridad judicial.<sup>278</sup>

Y la excepción de los casos permitidos por la ley se ve como cláusula que excluye del tipo todos los supuestos en que se empleen medios facultados legalmente, donde algunos incluyen las causas de justificación penal.<sup>279</sup>

En materia concursal, dado que el precepto prevé expresamente el castigo acumulado de la violencia empleada cuando sea típica, no se hacen necesarias ulteriores precisiones en este punto; y tampoco en cuanto a la falta de ‘vías de hecho’, que suele entenderse absorbida en el delito del art. 345 CP,<sup>280</sup> porque ésta contiene una cláusula de subsidiariedad expresa que impide aplicarla si condenamos por el delito. En lo que a los delitos patrimoniales comunes respecta (extorsión, robo, estafa, ...) se entiende que la condena por ejercicio arbitrario impide su estimación, afirmándose expresamente que los daños quedan absorbidos;<sup>281</sup> pero cuando el sujeto no actúe convencido de la legitimidad de su pretensión pueden aplicarse sin mayor problema.<sup>282</sup>

### **3.C.II.- Otros ordenamientos con previsiones de alcance semejante.**

El modelo legislativo de incriminación de las vías de hecho para la realización de derechos sin exigir que concurra violencia o fuerza al efecto no se restringe a la legislación brasileña. Dejando de lado los preceptos que no tienen actual vigencia (v.gr. el art. 185 del CP uruguayo 1889, el derogado art. 183 del

---

<sup>277</sup> Como hacen **Fragoso**, pág. 1230; y **Siqueira**, pág. 645.

<sup>278</sup> Vid. **Fabbrini Mirabete**, pág. 402; **De Jesús**, *DP*, pág. 262, y *CP*, pág. 916; y **Magalhães Noronha**, *DP*, pág. 377.

<sup>279</sup> Vid. **De Almela Salles**, pág. 398; **Fabbrini Mirabete**, pág. 403; **Fragoso**, pág. 1231; **De Jesús**, *CP*, pág. 917; **Sabino**, pág. 1284; y S. del Tribunal de Alçada Criminal del estado de São Paulo de 20-III-1997 (*Revista de Julgados jul./set. 1997*, págs. 451-453).

<sup>280</sup> Así **De Almeida Salles**, pág. 399; **Delmanto**, pág. 589; **De Jesús**, *DP*, pág. 263; y **Regis Prado y Bitencourt**, pág. 1023.

<sup>281</sup> Expresamente, **Fabbrini Mirabete**, pág. 403; **De Jesús**, *CP*, pág. 916; y **Regis Prado y Bitencourt**, pág. 1023.

<sup>282</sup> Por todos, **De Jesús**, *CP*, pág. 916.

CP colombiano de 1980,<sup>283</sup> o el art. 200 del CP ruso de 1960<sup>284</sup>) y los proyectos de reforma que no han llegado a texto legal,<sup>285</sup> pueden citarse cuando menos dos ejemplos de legislación positiva vigente: los ordenamientos cubano y griego.

### 3.C.II.a.- El 'ejercicio arbitrario de derechos' en Cuba.

La ley n° 62/1987, que promulga el CP actualizado para la República de Cuba,<sup>286</sup> refundición del código de 1979,<sup>287</sup> recoge dentro del título II, dedicado a los 'Delitos contra la administración y la jurisdicción', un capítulo VIII referido al 'Ejercicio arbitrario de derechos'. El capítulo está integrado por un único artículo, que prevé:

'Art. 159.1.- El que, en lugar de recurrir a la autoridad competente para ejercer un derecho que le corresponda o razonablemente crea corresponderle, lo ejerza por sí mismo, en contra de la voluntad expresa o presunta del obligado, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres meses o multa de hasta cien cuotas.

---

<sup>283</sup> Decreto 100 de 1980, que incluía en el título referido a la administración de justicia un capítulo dedicado al 'fraude procesal y otras infracciones', dentro del que estuvo, hasta su derogación por el art. 17 de la ley 23 de 1991, el precepto que transcribo: "Art. 183. *Ejercicio arbitrario de la propias razones*. El que en lugar de recurrir a la autoridad y con el fin de ejercer un derecho, se haga justicia arbitrariamente por sí mismo, incurrirá en multa de [...]. / En estos casos sólo se procederá mediante querrela." Sobre la interpretación del mismo, vid. Arenas, A.V., *Comentarios al CP colombiano t. II* (6ª ed., 1986), pág. 130; Martínez López, A. J., *Estatutos penales colombianos PE* (1986), págs. 329-331, quien protesta por cierto de la posibilidad de incriminar conductas atípicas por realizarse con la finalidad de ejercer derechos; Moreno Brand, W.A., *Derecho penal especial* (1987), págs. 219-221; y Pérez, L.C., *DP partes general y especial t. III* (1984), págs. 428-436. El anteproyecto de 1974 incluía una agravación si se empleó violencia que no llegó al texto legal (como subraya Arenas, A.V., *Comentarios al CP colombiano* (5ª ed., 1983), pág. 182). El vigente CP de 2000 carece de un precepto análogo.

<sup>284</sup> Vid. Napolitano, T., *Il nuovo CP sovietico* (1963), con comentario en págs. 343 s.; antecedente de este precepto, con significativas diferencias, es el art. 90 del CP de 1926, que transcribe Cuello Calón, E., *El Derecho penal de Rusia soviética* (1931), págs. 153 s.

<sup>285</sup> V.gr. el proyecto ecuatoriano de ZAFFARONI de 1969, cuyo art. 306 castigaba al que 'con el fin de ejercitar un derecho real o presunto, se hiciere justicia por su mano, en los casos en que debe y puede recurrir a la autoridad', agravando la pena si se usaron violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, y añadiendo una agravante especial si las violencias se cometieron con armas. Puede verse el proyecto en Levene y Zaffaroni, t. IV.

<sup>286</sup> Aprobado el 29-XII-1987 (Gaceta oficial de 30-XII-1987); no afectado en este punto por las reformas de 13-VIII-1993 (ley n° 140), 6-VI-1994 (decreto-ley n° 150) y 15-II-1999 (ley n° 87).

<sup>287</sup> Ley n° 21, de 15-II-1979 (Gaceta oficial de 1-III-1979), que preveía en su artículo 180 un delito idéntico cambiando sólo las penas por 'privación de libertad de tres a nueve meses o multa de cien a doscientas setenta cuotas o ambas' en el tipo básico y 'privación de libertad de seis meses a tres años' en el cualificado.

2.- Si se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas para ejecutar el hecho y siempre que éste, por sus resultados, no constituya un delito de mayor entidad, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.’

Durante la vigencia del anterior ‘código de defensa social’ el recurso a las vías de hecho era impune en tanto no se recurriera a amenazas, violencia o fuerza en las cosas.<sup>288</sup> La ampliación del marco típico<sup>289</sup> es, a mi juicio, claro exponente de la correspondencia de la reforma de 1979 ‘con la nueva etapa de las relaciones sociales imperantes’,<sup>290</sup> o, en expresión más contundente, del carácter ‘extremadamente represivo, intimidatorio y defensivo’<sup>291</sup> del nuevo código.

### 3.C.II.b.- *La realización arbitraria de derechos en Grecia.*

El código penal griego incluye en el título referido a los delitos contra la libertad un artículo 331 que dispone<sup>292</sup> el castigo con pena privativa de libertad de hasta seis meses o multa de quien ‘realizare arbitrariamente una pretensión relativa a un derecho que tenga o pretenda tener’.

El delito, que la ley procesal hace perseguible a querrela del ofendido, se define con gran amplitud, en cuanto no limita ni define en absoluto los medios

<sup>288</sup> El ‘código de defensa social’ (decreto-ley 802, de 4-IV-1936) preveía entre los delitos contra la administración de justicia un capítulo dedicado al ‘ejercicio arbitrario de derechos’ que disponía: “291.- El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, incurrirá en una sanción [...]” “292.- A) El que en lugar de recurrir a la autoridad competente para usar de un derecho que le correspondiere, lo ejercitare empleando fuerza en las cosas de ajena pertenencia, será sancionado [...]. B) Si el agente empleare amenazas o violencia en las personas, [...]. C) Si la violencia se ejercitare con armas o se hubiere ocasionado lesión al ofendido, [...]” Sobre el origen e interpretación de estas disposiciones, **Raggi y Ageo, A.M.**, *Derecho penal cubano* (1938), t. I págs. 362 s. y t. II págs. 176 s.; y **Tejera y García, D.V.**, *Comentarios al código de defensa social t. V* (1946), págs. 199-203. Para una ilustración jurisprudencial, **Cassasús, J.J.E.**, *Código de defensa social* (1950), págs. 88-90; y **Menéndez, E.**, *Código de defensa social concordado y anotado* (1952), págs. 452 s.

<sup>289</sup> Calificada de ‘superación de deficiencias’ por **Grillo Longoria, J.A.**, *Los delitos en especie* (1982), t. I., pág. 170.

<sup>290</sup> **Fernández Pérez, S.S.**, y **Regalado Salazar, J.M.**, *Ley n° 62: CP: ed. actualizada, concordada y comentada* (1995), pág. 1.

<sup>291</sup> **López-Rey y Arrojo, M.**, “Los nuevos códigos penales de Cuba y China” (*ADPCP* 1981), pág. 604.



utilizados para la realización de la pretensión. Aunque la ubicación sistemática entre los delitos contra la libertad permite acotar su alcance, excluyendo del tipo las conductas que no representen efectiva lesión de la libertad ajena.

### **3.C.III.- Consideraciones críticas.**

La configuración penal del recurso a las vías de hecho para la satisfacción de un derecho sin requerir para la incriminación de la conducta el empleo de medios violentos es una opción de política criminal. Es el legislador quien debe sopesar si fraude o clandestinidad (que por demás no suelen equipararse nunca en el plano punitivo a la violencia, porque no se equiparan tampoco en el plano axiológico) merecen o no represión penal cuando se usan para ejercer un derecho. Y esa opción puede parecer más o menos acertada, pero no hay contra ella argumentos dogmáticos de principio.

Lo que sí conviene es advertir del peligro que una incriminación de las vías de hecho formulada con la amplitud de las estudiadas en este epígrafe supone. Porque la finalidad de ejercer un derecho, esto es, de lograr algo conforme al ordenamiento, no puede suponer un *plus* de antijuridicidad, sino antes bien al contrario.<sup>293</sup> Quien quiere ejercer un derecho no integra por ello un delito, no más que quien desarrolla la misma conducta con cualquier otro fin, y bien puede entenderse que el injusto es menor en el primer caso. Así, la realización arbitraria de derechos, para alcanzar el umbral de la tipicidad (y la afirmación, cuando menos indiciaria, de la antijuridicidad), ha de referirse a una conducta que, suprimido el fin de ejercer un derecho, seguiría siendo típica... y, coherentemente, no estaría sancionada con menor pena. No necesariamente una conducta violenta, pero sí un hecho punible por algún título.

---

<sup>292</sup> En la redacción dada por ley 4090/1960. El art. 20 del CP griego recoge como causa de justificación el ejercicio de un derecho; y el art. 282 del CC griego recoge una cláusula permisiva análoga a la *Selbsthilfe* alemana (vid. supra 3.A.pr.).

El problema de la incriminación de las vías de hecho cuando se formula con gran amplitud es la posibilidad de afirmación de tipicidad de hechos que, de moverse el autor para otros fines, no constituirían ilícito penal... esto es, de que se acabe por castigar la finalidad de ejercer un derecho. Lo que es, lisa y llanamente, un sinsentido, y sólo puede afirmarse allí donde el poder público y la sumisión al procedimiento establecido se garanticen a costa del sacrificio desproporcionado de la libertad de los particulares.<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> Vid. supra cap. 1. Por demás, los ordenamientos estudiados en este epígrafe prevén expresamente como causa de justificación el ejercicio de un derecho (art. 19.III CP Brasil, art. 25 CP Cuba, y art. 20 CP Grecia).

<sup>294</sup> Y sin embargo, no son raras afirmaciones en esta línea, aun en países de nuestro entorno; v.gr. en Francia **Larguier y Berr**, pág. 195, llegan a afirmar que la autojusticia es una suerte de 'contempt of court' que merece, en cuanto tal, castigo.



## Capítulo 4

### Bien jurídico protegido.

*A.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO. I.- El bien jurídico en el Derecho penal español. II.- El método para la determinación del bien jurídico. B.- EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES. I.- La 'Administración de Justicia' como bien jurídico. I.a.- La 'Administración de Justicia'. I.b.- El monopolio estatal en el uso de la fuerza. II.- La libertad, integridad y propiedad del particular como bienes jurídicos. III.- El orden público como bien jurídico. IV.- La tesis de la 'pluriofensividad' del delito. IV.a.- El delito 'pluriofensivo'. IV.b.- La 'pluriofensividad' del delito del art. 455 CP. C.- TOMA DE POSTURA. I.- Bien jurídico protegido. I.a.- El bien jurídico. I.b.- La forma de afectación. II.- Principales consecuencias de la opción realizada.*

En los capítulos precedentes he tratado de esbozar el marco conceptual básico que permita comprender el delito en estudio (el ejercicio del derecho, cap. 1), he recorrido los antecedentes del precepto (cap. 2) y he trazado una panorámica de las soluciones de Derecho comparado (cap. 3). Sobre estas bases, creo estar en condiciones de proceder al estudio del bien jurídico protegido en el delito español de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 del CP); *rectius*, de estudiar y explicar el delito, cuya exposición comenzaré por lo relativo al bien jurídico.<sup>1</sup>

Dedicaré para ello en este capítulo un primer apartado, forzosamente breve, a cuestiones generales relativas al bien jurídico; para proceder después a una exposición crítica de las diversas posibilidades en la determinación del bien o los bienes jurídicos protegidos en el delito en cuestión, y finalizar con una toma de postura y un análisis de las principales consecuencias de la misma.

Con la determinación del bien jurídico y el esbozo de lo que esta opción representa entenderé concluida la primera parte de este trabajo, destinada a la comprensión del objeto del delito estudiado y su encuadre en el sistema penal;

---

<sup>1</sup> Vid. *infra* 4.A.II.

dando paso seguidamente (caps. 5 ss.) a una segunda parte en que procederé a analizar separadamente los elementos de la descripción típica.

#### **4.A.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO.**

La determinación del bien jurídico protegido en cualquier delito tiene como presupuesto y condicionante la previa opción por un concepto de bien jurídico y por un método para determinarlo. Opciones que conviene explicitar, pero sobre las que apenas podré hacer en esta sede un somero bosquejo: no puedo, por razones evidentes, detenerme aquí en discutir y perfilar un concepto en el que siglo y medio de dogmática no ha sido capaz de aportar un consenso sin fisuras.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Sobre concepto y función del bien jurídico, en diversos sentidos, vid. **Álvarez García, F.J.**, “Bien jurídico y constitución” (*CPC* 1991, págs. 5-44); **Angioni, F.**, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico* (1983), passim; **Antolisei, F.**, “Il problema del bene giuridico” (*Scritti di DP* (1955), págs. 97-128), y *PG*, págs. 172-184; **Amelung, K.**, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972), passim; **Arroyo Zapatero, L.**, “Fundamento y función del sistema penal” (*RJCM* 1987, págs. 97-110); **Bettioli, G.**, “Bene giuridico e reato” (*Scritti giuridici I* (1966), págs. 318-329); **Bettioli, G./Pettoello Mantovani, L.**, *Diritto penale PG* (12ª ed., 1986), págs. 202-210; **Binding, K.**, *Die Normen und ihre Übertretung I* (1916), §§ 50 s.; **Bricola, F.**, “Teoria generale del reato” (*Novissimo Digesto Italiano XIX* (1973)), págs. 14 ss., y “Tecniche de tutela penale e tecniche alternative di tutela” (DE ACUTIS Y PALOMBARINI (eds.), *Funzioni e limiti del Diritto penale* (1984), págs. 1-84); **Bustos Ramírez, J.**, “Política criminal e injusto” y “Los bienes jurídicos colectivos” (ambos en *Control social y sistema penal* (1987), págs. 159-180 y 181-203), y *Manual de DP PG* (4ª ed., 1994), págs. 99-114; **Carbonell Mateu, J.C.**, “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos” (*CDJ* 1994, págs. 9-22), y *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (3ª ed., 2000), §§ 2.3, 2.4, 6.2, 27 y 29.1; **Cobo del Rosal y Vives Antón**, págs. 315-326; **Cuello Contreras, J.**, “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal” (*ADPCP* 1981, págs. 461-483); **Díez Ripollés, J.L.**, “El bien jurídico protegido en un DP garantista” (*JD* 1997), págs. 17 ss.; **Dolcini, E., y Marinucci, G.**, “Costituzione e politica dei beni giuridici” (*RIDPP* 1994, págs. 333-373); **Doval Pais, A.**, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios” (*CDJ* 1994, págs. 23-71); **Escrivá Gregori, J.M.**, “Algunas consideraciones sobre DP y Constitución” (*Papers* 1980, págs. 141-163); **Ferrajoli, L.**, *Derecho y razón* (1995), § 33; **Fiandaca, G.**, “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale” (*RIDPP* 1982, págs. 42-81); **Fiandaca y Musco**, *PG*, págs. 4-28; **Gómez Benítez, J.M.**, “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’” (*RFDUCM* 1983, págs. 85-111); **González Rus, J.J.**, *Bien jurídico y Constitución* (1983), passim; **Hassemer, W.**, *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (1973), passim, y “Lineamientos de una teoría personal del bien

Baste, pues, a los efectos que para este estudio interesan, con apuntar que entiendo por bien jurídico protegido por una norma penal aquel valor a cuya tutela atiende el precepto;<sup>3</sup> y que a mi juicio el mismo cumple fundamentalmente una función política, de garantía frente a incriminaciones arbitrarias,<sup>4</sup> y una función técnica, de carácter exegetico-dogmático.<sup>5</sup>

---

jurídico" (*Doctrina penal* 1989, págs. 275-285); Hassemer, W./Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (1989), págs. 99 ss.; Jakobs, PG, págs. 43-61; Jescheck/Weigend, págs. 256-260; Mantovani, F., *Diritto penale PG* (3ª ed., 1992), págs. 203-238; Marx, M., *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'* (1972), passim; Mezger, *Tratado*, §§ 25 s.; Mir Puig, *Introducción a las bases del DP* (1976), págs. 128-140 y 151 s., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*" (*El DP en el Estado social y democrático de derecho* (1994), págs. 159-167), y PG, 4 nº 50 ss. y 6 nº 36 ss.; Morales Prats, F., "Técnicas de tutela de los intereses difusos" (*CDJ* 1994, págs. 75-91); Muñoz conde, F., "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del DP" (*LH-Valle Muñiz* (2001), págs. 561-574); Muñoz Conde y García Arán, págs. 64-67, 86-91 y 296 ss.; Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal* (1981), págs. 334-358, y "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos" (*ADPCP* 1990, págs. 5-27); Otto, "Rechtsgutsbegriff..."; Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el Derecho penal* (1974), passim; Portilla Contreras, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" (*CPC* 1989, págs. 723-748); Quintero Olivares, G., "Delitos contra intereses generales o derechos sociales" (*RFDUCM* 1983, págs. 569-580), y DP, págs. 87-95 y 278-286; Rocco, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale* (1932), passim; Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal PG* (1978), págs. 22-24 y 276-281; Roxin, AT, § 2; Rudolphi, H.J., "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" (*Nuevo Pensamiento Penal* 1975, págs. 329-347); Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos* (2000); Sgubbi, F., "Tutela penale di 'interessi diffusi'" (*La Questione Criminale* 1975, págs. 439-481); Silva Sánchez, J.-M., *Aproximación al DP contemporáneo* (1992), págs. 267 ss., y *La expansión del DP* (1999), págs. 89-95; Sina, P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'* (1962), passim; Terradillos Basoco, J., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" (*RFDUCM* 1981, págs. 123-149), y "Función simbólica y objeto de protección del DP" (*Pena y Estado* 1991, págs. 9-22); y las SSTC 62/1982, de 15-X, ff.jj. 5 y 6; 111/1993, de 25-III, f.j. 9; 55/1996, de 28-III, ff.jj. 6, 7 y 9; y 161/1997, de 2-X, ff.jj. 9 y 10.

<sup>3</sup> Sobre el carácter esencial de la idea de 'valor' en el concepto de bien jurídico, Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 318; Marx, págs. 9 s.; y Polaino Navarrete, *El bien jurídico...*, pág. 275. Vid. asimismo Díez Ripollés, "El bien jurídico...", págs. 17 s.

<sup>4</sup> Incluyendo lo referido a la graduación de la sanción, como señala Bricola, "Teoría...", pág. 18.

<sup>5</sup> Conecta estas dos perspectivas esenciales con las dos líneas tradicionales de la teoría del bien jurídico (hermenéutica (BINDING) y político-criminal (LISZT)), siguiendo a MANTOVANI, Gili Pascual, A., *El encubrimiento en el CP de 1995* (1999), n. 48 en pág. 148.

#### 4.A.I.- El bien jurídico en el Derecho penal español.

Desde la consideración, que asumo, de la norma penal como norma objetiva de valoración, afirmar la existencia y necesidad del bien jurídico protegido no es decir gran cosa: si el bien jurídico se reconduce a la idea de valor y se afirma que la norma valora, toda norma tendrá, por definición, un bien jurídico tutelado.<sup>6</sup> Para que el bien jurídico pueda cumplir las funciones que se le asignan será preciso, pues, dotar al concepto de un contenido material que permita discriminar entre las diferentes opciones y rechazar aquellas que no cumplan con ciertos requisitos.<sup>7</sup>

Pues bien, si lo que se quiere es una fuente susceptible de limitar al legislador, y por demás de hacerlo con eficacia jurídica, es claro que debe buscarse en la Constitución.<sup>8</sup> No podía, tampoco, ser de otra manera: si el Derecho penal constituye, por su especial injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, una *ultima ratio* que reserva el ordenamiento para los atentados más graves contra los bienes de mayor importancia, no tendría sentido atribuirle objetos de tutela carentes de relevancia en el marco constitucional. Hacerlo sería permitir la limitación de lo que es esencial para el sistema del marco básico de convivencia, los derechos

---

<sup>6</sup> En este sentido, Carbonell Mateu, *DP*, § 29.1.

<sup>7</sup> Y esto, se afirme o no la función valoradora de la norma penal; vid., por todos, Álvarez García, "Bien jurídico...", págs. 5 ss.; Marx, pág. 17; Mir Puig, *Introducción...*, pág. 132; Muñoz Conde, F., *Introducción al DP* (1975), pág. 50; y Terradillos Basoco, "La satisfacción...", pág. 124. En palabras de Rocco, pág. 224, de nada sirve afirmar que el delito lesiona un bien jurídico si no se consigue establecer qué es ese bien jurídico.

<sup>8</sup> Vid. Álvarez García, "Bien jurídico...", pág. 19; Carbonell Mateu, *DP*, § 29.1; Fiandaca y Musco, *PG*, págs. 12 ss.; González Rus, *Bien jurídico...*, págs. 24 y 31 ss.; Roxin, *AT*, § 2 n° 9; y Rudolphi, págs. 337 s. Para la reconducción a la Constitución de las construcciones que apelan a la forma de estado, vid. González Cussac, J.L., "Derecho penal y teoría de la democracia" (*Cuadernos Jurídicos* n° 30 (1995)), pág. 12; y Mira Benavent, J., "Función del Derecho penal y forma de estado" (*LH-Casabó* (1997)), pág. 396; asimismo Cobo del Rosal y Vives Antón, n. en pág. 38.

fundamentales, a fin de tutelar lo que ni siquiera tiene relevancia para ese sistema.<sup>9</sup>

Así, todo bien jurídico protegido por el Derecho penal español ha de ser un valor con relevancia constitucional;<sup>10</sup> entendiéndola en un sentido amplio y dinámico, comprensivo de los bienes implícitamente reconocibles en el sistema de la CE y susceptible de integrar la interpretación que la evolución de la sociedad impone del mismo.<sup>11</sup> La necesaria relevancia constitucional del objeto de tutela constituye pues, a mi juicio, límite material vinculante para el legislador y el intérprete;<sup>12</sup> aunque su alcance no debe exagerarse. Por una parte, porque la determinación del bien jurídico no agota la interpretación del delito; por otra, porque en el caso del legislador actúa sólo de máximo:<sup>13</sup> no puede tutelarse ningún valor que no tenga una relevancia constitucional, siquiera implícita, pero la relevancia constitucional de un bien no impone al legislador la obligación de tutelarlos penalmente.<sup>14</sup> Decidir si un bien, aun digno y susceptible de tutela penal, necesita de ésta es una opción de política criminal que en nuestro estado

---

<sup>9</sup> Al respecto, **Carbonell Mateu**, *DP*, §§ 2.4 y 29.1. No basta, pues, con la no contradicción con el esquema constitucional (vid. **González Rus**, *Bien jurídico...*, pág. 40): los valores que no se opongan a éste pueden ser tutelados jurídicamente, pero no justifican el recurso al instrumento penal.

<sup>10</sup> Lo que excluye *ex radice* los juicios éticos no incorporados al ordenamiento, obviando así la objeción más frecuentemente planteada a la concepción del bien jurídico como valor (cf., por todos, **Terradillos Basoco**, “La satisfacción...”, págs. 132 s. y 137). En cuanto al peligro de llegar a una ‘función promocional’ del DP, vid. *infra* 4.C.I.a.

<sup>11</sup> Vid. **Bricola**, “Tecniche...”, esp. pág. 33; y **Carbonell Mateu**, *DP*, § 2.4. Cfr. **Fiandaca**, pág. 55; y **Fiandaca y Musco**, pág. 15. Los supuestos de evolución social opuesta al esquema constitucional, o bien se traducen en reformas constitucionales, o bien suponen un problema no ya de legalidad sino de legitimidad, ajeno al alcance de este estudio; vid. sobre este punto **Moreno Alcázar**, *M.A.*, *El concepto penal de incendio: una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y su causalidad* (2002), cap. III §§ 2.2.3 y 3.4.1, y págs. 597 ss.

<sup>12</sup> Como subraya **Rudolphi**, pág. 347; vid. asimismo **Gili Pascual**, págs. 154 s.

<sup>13</sup> ‘Condición necesaria, pero no suficiente’ para la criminalización, en palabras de **Hassemer**, “Lineamientos...”, pág. 278; o, si se prefiere, en la terminología de **Bricola**, “Teoría...”, pág. 18, es ‘vínculo sólo negativo’. Lo que no cuestiona ni su alcance ni su importancia: el límite máximo tiene carácter formal y material (vid. **Lloria García**, *P.*, *El delito de intrusismo profesional: bien jurídico y configuración del injusto* (2001), págs. 110-112).

<sup>14</sup> En esta línea, **Carbonell Mateu**, *DP*, §§ 2.4 y 29.1; y **Muñoz Conde**, “Protección...”, pág. 563.



democrático corresponde a las Cortes Generales, y que la Constitución no prejuzga.<sup>15</sup>

Por demás, la asunción del sistema constitucional como marco de referencia necesaria de todo bien jurídico penalmente protegido implica, a mi juicio, la opción por una concepción personalista de los bienes jurídicos.<sup>16</sup> Personalismo moderado que resulta de una lectura del texto constitucional a la luz del modelo de estado propugnado (social y democrático de Derecho), los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), la función de los poderes públicos (art. 9.2 CE<sup>17</sup>) y el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE);<sup>18</sup> y que impone la necesidad de un referente individual, siquiera remoto, en los bienes jurídicos tutelados penalmente.<sup>19</sup> Lo que no significa la negación de los bienes de carácter supraindividual, que la misma Constitución propugna y que resultan necesarios para la plena realización de los bienes

---

<sup>15</sup> En cuanto a las ‘obligaciones constitucionales de tutela penal’ (art. 46 CE, y con más matices arts. 45.3 y 55.2 CE), vid. **Álvarez García**, “Bien jurídico...”, págs. 28 ss.; **Colás Turégano, M.A.**, *Delitos contra el medio ambiente* (1995), págs. 177-183 y 196-216; **González Rus, J.J.**, “Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico” (*LH-Casas Barquero* (1996), págs. 287-307); **Santana Vega, D.M.**, “Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente” (*LH-Valle Muñiz* (2001), págs. 865-883), o *La protección...*, págs. 60-77; **Tiedemann, K.**, “Constitución y Derecho penal” (*Revista española de Derecho constitucional* 1991), págs. 165-168; y la bibliografía por éstos citada. Sobre su susceptibilidad de imposición al legislador en un sistema de control constitucional como el nuestro más allá del supuesto de impugnación de constitucionalidad de una ley despenalizadora vid. **Bricola**, “Tecniche...”, págs. 9 ss.; **Dolcini y Marinucci**, esp. pág. 356; y **Santana Vega**, “Las obligaciones...”, págs. 870-876. En todo caso, se trata de supuestos excepcionales: entender que existe obligación de tutela penal de todos los valores constitucionales vaciaría de sentido la reserva de ley en materia penal, reduciéndola a reserva al parlamento de la ‘ejecución e interpretación de una tabla de valores’ prefijada (**Bricola**, *ibidem*, pág. 22; vid. asimismo **González Cussac**, “DP...”, pág. 12; y SSTC 11/1981, de 8-IV, f.j. 7; y 55/1996, de 28-III, f.j. 6).

<sup>16</sup> Vid., en esta línea, **Carbonell Mateu**, “Breves reflexiones...”, pág. 21.

<sup>17</sup> Que por cierto cuando habla de grupos se refiere a aquellos ‘en que se integra’ el individuo.

<sup>18</sup> De donde, por demás, se sigue que el límite no es sólo formal sino material. Cfr. la lectura en clave de satisfacción de necesidades que de estos mismos elementos hace **Terradillos Basoco**, “La satisfacción...”, págs. 141 ss.

<sup>19</sup> Es la aceptación de bienes sólo remotamente referibles a la persona lo que me empuja a adoptar el calificativo de ‘personalismo moderado’, frente a opciones más radicales; vid. v.gr. **Hassemer/Muñoz Conde**, págs. 108-113, a quienes acertadamente a mi juicio tilda de excesivamente rígidos **Moreno Alcázar**, pág. 248 y n. 440.

personales; pero sí que no podrá estimarse digno de tutela penal ningún valor que no pueda, siquiera remotamente, referirse a la persona humana.<sup>20</sup>

Asumo, pues, en cuanto al concepto de bien jurídico protegido por las normas penales en Derecho español, una concepción constitucional (si bien de máximos) y personalista (moderada); sobre esta base desarrollaré mi trabajo. Pero antes conviene completar este esbozo con algunas precisiones en cuanto al método de determinación del bien jurídico.

#### 4.A.II.- El método para la determinación del bien jurídico.

El bien jurídico ha de servir de principio rector en la interpretación del precepto; y, sin embargo, para conocer cuál es el bien jurídico protegido es preciso interpretar la norma. Se entra así en un esquema en que, de alguna forma, ‘se interpreta antes de interpretar’, en una ‘circularidad inherente a la tarea hermenéutica’.<sup>21</sup> Los intentos de salir de este esquema circular,<sup>22</sup> lamentablemente, corren el grave riesgo de caer en el apriorismo, obligando a la norma a decir lo que no dice; cuando no, sencillamente, de ser incapaces de resolver la interpretación de manera coherente con el bien jurídico que se había asignado de antemano, proponiendo una redefinición que no puede ya escapar a la circularidad de la que se quería huir.<sup>23</sup> El bien jurídico no puede pues determinarse ‘abstractamente *ex ante*, sino que se obtiene de un análisis no preconcebido del modelo legal’.<sup>24</sup>

Y, sin embargo, no se trata tanto de razonamiento circular cuanto de carácter sintético del binomio constituido por la determinación del bien jurídico protegido y la interpretación del tipo. Ambos van construyéndose al tiempo, en

---

<sup>20</sup> Vid. Carbonell Mateu, “Breves reflexiones...”, págs. 16 ss. Significativo es, v.gr., que la misma CE tutele no ya el ‘medio ambiente’, sino el ‘derecho de todos a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona’ (art. 45.1 CE)(sobre este punto vid. Boix Reig, J., “Protección penal del medio ambiente” (CDJ 1994), págs. 118-120).

<sup>21</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 320.

<sup>22</sup> Vid. v.gr., respecto a la ‘Administración de Justicia’, Magaldi y García Arán, págs. 1120 ss.

<sup>23</sup> V.gr., y respecto a la rapd, las mismas Magaldi y García Arán, págs. 1126 s. y 1158.

mutua interacción recíproca, redefiniéndose el uno al otro hasta alcanzar una posición de equilibrio que se estime satisfactoria; pero ninguno de los dos puede darse por fijado mientras no lo esté el otro. La temida circularidad no es tal, sino una suerte de espiral dialéctica:<sup>25</sup> sólo cuando pretendemos una descomposición analítica del resultado alcanzado, fijados ya los términos en equilibrio, hay propiamente una relación circular.

Precisamente por ello, la determinación del bien jurídico y el completo análisis del tipo, siendo cosas diferentes, no pueden hacerse por separado. Aunque es preciso seguir un orden a efectos expositivos, las consideraciones que esbozaré en este capítulo y las que expondré en los que siguen sólo pueden ser enjuiciadas unitariamente.

Me resta tan solo, antes de concluir este apartado, ocuparme de la importancia de la ubicación del precepto en la sistemática del código a la hora de estudiar el bien jurídico. Pues bien, reconociendo que ‘no es sólo un purismo formal, sino que encierra cuestiones valorativas importantes’,<sup>26</sup> es preciso tener presente que el legislador puede atender al efecto a factores diferentes del bien jurídico protegido.<sup>27</sup> La rúbrica en que se ubique el delito no puede desoírse lisa y llanamente, pero tampoco resulta necesariamente determinante a estos efectos.

#### **4.B.- EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES.**

Las diferentes posiciones defendidas en la determinación del bien jurídico protegido en el delito del art. 455 del CP pueden estructurarse en cuatro grupos. Por una parte, la opinión de quienes, de acuerdo con su ubicación sistemática,

---

<sup>24</sup> Pisa, “Problemi...”, pág. 32.

<sup>25</sup> ‘Método exegético-experimental’ más que círculo vicioso, según Mantovani, pág. 221.

<sup>26</sup> Quintero Olivares, “Los delitos...”, pág. 192.

afirman que se trata de un delito contra la ‘Administración de Justicia’ (se entienda por ésta una u otra cosa), o algún bien estrechamente conexo a la misma. Para otros en cambio se trata de proteger al particular frente al que se desarrolla la acción típica, señalándose diferentes bienes jurídicos en función de las distintas posibilidades de realización del tipo. Una tercera voz, marcadamente minoritaria, acude a la tutela del orden público. Y finalmente son muchas, aunque con frecuencia poco argumentadas, las alusiones a una ‘pluriofensividad’ del delito.

Conviene explicar una por una las diferentes opciones, en una exposición crítica, antes de justificar la adopción de una de ellas.<sup>28</sup>

#### **4.B.I.- La ‘Administración de Justicia’ como bien jurídico.**

El artículo 455 se encuentra ubicado en el título XX del CP, referido a los ‘Delitos contra la Administración de Justicia’,<sup>29</sup> como único integrante de uno de los ocho capítulos del título. No puede, pues, extrañar que la ‘Administración de Justicia’ se señale como bien jurídico del delito en estudio... y, sin embargo, se trata de una afirmación no exenta de problemas. No tanto por la dificultad de señalar cómo afecta la conducta típica a dicho bien jurídico (lo que no es tampoco sencillo; vid. infra I.a) como por el problema mismo de determinar el exacto contenido de lo que por ‘Administración de Justicia’ deba entenderse.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> V.gr. sujetos activos o pasivos, estructuras típicas, formas de afectación, etc. No puede por ende obligar a forzar la interpretación del bien jurídico; así, en referencia expresa al título XX del CP, **Gili Pascual**, pág. 33.

<sup>28</sup> Teniendo, por demás, presente que suele estimarse que el objeto de protección del actual precepto es el mismo que el del art. 337 del CP anterior; así, por todos, **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 40; y **Vives Antón**, T.S., “Art. 455” (*Comentarios al CP de 1995 II* (1996)), pág. 1912.

<sup>29</sup> Sobre el origen de la rúbrica en el CP de 1928 y los delitos que han venido integrándola, **Benítez Ortúzar**, I.F., *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional* (1999), págs. 21-25; **Gili Pascual**, págs. 137 ss.; y **Suárez López**, J.M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el CP español* (2000), págs. 201-207. Vid. asimismo supra 2.B.II.a.1 y la bibliografía allí citada.

<sup>30</sup> Como sucede también en Italia (vid. supra 3.B.I.a) y en Alemania respecto de los delitos en los que pese a la falta de rúbrica destinada a ella se señala la Administración de Justicia como bien jurídico (así **Gili Pascual**, pág. 122). A la dificultad del tema, en que no existe decisión doctrinal ‘unívoca’ (**Quintero Olivares**, “Los delitos...”, pág. 192; vid. asimismo **García Arán**,

El amplio abanico que los delitos recogidos en el título dibujan empuja a algunos a abandonar el empeño de concretar el alcance de la rúbrica, negando que exista un bien jurídico común;<sup>31</sup> o bien a conformarse con señalar como elemento aglutinador ‘una vaga relación con el fin último de justicia’, entendido por demás de formas diversas en las distintas sedes.<sup>32</sup> Opción, esta última, que en definitiva resulta poco más esclarecedora que la primera a los efectos de las funciones que cabe esperar de un bien jurídico;<sup>33</sup> si se quiere afirmar un concepto de ‘Administración de Justicia’ que sirva para algo a estos fines es preciso un ulterior esfuerzo de concreción.

Así, otros buscan ese elemento que dote de contenido al bien jurídico estudiado en la referencia al *poder judicial*,<sup>34</sup> al que la ‘Administración de Justicia’ serviría de soporte material. Y con ello, a mi juicio, equivocan el camino: el poder judicial como poder del estado no resulta protegido por las normas del título XX del CP, sino por los ‘Delitos contra la Constitución’ (tít.

---

“Consideraciones...”, pág. 519; y, señalando la ambivalencia del término ya en el texto de la CE, López Aguilar, J.F., “Las competencias relativas a la Administración de Justicia” (*Revista de Derecho Político* 1992), págs. 85 s.), se añade la escasez de estudios dedicados al mismo, más allá de las referencias en trabajos sobre específicos delitos del título (como señalan Díaz Pita, M.M., *El delito de acusación y denuncia falsas* (1996), págs. 25 s.; y ya antes Magaldi y García Arán, pág. 1120).

<sup>31</sup> Vid. v.gr. López Barja de Quiroga, J., “La Administración de Justicia” (C. GRANADOS PÉREZ Y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Contestaciones al programa de DP PE para acceso a las carreras Judicial y Fiscal: t. II* (1998)), pág. 528; Muñoz Conde, F., *Derecho penal PE* (12ª ed., 1999), pág. 875; y Vives Antón, T.S., “Delitos contra la Administración de Justicia” (*Comentarios al CP de 1995 II* (1996)), pág. 1880.

<sup>32</sup> Quintero Olivares, G., “Delitos contra la Administración de Justicia” (G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 1316, y ya antes en “Los delitos...”, pág. 194. En sentido semejante, Conde-Pumpido Ferreiro, C., *Contestaciones de DP PE II* (1997), pág. 148.

<sup>33</sup> Vid. Magaldi y García Arán, pág. 1122, reconduciendo la idea a la de ataque al Derecho ‘in genere’; o, señalando diferencias conceptuales entre ‘justicia’ y ‘Administración de Justicia’, Gili Pascual, pág. 115. Un intento de acotar, entendiendo la justicia como seguridad jurídica, en Díaz Pita, págs. 28-31.

<sup>34</sup> Así Landecho Velasco, C.M., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español: PE* (2ª ed., 1996), págs. 448 s.

XXI, espec. cap. III, art. 508).<sup>35</sup> Creo que el objeto de tutela es sustancialmente diverso en ambos títulos.<sup>36</sup>

Más encaminada, a mi entender, resulta la dirección emprendida por quienes señalan que la ‘Administración de Justicia’ que recibe tutela penal en esta sede debe ser entendida como administración-función,<sup>37</sup> esto es, que lo que se protege son los presupuestos del recto ejercicio de la *función jurisdiccional*.<sup>38</sup> Se recaba así la cobertura que el reconocimiento de la ‘potestad jurisdiccional’

<sup>35</sup> Señalan Tamarit Sumalla, J.M., y Rodríguez Puerta, M.J., “Art. 508” (G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 1463, que el CP de 1995 ‘reúne en un único precepto todas aquellas conductas que atentan contra el poder judicial’. Vid. asimismo Benítez Ortúzar, pág. 29; Manzanares Samaniego, J.L., “Los delitos contra la división de poderes” (*Actualidad Penal* 1997), págs. 1063-1067; Muñoz Conde, PE, pág. 875; y Roig Torres, M., “Algunas consideraciones sobre los arts. 508 y 509 del CP de 1995” (*LH-Casabó Ruiz II*), págs. 713 ss. Lamenta que no se lleven estos delitos al título referido a la ‘Administración de Justicia’ Quintero Olivares, “Delitos contra la...”, pág. 1317, y ya antes en “Los delitos...”, pág. 194; en la misma línea, Del Moral García, A., “Delitos contra la Administración de Justicia” (I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.), *CP de 1995* (1998)), pág. 1761; y, cuestionando la idoneidad del ‘poder judicial’ en cuanto objeto de protección penal, Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial* (2000), págs. 56 s.

<sup>36</sup> Vid. Magaldi y García Arán, pág. 1123. Vid. asimismo Díaz Pita, págs. 31-33; Ramos Tapia, págs. 106-111; y esp., diferenciando con CRUZ VILLALÓN el aspecto orgánico del funcional y distinguiendo (con De Otto, I., *Estudios sobre el poder judicial* (1989), pág. 161) la tutela de la exclusividad ‘ad intra’ y ‘ad extra’, Colás Turégano, *El delito...*, págs. 45 ss. Señala sin embargo la estrecha interdependencia de los conceptos de poder judicial y función jurisdiccional Serrano Butragueño, “Introducción...”, págs. 11 ss.; y de la tutela penal del poder judicial y la ‘Administración de Justicia’ Pérez Cepeda, A.I., *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores* (2000), pág. 29.

<sup>37</sup> Vid. en esta línea las consideraciones que respecto al proyecto de 1992 esbozaba García Arán, “Consideraciones...”, págs. 520 s. Para una reconstrucción de la ‘Administración de Justicia’ en cuanto ‘unidad funcional necesaria para una sociedad constitucionalmente organizada’, Rudolphi, pág. 434.

<sup>38</sup> En esta línea, v.gr., Colás Turégano, *El delito...*, pág. 55; López Garrido y García Arán, pág. 187; Mora Alarcón, pág. 620; y Salcedo Velasco, A., “El quebrantamiento de condena” (*CDJ* 1997), pág. 305, siguiendo a Magaldi y García Arán, págs. 1124 s. (quienes acotan después al ámbito del proceso; vid. asimismo, en este sentido, las referencias citadas infra, y García Miguel, pág. 1111). Ve el bien jurídico en la ‘actividad de la Administración de Justicia, abarcando las diferentes fases en que se desenvuelve dicha actuación y los presupuestos que posibilitan y garantizan su desarrollo’ Gili Pascual, págs. 169 s. y 212. De ‘justicia-sistema’ y ‘justicia-función’ habla Suárez-Mira Rodríguez, C., “La simulación de delito en el CP de 1995” (*LH-Casabó* (1997)), págs. 815 s.

por el art. 117.3 CE otorga,<sup>39</sup> insistiendo en que como tal potestad sólo tiene sentido en su función de tutela de los derechos de los ciudadanos.<sup>40</sup>

Ahora bien, son bastantes las opiniones que, profundizando en esta línea, buscan circunscribir el alcance de lo tutelado al ámbito del *proceso*.<sup>41</sup> Y, sin embargo, no creo que esta postura pueda sostenerse, precisamente por la existencia en el título de delitos como el que constituye el objeto de este trabajo.<sup>42</sup> Extender la protección del proceso a una fase aún previa a su inicio difícilmente explica de forma satisfactoria cómo le afecta una conducta referida a un supuesto en que la existencia de un proceso es no ya remota, sino innecesaria. En efecto, para la actuación de derechos y la solución de conflictos el recurso al proceso no puede estimarse necesario: ni siquiera ante la falta de acuerdo es preciso el proceso jurisdiccional, siendo perfectamente viable el recurso al procedimiento arbitral.<sup>43</sup> Sólo para la ejecución forzosa será siempre preciso el recurso a la

---

<sup>39</sup> A la que ciñen el bien jurídico v.gr. Díaz Pita, pág. 36; y Tardón Olmos, M., “Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución” (CDJ 1997), pág. 53. De ‘normal funcionamiento de la actividad judicial, respeto de la autoridad de las decisiones judiciales y sujeción de los ciudadanos a la jurisdicción’ hablaba, con el CP anterior, Cantarero Bandrés, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial* (1995), pág. 26.

<sup>40</sup> Vid. González Rus, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia” (M. COBO DEL ROSAL (ed.), *Curso de DP español PE II* (1997)), págs. 454 s.

<sup>41</sup> Clásica, en esta línea, la propuesta de Quintano Ripollés, *DP II*, págs. 569 ss., seguida con matices por Luzón Peña, “Consideraciones...”, pág. 577. Con el código actual, vid. García Arán, M., “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el CP de 1995” (CDJ 1997), pág. 283, que remite a la construcción desarrollada en Magaldi y García Arán, págs. 1126-1128 (potestad jurisdiccional ejercida de manera exclusiva a través de un proceso debido, destinado a la resolución de conflictos sociales; señalan, loc. cit. y pág. 1121, diferencias con la postura de QUINTANO); en línea muy semejante, Maqueda Abreu, M.L., *Acusación y denuncia falsas* (1999), págs. 20-22; y Ordeig Orero, M.J., *El delito de acusación y denuncia falsas* (2000), págs. 90-92.

<sup>42</sup> Vid. González Rus, “Delitos...”, pág. 455; y Mestre Delgado, E., “Delitos contra la Administración de Justicia” (C. LAMARCA PÉREZ (ed.), *Manual de DP: PE* (2001)), págs. 599 s.; asimismo, resaltando los problemas que en esta concepción suponen los delitos de omisión del deber de impedir determinados delitos y rapd, Magaldi y García Arán, pág. 1126; y Pérez Cepeda, pág. 32; entendiendo que marca un ámbito de protección ‘demasiado estrecho’, Díaz Pita, pág. 38. En otra línea, cuestiona la consideración del proceso como ‘auténtico bien jurídico digno de tutela punitiva directa’ Benítez Ortúzar, pág. 30.

<sup>43</sup> Como subrayan Magaldi, pág. 89; y Magaldi y García Arán, págs. 1157 y 1177.

jurisdicción;<sup>44</sup> pero concebir la realización arbitraria del propio derecho en términos de ejecución arbitraria de la solución de una controversia y afirmar que por ello atenta contra el proceso, amén de resultar artificioso, presupone lo que no necesariamente se ha de dar. En el delito de realización arbitraria del propio derecho no es preciso, a mi juicio, ni que se haya puesto solución a la controversia (si es que existe) ni que una parte se niegue a cumplir con la misma:<sup>45</sup> basta con un recurso ilegítimo a la fuerza para realizar un derecho. Entender que esto atenta contra el ‘proceso’ es estirar el concepto de ‘proceso’, me parece, más allá de lo razonable.<sup>46</sup>

Y tampoco puedo compartir la opinión de quienes conducen el problema a la *tutela judicial efectiva* del art. 24.1 CE.<sup>47</sup> No por falta de dignidad, susceptibilidad o necesidad de tutela, sino porque no creo que pueda entenderse que todos los delitos del título atienden a tutelarla; no sin deformar el alcance del precepto constitucional en una desmesurada expansión.<sup>48</sup>

En definitiva, a mi juicio, los diferentes preceptos aglutinados en el título XX del CP atienden, desde diferentes aspectos, a la tutela del *aparato estatal*

---

<sup>44</sup> Incluso para el laudo arbitral; vid. arts. 52 a 55 de la Ley 36/1988, de 5-XII, de Arbitraje. Sobre la exclusividad jurisdiccional en el uso de la violencia, vid. Colás Turégano, *El delito...*, págs. 49-54, y la bibliografía allí citada.

<sup>45</sup> Evidentemente, no comparto la opinión de quienes afirman la necesidad de previo requerimiento infructuoso a la contraparte; ni siquiera la de quienes piden oposición presunta de ésta. Baste por ahora con apuntarlo; sobre estas cuestiones me pronunciaré en la sede adecuada (infra, cap. 5).

<sup>46</sup> Queda, claro está, la solución de excluir estos delitos del título, lo que se ha defendido incluso por quienes rechazan acotar el bien jurídico al ‘proceso’ (por todos, Díaz Pita, pág. 38 y n. 60); pero, en cuanto a la rapd, no me parece una opción adecuada (vid. infra 4.C.I).

<sup>47</sup> Vid. v.gr., con el código anterior, Serrano Butragueño, “Introducción...”, págs. 33 s. y 76; y con el actual, señalando (pág. 239) la dificultad de referir a la misma delitos como la acusación y denuncia falsa, simulación de delitos o rapd, Suárez López, págs. 235-244, a cuya construcción en cuanto al delito de quebrantamiento de condena (págs. 276-283) cabe objetar, entre otras cosas, la diferencia entre la ejecución civil, la ejecución penal y el cumplimiento de condena, que haría inviable la inclusión de este último en la ‘tutela judicial efectiva’ (vid., a este respecto, Rifá Soler, J.M., y Valls Gombau, J.F., *Derecho procesal penal* (2000), págs. 48 s.).

<sup>48</sup> En cuanto al alcance de la tutela judicial efectiva, vid. SSTC 32/1982, de 7-VI; 26/1983, de 13-IV; 89/1985, de 19-VII; y 64/1988, de 12-IV. Señalan, por otra parte, Magaldi y García Arán, pág. 1125, que los atentados contra la tutela judicial efectiva deberán llevarse a delitos



*puesto para la realización del valor 'justicia' (art. 1.1 CE),<sup>49</sup> fundamentalmente encarnado en la 'potestad jurisdiccional' del art. 117.3 CE.<sup>50</sup> El proceso es, ciertamente, parte integrante de dicho aparato, pero no agota el contenido del mismo; y sin administración de justicia no sería posible la tutela judicial efectiva de las personas,<sup>51</sup> pero el alcance de la rúbrica excede de lo que importa a los efectos del art. 24.1 CE.*

#### ***4.B.I.a.- La 'Administración de Justicia'.***

Pues bien, entre quienes señalan como bien jurídico protegido en el art. 455 del CP la 'Administración de Justicia', algunos se conforman con apuntarlo sin ulterior explicación.<sup>52</sup> Lo que resulta de todo punto insatisfactorio, totalmente insuficiente para que el bien jurídico pueda cumplir sus funciones: de nada sirve

---

contra los derechos fundamentales y no a este título. Vid., en sentido opuesto, **Serrano Butragueño**, "Introducción...", págs. 33 s.

<sup>49</sup> Bien jurídico sustancialmente coincidente con el señalado por quienes apuntan a la '*actividad* de la Administración de Justicia' y sus presupuestos (**Gili Pascual**, pág. 212); la única diferencia es subrayar el aspecto estático o el dinámico, y creo que deben estimarse ambos comprendidos. Así definido, y sin perjuicio de los matices correspondientes a las diferentes concreciones tuteladas por los diferentes tipos, puede afirmarse que se configura como bien jurídico 'institucional' en el sentido propuesto por **Bustos Ramírez**, "Los bienes...", pág. 199 ('aquellos referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; cumplen con el requisito de doble masividad y universalidad y atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales')(De bienes jurídicos 'institucionales o sin base material' había hablado ya antes **Escrivá Gregori, J.M.**, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP* (1976), págs. 43 y 133, siguiendo a **Amelung**, págs. 194 ss.); como también en la línea en que los entiende **Climent Durán, C.**, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público* (1999), pág. 104 (aquel que 'recoge un sistema orgánico y complejo de valoraciones, cada una de las cuales se traduce en las diversas dimensiones o facetas en que se manifiesta [...], que a su vez son objeto de protección mediante diversas especies delictivas').

<sup>50</sup> En esta línea, el bien jurídico señalado se acerca al de quienes proponen como tal el 'sistema institucional de solución de conflictos' (así **Mestre Delgado**, "Delitos...", pág. 600). Ha de tenerse en cuenta, por demás, que la potestad jurisdiccional no apura el contenido del valor 'justicia', esencial a todo el sistema de la CE.

<sup>51</sup> Lo que coadyuva a la justificación de la dignidad de este bien jurídico en la clave personalista esbozada supra, 4.A.I, pero no exclusiva ni principalmente. Esencial, por contra, es la referencia al art. 1.1 CE, a los valores superiores del ordenamiento que perfila la opción personalista.

<sup>52</sup> O con elaboraciones meramente pleonásticas; v.gr. la referencia a su 'recto y normal funcionamiento' de la STS de 19-XII-1997 (A8749).

saber qué se protege si no podemos decir frente a qué se protege, cómo afecta la conducta prohibida al objeto protegido.<sup>53</sup>

Ahora bien, los intentos de concreción encuentran ciertas dificultades. El escollo con el que fundamentalmente se tropieza es la dificultad de construir conceptualmente el esquema de un delito activo con medios cualificados que ofende por omisión; que es, en definitiva, lo que va a tener que acabar afirmándose si se pretende que el objeto tutelado es la ‘potestad jurisdiccional’ en sentido estricto (y mucho más cuando se hace referencia al ‘proceso’).<sup>54</sup> En efecto, el que un particular emplee medios violentos con la finalidad de realizar un derecho no puede estimarse lesivo de la jurisdicción (del ‘juzgar y ejecutar lo juzgado’, o de la vía procesal al efecto) sino en cuanto omite el recurso a la misma... Llevada al extremo, esta elaboración se traduce en argumentaciones en torno a la consideración del delito de realización arbitraria del propio derecho como ‘desprecio de la justicia’;<sup>55</sup> en construcciones más ponderadas, se construye el delito en torno a la idea de ‘omisión del debido recurso a la jurisdicción’.<sup>56</sup>

Y, sin embargo, no es eso lo que el tipo recoge: se castiga el empleo arbitrario de violencia, intimidación o fuerza en las cosas; no la falta de recurso a la vía jurisdiccional.<sup>57</sup> La vía jurisdiccional no era necesaria, y por ende no puede

---

<sup>53</sup> Y esto, suponiendo que realmente se sepa qué es aquello que se afirma proteger... para determinar lo cual la mera referencia a la ‘Administración de Justicia’ resulta excesivamente vaga, como señala **Gili Pascual**, pág. 446; en la misma línea, **Ramos Tapia**, pág. 105.

<sup>54</sup> Salvo que se defienda su tutela en cuanto ‘único instrumento utilizable para imponer el derecho de modo coactivo’ (**Beneytez Merino, L.**, “Art. 455” (C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (ed.), *CP-Doctrina y jurisprudencia* (1997)), pág. 4250). Pero esto nos lleva directamente a las posiciones que son objeto del siguiente apartado, centradas en el uso de la fuerza.

<sup>55</sup> Construcción que mantienen, v.gr., entre nosotros **Suárez-Mira Rodríguez**, pág. 817, y la SAP de Navarra de 26-X-1998 (AA4606); en Italia **Santoro**, “Eapr”, págs. 812 s.; en Francia **Larguier y Berr**, pág. 195. Con más matices, **Quintero Olivares, G.**, “Art. 455” (G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 1341. Vid. asimismo **Guzmán Dalbora, J.L.**, “La administración de justicia como objeto de protección jurídica” (*LH-Barbero Santos II* (2001)), págs. 239 s. Entiendo, sin embargo, que resulta insostenible; vid. supra 1.B.II.

<sup>56</sup> Vid. v.gr. **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 161.

<sup>57</sup> Que sí puede entenderse nuclear, en cambio, en modelos como el cubano (vid. supra 3.C.II.a); en los que por demás la excesiva amplitud del tipo obliga después a acotar, bien por vía

castigarse la omisión del recurso a la misma, en tanto no quisiera usarse de la fuerza. No creo que quepa, en la conceptualización del bien jurídico, olvidar el papel central del elemento violento en este delito.<sup>58</sup>

#### **4.B.I.b.- El monopolio estatal en el uso de la fuerza.**

Precisamente en este sentido apuntan las tesis centradas en el *monopolio estatal en el uso de la fuerza*.<sup>59</sup> Se trataría, para estos autores, de proteger ‘el interés del Estado en monopolizar el uso de la fuerza para resolver los conflictos; interés claramente conectado con la Administración de Justicia, dado que la resolución de conflictos es el cometido de ésta’,<sup>60</sup> pero que no se identifica estrictamente con ella.

Las fórmulas empleadas acuden, generalmente,<sup>61</sup> al famoso expediente propuesto por MANZINI, definiendo el bien jurídico en términos de ‘interés del Estado’. Y resultan, precisamente por ello, criticables:<sup>62</sup> por una parte, porque señalan como bien jurídico un interés;<sup>63</sup> por otra, porque resulta cuestionable, a mi juicio, que pueda afirmarse un ‘interés’ del estado en los asuntos públicos en que actúa revestido de *imperium*. Si lo que quiere expresarse con ello es que el

---

interpretativa, bien en aplicación de criterios de oportunidad (art. 8.3 CP cubano). Vid. supra 3.C.III.

<sup>58</sup> Que no actúa como mero límite externo de relevancia, sino que asume el carácter de elemento esencial, como ha subrayado en Italia Ardizzone, *I delitti...*, págs. 251 s. En palabras de Manzini, *DP*, n° 1786, ‘un hecho en sí mismo lícito, o jurídicamente indiferente, no deviene ilegítimo sólo porque se haya realizado con el fin de hacerse razón a uno mismo. Por el contrario, el medio en sí mismo ilícito de la violencia hace, por lo general, ilegítimo el hacerse a sí mismo razón.’ En línea semejante, Escobedo, “Ancora sul diritto...”, cols. 1228 s.; entre nosotros, vid. García Arán, “Consideraciones...”, pág. 523.

<sup>59</sup> ‘Fuerza’ entendida como violencia real o personal, intimidación o imposición coactiva.

<sup>60</sup> Vives Antón, T.S., “Rapd” (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), pág. 790, y en la misma línea en “Art. 455”, pág. 1913; le siguen en cita literal Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de DP PE* (9ª ed., 2001), pág. 297, y Mares Roger, F., y Martínez Lluesma, J., “Delitos contra la Administración de Justicia” (C. GANZENMÜLLER ROIG, J.F. ESCUDERO MORATALLA Y J. FRIGOLA VALLINA (eds.), *Delitos contra la Administración pública...*(1998)), pág. 182.

<sup>61</sup> No siempre; vid. Del Moral García, pág. 1776, que cifra en bien jurídico en el ‘monopolio del Estado en utilizar la fuerza para resolver los conflictos’.

<sup>62</sup> Vid. Antolisei, “Il problema...”, págs. 104 s., diferenciando ‘ratio legis’ y bien jurídico.

<sup>63</sup> Contra esta posibilidad, expresamente, Cobo del Rosal y Vives Antón, págs. 317 s., afirmando con BETTIOL (vid. Bettiol/Petoello Mantovani, pág. 209) que el interés es trámite y no punto de llegada.

bien jurídico que se señala no se corresponde siempre con la realidad fáctica, en que de hecho es común el uso de la fuerza por particulares, no se puede dejar de estar de acuerdo con esto; pero para subrayarlo no es preciso acudir a afirmar que lo que se protege es un ‘interés’ (vid. infra 4.C).

Por demás, los autores en cuestión suelen ceñir ese monopolio estatal en el uso de la fuerza a la resolución de conflictos;<sup>64</sup> y, sin embargo, como ya he apuntado antes, creo que el conflicto no es ni esencial ni necesario para la concurrencia de este delito.<sup>65</sup>

#### *4.B.II.- La libertad, integridad y propiedad del particular como bienes jurídicos.*

Una segunda opción en el análisis de la infracción objeto de este estudio es la que la refiere a la tutela de bienes jurídicos del particular que es sujeto pasivo del delito,<sup>66</sup> bien en concurrencia con la protección de la ‘Administración de Justicia’,<sup>67</sup> bien negando que se proteja ésta.<sup>68</sup> No se trata de posiciones novedosas, y de hecho las vacilaciones históricas de los antecedentes del precepto en la ubicación en una u otra rúbrica del código han servido para alimentarlas.<sup>69</sup> Pese a que estas tesis frecuentemente acaban por afirmar la ‘pluriofensividad’ del delito, de la que me ocuparé más adelante (infra, IV), merecen en todo caso un estudio separado, en cuanto no necesariamente han de resolverse en aquella.

En primer lugar cabe considerar la posibilidad de entender el artículo 455 del CP como un delito contra la *libertad* o la *seguridad* del sujeto pasivo.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Con alguna excepción; así, aunque aludiendo a la ratio legis, Martín Canivel, pág. 133; y, refiriendo el bien jurídico a la ‘exclusividad ad extra en la utilización reglada de la violencia’, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 58, construcción sobre la que volveré infra, C.

<sup>65</sup> Vid. infra cap. 5.

<sup>66</sup> Que, cuando se apunte a bienes jurídicos patrimoniales, no lo será necesariamente de la acción; vid. supra 2.B.II.b y 3.B.II.

<sup>67</sup> Por todos, Muñoz Conde, *PE*, págs. 904 s.

<sup>68</sup> V.gr. López Barja de Quiroga, “La Administración...”, pág. 539.

<sup>69</sup> Vid. supra 2.B; estas posiciones se defendieron ya vigente el código anterior (vid. 2.B.II.a.2).

<sup>70</sup> ‘Seguridad’ que no es en esta sede, a mi juicio, sino la dimensión formal de la ‘libertad’; no en vano aparecen ambas asociadas en el art. 17.1 de la CE. Subraya que libertad y seguridad

Bienes jurídicos que, ciertamente, pueden verse afectados por la conducta típica que nos ocupa: aun cuando existiera un derecho al resultado alcanzado, y hubiera podido pedirse la imposición coactiva del mismo por los tribunales, su realización arbitraria atenta contra la libertad (formal) del sujeto al que se impone una conducta. La libertad podía estimarse recortada, pero no era inexistente; de hecho entre los delitos contra la libertad y la seguridad se ubicó el antecedente del precepto en cuestión durante un largo periodo de la historia de nuestra codificación penal.<sup>71</sup> Y, sin embargo, en la actual configuración del tipo no se trata de una lesión esencial: los supuestos de empleo de fuerza en las cosas para la realización de derechos no implican necesariamente afectación de la libertad ajena.<sup>72</sup> Salvo, claro está, que quiera entenderse ésta en un sentido tan amplio que cualquier delito lo sería, en última instancia, contra la libertad; y posiblemente ni siquiera así: piénsese en los casos de empleo de fuerza en las cosas frente a personas jurídicas o administraciones públicas. No creo, pues, que pueda afirmarse que estamos ante un delito contra la libertad;<sup>73</sup> a no ser que se afirme que los supuestos de fuerza en las cosas atienden a otro bien jurídico, o que se recorte el alcance del ámbito típico a que apunta el tenor literal hasta acercarlo

---

subjetiva (tranquilidad) vienen a ser diferentes expresiones de un mismo bien jurídico, siguiendo a Carrara (*Programma... vol. II*, § 1574), Jareño Leal, A., *Las amenazas y el chantaje en el CP de 1995* (1997), págs. 18 y 23 s.; y señalan la estrecha conexión entre libertad y seguridad personal objetiva y subjetiva Higuera Guimerá, J.F., *El delito de coacciones* (2ª ed., 1983), págs. 59-61; y Larrauri, E., *Libertad y amenazas* (1987), págs. 144, 275 s., 290 y 294. Sobre la distinción entre libertad formal y material, y en general la afectación a la libertad de la rapd, en la doctrina alemana, vid. supra 3.A.II.

<sup>71</sup> Vid. supra 2.B.I.b.

<sup>72</sup> Téngase en cuenta que sólo por vía excepcional se da cabida a supuestos de 'vis in rebus' en los delitos contra la libertad. Vid., sobre este punto y en general la interpretación extensiva del ámbito típico de las coacciones, Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L., "Delitos contra la libertad II" (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), págs. 198 ss.; y Cervelló Donderis, V., *El delito de coacciones en el CP de 1995* (1999), págs. 30-44; con el anterior cuerpo legal, Bajo Fernández, M., "El delito de coacciones" (*LH-Fernández-Albor* (1989)), págs. 62-68; García-Pablos de Molina, A., "El delito de coacciones" (*Estudios penales* (1984)), págs. 265-275; Higuera Guimerá, págs. 81-158; Mir Puig, S., "El delito de coacciones en el CP" (*ADPCP* 1977), págs. 274-287; y esp. Mira Benavent, "El concepto...", passim.

<sup>73</sup> Y no puedo, pues, compartir la afirmación de que 'estamos ante un típico delito de coerción' (Colás Turégano, *El delito...*, n. 4 en pág. 38, matizando luego en pág. 69).

notablemente al de los delitos de amenazas y coacciones. Esta última solución es dudosamente coherente con la descripción típica, que recoge expresamente la fuerza en las cosas, y no puede explicar la ubicación sistemática del precepto; de la otra posibilidad me ocuparé en el apartado referido a la ‘pluriofensividad’ de este delito.

Mayores reservas todavía presenta la opción de quienes apuntan a la tutela, siquiera eventual, de la *integridad*, la *salud* o incluso la *vida* del sujeto pasivo de la violencia (difícilmente, de nuevo, encajará en este bien jurídico la fuerza en las cosas, y tampoco la intimidación). Nadie cuestiona que, de producirse eventuales resultados lesivos de estos bienes jurídicos, se acudiría a los tipos correspondientes, para los que además se señala una relación concursal; pero, precisamente por ello, no puede afirmarse que el delito de realización arbitraria del propio derecho atienda a su tutela.<sup>74</sup> Y esto porque la única posibilidad lógica, entender que se trata de un delito de peligro para dichos bienes, viene precisamente negada al afirmar que cuando la lesión se realice debe castigarse por ambos títulos.<sup>75</sup> Y porque, además, desde este punto de partida resulta inexplicable la inexistencia de un delito correlativo de puesta en peligro de los mismos objetos de tutela para los supuestos en que no se pretenda realizar un derecho: las argumentaciones que en torno a la idea de minoración del contenido de injusto son posibles en sede de libertad y patrimonio resultan aquí totalmente inadmisibles.

Finalmente, tampoco creo que resulten aceptables las propuestas centradas en la protección de la *propiedad* o el *patrimonio*.<sup>76</sup> Si esta opción pudo defenderse con el código anterior, la nueva configuración del tipo, en que el derecho que se pretende realizar no tiene por qué tener contenido patrimonial y la

---

<sup>74</sup> Destacando el carácter ‘un tanto incongruente’ de la opción, por estos motivos, Colás Turégano, *El delito...*, n. 8 en pág. 40.

<sup>75</sup> Salvos, claro está, los casos en que el ámbito de lo puesto en peligro exceda del de los resultados lesivos efectivamente producidos... lo que no necesariamente sucederá.

<sup>76</sup> Pese a la ubicación del antecedente del precepto en el CP de 1822 (vid. supra 2.B.I.a).

acción típica no es necesariamente de apoderamiento, hace inviable referir todos los supuestos de realización arbitraria de derechos a estos bienes jurídicos.<sup>77</sup> Si lo que se quiere es afirmar una eventual lesión de los mismos, planteada de forma alternativa a supuestos en que se ven afectados otros objetos de tutela, los términos resultan más aceptables; pero de esta posibilidad me ocuparé al estudiar las afirmaciones de ‘pluriofensividad’ del delito.

#### **4.B.III.- El orden público como bien jurídico.**

Una tercera línea en la determinación del bien jurídico protegido es la que apunta al *orden público*, a la *paz social*, entendiendo que quien acude a las vías de hecho violentas para la realización de derechos ‘debe ser castigado por la turbación social que ostenta su acción de hacerse justicia por su propia mano, renunciando hacerlo a través de los organismos jurisdiccionales’.<sup>78</sup>

El objeto que se señala no es, ciertamente, de los que mayor precisión en su determinación han venido logrando en la interpretación doctrinal y jurisprudencial. No parece sencillo acotar el alcance del ‘orden público’,<sup>79</sup> hasta el punto que ha podido afirmarse que se trata de una ‘abstracción conceptual’,<sup>80</sup> un ‘concepto vago y genérico, en el que se puede hacer entrar cuanto se quiera, porque el delito siempre, en cierto sentido, viola el orden público’.<sup>81</sup> Y, en efecto, se ha empleado la referencia al orden público para dar cobertura a la represión de

---

<sup>77</sup> En este sentido, Fernández García, M., y Lopez Moreno, J., “Consideraciones sobre el delito de rapd” (*Actualidad Penal* 1997), pág. 608.

<sup>78</sup> Vázquez Iruzubieta, C., *Nuevo CP comentado* (1996), pág. 599. Vid., con el código anterior, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 1020; y en consideraciones de lege ferenda Magaldi Paternostro, pág. 91.

<sup>79</sup> ‘Confuso, oscuro y difícil de precisar’ en palabras de Muñoz Conde, *PE*, pág. 836.

<sup>80</sup> Mantovani, pág. 234.

<sup>81</sup> Antolisei, “Il problema...”, pág. 106. Vid., corroborando la idea en su análisis de nuestra legislación histórica, Alonso de Escamilla, A., “La legislación histórica de orden público” (*LH-Valle Muñiz* (2001), págs. 921-940). Para Morillas Cueva, L., “Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto” (*DJ* 1983-II), pág. 1357, el ataque al orden o la paz públicos ‘es nota característica, en mayor o menor intensidad, en todo delito’; niega en consecuencia todo valor sistemático a la concepción amplia de orden público en “El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacatos” (*ADPCP* nº XXXIV 2 y 3 (1981)), pág. 684.

los más diversos atentados contra el *statu quo*.<sup>82</sup> Es posible, sin embargo, lograr un concepto de orden público coherente con los valores constitucionales y digno de tutela penal; en esta línea irían quienes apuntan a la ‘tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana’,<sup>83</sup> o mejor aún, al ‘estado que permite el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales’.<sup>84</sup> Sin embargo, en definitiva, nos encontraríamos ante un bien jurídico difuso que es instrumento mediato para la tutela de valores y derechos que tienen una sustantividad propia; donde éstos puedan concretarse sería preferible atender directamente a su tutela, sin interposición de bienes intermedios que para adelantar la tutela con frecuencia acaban por desdibujar el objeto de la misma.

Los problemas señalados bastarían para preferir, en cuanto a lograr un objeto susceptible de cumplir las funciones que se asignan al bien jurídico, cualquier alternativa razonable al orden público; pero hay, además, otro motivo de peso. Aun cuando se acepte la posibilidad de señalar el ‘orden público’ como bien jurídico protegido, tal posibilidad deberá quedar reservada a los supuestos residuales en que no sea posible una mayor concreción.

Y es que, si ciertamente el recurso de los particulares a las vías de hecho violentas puede suponer una alteración del orden público, esto no basta para poder señalarlo como el bien jurídico protegido en esta sede. Entenderlo así llevaría, en último término, a acudir al orden público como objeto de tutela en la práctica totalidad de los delitos, comenzando por el homicidio, y con esto el concepto de bien jurídico quedaría privado de utilidad y sería incapaz de

---

<sup>82</sup> Vid. v.gr. el concepto de orden público defendido en la Ley de Orden Público de 30 de junio de 1959; sobre las implicaciones de defender un concepto de tal amplitud, y el empleo políticamente sesgado del mismo, **Octavio de Toledo y Ubieto, E.**, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del CP” (*CPC* n° 1 (1977), págs. 115-134)(esp. págs. 122 y 131) y “De nuevo sobre el interés protegido en atentados, descalos y figuras afines” (*CPC* n° 11 (1980), págs. 103-128); vid. asimismo **Muñoz Conde, F.**, *Derecho penal PE* (4ª ed., 1982), págs. 625 s. -mantiene el inciso hasta la 10ª ed., 1995; con el código actual, más brevemente, *PE* (12ª ed., 1999), págs. 836 s.-; y **Morillas Cueva**, “El art.”, págs. 681-685.

<sup>83</sup> **Muñoz Conde, PE** (1999), pág. 836.

<sup>84</sup> **Carbonell Mateu, J.C.**, y **González Cussac, J.L.**, “Lesiones” (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), pág. 142.



desarrollar sus funciones.<sup>85</sup> No cabe, pues, apuntar a la tutela del orden público allí donde pueda señalarse un objeto inmediato de tutela digno de ser considerado como tal; esto es, el orden público sólo podrá, si se quiere, ser señalado como bien jurídico cuando el objeto de lesión o puesta en peligro no pueda concretarse de forma más precisa... y en el delito que nos ocupa puede lograrse una concreción en la determinación del objeto tutelado que excede con creces de la que logra la apelación al 'orden público'.<sup>86</sup>

#### **4.B.IV.- La tesis de la 'pluriofensividad' del delito.**

Por otra parte, la afirmación de que el delito de realización arbitraria del propio derecho es una 'infracción pluriofensiva' es frecuente y generalmente acogida.<sup>87</sup> Pero casi siempre queda totalmente inexplicada, porque se afirma la 'pluriofensividad' sin dar razón de qué se entiende exactamente por esta. Conviene, pues, hacer algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por delito pluriofensivo antes de entrar a analizar si el de realización arbitraria del propio derecho tiene o no tal carácter.

##### **4.B.IV.a.- El delito 'pluriofensivo'.**

La 'pluriofensividad' hace referencia a la afectación de más de un bien jurídico por un delito de naturaleza unitaria;<sup>88</sup> y, en línea de principio, puede entenderse de tres maneras diferentes.

En primer lugar, cabe entender que es pluriofensiva toda infracción en que pueda verse afectado más de un objeto de tutela;<sup>89</sup> se trata, en este caso, de una

---

<sup>85</sup> En este sentido, Muñoz Conde, *PE* (1999), págs. 836 s. Vid. asimismo Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PE*, pág. 826.

<sup>86</sup> Remito, para ello, a mi toma de postura, *infra*, C.

<sup>87</sup> Vid. Cancio Meliá, M., "Art. 455" (G. RODRÍGUEZ MOURULLO Y A. JORGE BARREIRO (eds.), *Comentarios al CP* (1997)), pág. 1196; Fernández García y López Moreno, págs. 609 s.; Del Moral García, pág. 1776; Muñoz Conde, *PE*, págs. 904 s.; STS de 1-III-1999 (A1289); SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821); y las referencias aportadas supra, 2.B.II.a.2. En cuanto a la doctrina italiana, vid. supra 3.B.I.a.

<sup>88</sup> Insistiendo sobre la naturaleza compleja pero unitaria del delito pluriofensivo, Durigato, L., *Rilievi sul reato plurioffensivo* (1972), págs. 33-41.

<sup>89</sup> En esta línea parece apuntar, v.gr., Pérez Cepeda, pág. 37.

pluriofensividad *eventual*, en el sentido de que, junto a un bien jurídico que aparece siempre como objeto de protección, pueden presentarse en algunos casos lesiones o puestas en peligro de otros. En segundo lugar, puede entenderse que es pluriofensivo el delito que afecta *alternativamente* a un bien jurídico o a otro, de forma que nunca se verán ambos afectados pero sí siempre y necesariamente uno de ellos. Finalmente, puede entenderse la pluriofensividad en sentido *estricto*,<sup>90</sup> afirmando que sólo es pluriofensiva la infracción que afecta siempre y necesariamente a más de un bien jurídico de manera principal.

Pues bien, reconociendo que reducir a unidad la pluriofensividad es deformar la realidad,<sup>91</sup> no puede sin embargo desconocerse que para la determinación del bien jurídico protegido en el análisis de un delito es preciso atender tan sólo a aquel o aquellos bienes que resultan protegidos de forma prevalente. En todo delito aparecen, junto al objeto esencial de tutela, otros bienes e intereses que pueden verse ocasional, secundaria o accesoriamente protegidos;<sup>92</sup> pero señalarlos como objeto de protección da como resultado una determinación de bien jurídico totalmente inútil en cuanto a las funciones que se asignan al mismo, porque no logra sino distorsionar la comprensión del tipo. Apuntar a intereses diversos según los casos puede explicar la *ratio* de la norma, pero no permite identificar un bien jurídico con contenido material para cumplir sus funciones.<sup>93</sup>

Así, a mi juicio, los supuestos en que siempre se afecta un bien jurídico aunque *eventualmente* pueda aparecer afectación de otro no son casos de pluriofensividad, y el bien jurídico es el que resulta esencial y necesariamente ofendido. Si sólo su afectación es imprescindible para que surja el delito, sólo él permitirá explicar y valorar críticamente la conducta típica. Cuestión distinta es

---

<sup>90</sup> Así v.gr. **Doval Pais, A.**, *Delitos de fraude alimentario* (1996), págs. 218 ss.; en esta línea parece apuntar **Mantovani**, pág. 226.

<sup>91</sup> **Antolisei**, "Il problema...", pág. 118, para quien es ejemplar el delito de eapr.

<sup>92</sup> En este sentido, **Kostoris**, pág. 8; vid. asimismo **Durigato**, págs. 51 y 110.

que su determinación no resulte siempre sencilla ; pero la mera dificultad para determinar el bien jurídico protegido no basta para afirmar la pluriofensividad.<sup>94</sup> Por su parte, los casos en que *alternativamente* se afecta un bien u otro no son tampoco propiamente pluriofensivos, porque tienen dos objetos de tutela alternativos y no cumulativos.<sup>95</sup> no es que den lugar a la afectación de varios bienes, sino que pueden afectar a uno u otro bien. Y, en cada caso, han de explicarse y valorarse críticamente por entero atendiendo sólo al bien jurídico efectivamente afectado: las demás posibilidades ni explican el castigo de la que se estudia ni justifican la necesidad de tutela penal en este supuesto. Sólo los delitos en que necesaria, cumulativa y vinculadamente se produce la lesión de más de un bien jurídico pueden ser propiamente calificados de pluriofensivos, porque en todo caso sólo desde la afectación de varios bienes jurídicos pueden entenderse y valorarse. En suma, sólo cabe afirmar que es pluriofensiva la infracción que lo sea en sentido *estricto*; lo que requiere, siguiendo a DOVAL PAIS:<sup>96</sup> 1) perturbación de varios bienes jurídico-penales; 2) que su afección sea necesaria en todos los casos, y no sólo eventual u ocasional; y 3) que el tipo ofrezca una protección específica a dichos bienes, esto es, que su lesión sea esencial a la ofensa.

#### **4.B.IV.b.- La 'pluriofensividad' del delito del art. 455 CP.**

Aplicando lo expuesto al delito de realización arbitraria del propio derecho, no creo que quepa afirmar de éste un carácter pluriofensivo. Y no por

---

<sup>93</sup> Musco, E., "L'aggiotaggio bancario davanti alla Corte Costituzionale: una certezza ed un dubbio" (RIDPP 1983), pág. 1538.

<sup>94</sup> Durigato, pág. 21.

<sup>95</sup> En sentido contrario, aceptando supuestos de acumulación eventual o alternativa de lesiones como pluriofensivos, Durigato, págs. 26 y 39, quien concluye por cierto (pág. 48) por afirmar la pluriofensividad respecto del delito de eapr; asimismo Aragona, F., "Reato plurioffensivo, categoria operativa e non meramente descrittiva" (RIDPP 1971), pág. 975, siguiendo a GALLO, acepta un doble concepto de pluriofensividad, dando cabida a la eventual o alternativa por una parte, y señalando por otra la estricta y necesaria (lesión de intereses complejos cuya concurrencia es determinante de la relevancia jurídica).

<sup>96</sup> Doval Pais, *Delitos...*, pág. 220.

argumentos relacionados con la pena imponible,<sup>97</sup> sino por la estructura de la conducta típica y el correspondiente contenido de injusto.

Y es que el único bien jurídico del que puede afirmarse que se ve necesariamente afectado en todos los supuestos de realización del tipo es el relativo al monopolio estatal en el uso de la fuerza; o, si se quiere, la 'Administración de Justicia'. Resulta evidente que no puede acudir a una lesión del 'orden público' concurrente con aquel bien jurídico, aunque solo sea porque entre ambos objetos cabe señalar una relación de medio a fin, de forma que la tutela de uno supone tutela mediata del otro, y en esta suerte de casos no cabe afirmar la pluriofensividad.<sup>98</sup> Tampoco la salud o la integridad permiten afirmar una estructura pluriofensiva, precisamente porque con los tipos que los protegen se afirma una relación concursal.<sup>99</sup> Y ni la libertad ni el patrimonio pueden entenderse afectados en todas las posibilidades de realización del delito que nos ocupa.<sup>100</sup>

La única posibilidad de afirmación de un carácter pluriofensivo en la realización arbitraria del propio derecho pasa por entender que en este delito se afecta siempre necesariamente, aunque de forma alternativa, bien la libertad, bien el patrimonio, bien ambos al tiempo; lo que, cuando se entienda en todo caso afectado el monopolio estatal del uso de la fuerza o la 'Administración de Justicia', daría lugar a una estructura pluriofensiva. Pluriofensiva en sentido

---

<sup>97</sup> Que se han esgrimido decididamente contra la alegación de la 'pluriofensividad' (vid. **Magaldi y García Arán**, pág. 1157; y **Magaldi Paternostro**, págs. 87 s., a quien siguen **Fernández García y López Moreno**, pág. 610), pero a los que cabe objetar que la medida de la pena no depende tanto del número de bienes jurídicos afectados cuanto de la entidad de dicha afectación. Objeción extensible a las argumentaciones que por su 'levedad penológica' niegan que la rapd proteja cierto bien jurídico (v.gr. para la libertad, **Cervelló Donderis**, pág. 26).

<sup>98</sup> Así **Doval Pais**, *Delitos...*, pág. 222; **Durigato**, págs. 18 s.; y **Ordeig Orero**, pág. 63. No puedo, por ende, compartir construcciones como la de **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 64-67, que construye una estructura pluriofensiva en base a dos bienes (libertad y exclusividad estatal en la utilización de la violencia) mutuamente condicionados en relación de tutela mediata.

<sup>99</sup> Lo que no cabe cuando se protege el mismo bien jurídico de los mismos riesgos, como señala **Doval Pais**, *Delitos...*, n. 115 en pág. 221.

<sup>100</sup> Vid. supra 4.B.II.

estricto, porque en todos los supuestos se verían tutelados al menos dos bienes jurídicos, aunque el segundo no fuera siempre el mismo.

La pregunta es si necesariamente se afecta siempre a la libertad o al patrimonio; y creo que no es así, aunque normalmente sí suceda. Baste pensar en el caso del arrendador que transcurrido el término del contrato, ante la negativa del arrendatario a abandonar el inmueble pese a la sentencia dictada en este sentido, y en vez de solicitar el lanzamiento por vía de ejecución de sentencia, echa abajo la puerta del inmueble en ausencia del arrendatario y remite todas las pertenencias de éste a casa de su madre. A mi juicio, en este caso puede afirmarse un delito de realización arbitraria del propio derecho,<sup>101</sup> pero no un atentado típico contra la libertad o el patrimonio del desahuciado. Y si éste no es necesario para la concurrencia del delito, no puede afirmarse la pluriofensividad en atención al mismo.

Cuestión distinta es la posible afectación, en el ejemplo aducido, de un bien jurídico diferente;<sup>102</sup> pero esto sitúa ya la discusión en otros términos, porque la lista de bienes afectados se amplía *ad infinitum*. Pues bien: si lo que se quiere es afirmar que el bien jurídico son la libertad, el patrimonio, la intimidad, o cualquier otro que se vea afectado en el supuesto concreto, en enumeración abierta y carente de criterios de concreción, resulta difícil explicar la configuración unitaria del delito y la rúbrica en que se ubica; pero sobre todo a efectos prácticos lo que se está diciendo es que no hay bien jurídico, porque

---

<sup>101</sup> El desahucio violento se entiende generalmente incluido en la actual configuración típica; por todos, **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 32 y 164, que se hace por cierto eco de la afirmación de **Torío López, A.**, “La estructura típica del delito de coacción” (*ADPCP* 1977), pág. 34, en el sentido de que la diferencia de este supuesto con el desahucio judicial no es descriptiva sino valorativa. En cuanto a la estimación de la fuerza en las cosas ejercida sobre cosa propia en poder de tercero, vid. las elaboraciones desarrolladas en Italia, supra 3.B.II.b.

<sup>102</sup> La intimidad entendida en su concreción domiciliaria, la vida privada doméstica... Sobre el bien jurídico protegido en el allanamiento de morada vid., por todos, **Borja Jiménez, E.**, “El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada” (*LH-Casabó I* (1997), págs. 225-280); **Morales Prats, F.**, “Del allanamiento de morada...” (G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), págs. 374 s.; y **Sanz**

puede serlo cualquiera. Si, por el contrario, lo que se busca es afirmar la pluriofensividad partiendo de que se afecta, por una parte, al monopolio estatal en el uso de la fuerza o a la 'Administración de Justicia', y por otra, además y necesariamente, a algún otro bien jurídico sin que se pueda precisar en términos generales a cuál ni en qué medida, ese segundo bien jurídico indeterminado desdibuja más que concreta el objeto de tutela.<sup>103</sup>

No quiero con esto decir que la realización arbitraria del propio derecho no afecte sino al aparato estatal puesto para la realización del valor justicia; es más, creo que por necesidad todo atentado contra éste, y en particular los que resultan típicos conforme al art. 455 del CP, supone afectación de otros bienes jurídicos. Lo que afirmo es que dichas afectaciones no asumen en el delito que nos ocupa el papel de objeto principal de tutela, sino que reciben protección mediata a través de la correspondiente al que señalo como bien jurídico; si se quiere, su lesión se configura a estos efectos en inclusión 'no cumulativa'.<sup>104</sup>

#### 4.C.- TOMA DE POSTURA.

Me he pronunciado en las líneas que preceden en contra de la posibilidad de entender el delito de realización arbitraria del propio derecho como infracción pluriofensiva, y he rechazado como posibles objetos de tutela la libertad, la seguridad, la integridad, el patrimonio y el orden público. Queda por perfilar la opción que asumo, que, encuadrándose dentro del ámbito genérico del bien jurídico correspondiente al título XX del CP (en los términos definidos supra,

---

Morán, A.J., "Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada" (*LH-Rodríguez Devesa II* (1989)), págs. 315-329.

<sup>103</sup> Como señala Durigato, pág. 110, una afirmación en estos términos puede ser constatación de hecho, pero no afirmación de pluriofensividad.

<sup>104</sup> La expresión es de De la Mata Barranco, *La rapd*, pág. 61.

4.B.I), no responde en sentido estricto a la ‘Administración de Justicia’, sino a uno de los presupuestos de su correcto funcionamiento.<sup>105</sup>

A la exposición y justificación de esta opción y al estudio de sus consecuencias se dedica este apartado.

#### **4.C.I.- Bien jurídico protegido.**

A mi juicio, el bien jurídico protegido en el delito de realización arbitraria del propio derecho es el *monopolio del estado en el uso ordinario de la fuerza*.<sup>106</sup>

Intentaré, en las líneas que siguen, explicar qué entiendo por tal y por qué es digno de tutela penal, así como de qué manera afecta a este objeto de tutela la conducta típica conforme al art. 455 del CP.

#### **4.C.I.a.- El bien jurídico.**

La exclusividad estatal en el uso de medios coercitivos se configura, con el nacimiento del ‘Estado de Derecho’, como presupuesto de la convivencia pacífica y garantía de la libertad, la seguridad y los derechos de los ciudadanos. El estado recaba para sí la potestad exclusiva de hacer uso de la fuerza, de la violencia, como requisito para su existencia y mantenimiento; a cambio de lo cual proporciona a los ciudadanos los medios oportunos de defensa y las vías legales de reclamación.<sup>107</sup>

Aquí es donde entroncan monopolio de la coerción y aparato puesto para la realización de la justicia: el particular no puede recurrir a la fuerza para imponer su criterio, pero en cambio tiene acceso a la jurisdicción; la potestad

---

<sup>105</sup> Presupuestos que se integran en la tutela del bien jurídico; en esta línea, **Mestre Delgado**, “Delitos...”, pág. 600.

<sup>106</sup> Definición sustancialmente coincidente con las propuestas por **Cervelló Donderis**, pág. 97 (‘la exclusividad del monopolio estatal de la coacción’) y **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 58 (‘exclusividad ad extra en la utilización reglada de la violencia’), con los matices que expondré seguidamente en el texto.

<sup>107</sup> Vid. **Merten, D.**, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol* (1975), esp. págs. 29 ss. y 56 ss.: el monopolio estatal en el uso de la fuerza distingue el estado moderno del medieval. Vid. asimismo, entroncando este monopolio tanto con el estado de Derecho como con el estado democrático, **Bobbio**, pág. 12.

jurisdiccional sí se impone coactivamente, y lo hace con carácter exclusivo y excluyente, porque su decisión irrevocable debe sobreponerse -aun por la fuerza- a cualquier otra pretensión.<sup>108</sup> Incluso las fuerzas de orden público deben plegar su actuación violenta a los dictados de la jurisdicción, y aunque la administración pública goza de un ámbito de autotutela ejecutiva queda sujeta en última instancia al control jurisdiccional. El monopolio estatal en el uso de la fuerza y la 'Administración de Justicia' no se identifican,<sup>109</sup> pero aquél aparece como uno de los instrumentos indispensables para que ésta pueda cumplir su función, y la jurisdicción ostenta ordinariamente en nuestro sistema el ejercicio de dicho monopolio. Los particulares sólo pueden obtener la actuación forzosa de su derecho a través de la vía jurisdiccional, y no pueden obtener ninguna otra actuación forzosa; lo que explica la ubicación sistemática del precepto que nos ocupa.<sup>110</sup>

Existen, ciertamente, situaciones extraordinarias en que se permite al ciudadano el recurso a la fuerza,<sup>111</sup> generalmente porque esperar a una actuación reglada resultaría tardío e infructuoso; es el caso de los supuestos de legítima

---

<sup>108</sup> Sobre la exclusividad jurisdiccional en el uso de la violencia remito nuevamente a **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 49-54, y la bibliografía que cita.

<sup>109</sup> Vid. en este sentido la diferenciación de **De Otto**, págs. 93-96, entre desconocimiento de la paz jurídica y violación del monopolio de la jurisdicción, entendiéndose este segundo en sentido más restringido (exige que lo actuado tenga irrevocabilidad técnica -fuerza de cosa juzgada-). El monopolio estatal en el uso de la fuerza, que no cabe ni siquiera en el concepto más amplio de los varios que para la 'Administración de Justicia' siguiendo la doctrina de las SSTC 56/1990 y 62/1990 propone **Serrano Butragueño**, "Introducción...", págs. 24-26, no puede identificarse con ésta, aunque sí puede señalarse una relación instrumental entre ambos objetos de tutela, en cuanto sólo gracias al citado monopolio puede la administración de justicia cumplir sus funciones. Y cabe señalar una relación de medio a fin entre este monopolio en el uso de la fuerza y la seguridad de los particulares (con sus consecuencias en la libertad) y el orden público.

<sup>110</sup> Señala **Larrauri**, *Libertad...*, pág. 277, cómo la necesidad de garantizar la sujeción a las leyes y la atribución exclusiva de esta función al estado convierte las violencias particulares en delitos contra el estado, incriminadas en ocasiones por vía del veto de autojusticia. Sobre la relación entre estado de Derecho y monopolio de la justicia, **Ancel**, pág. 148, para quien el veto de autojusticia tutela al tiempo el orden social, la función judicial y al individuo; y **Montero Aroca, J.**, *Principios del proceso penal* (1997), pág. 17, para quien estado de Derecho y sociedad civilizada han de partir 'de la prohibición de la autotutela y, consiguientemente, de la tipificación como delito del ejercicio de las propias razones'.



defensa y estado de necesidad.<sup>112</sup> Pero el uso *ordinario* de la violencia queda reservado en exclusiva al estado. E, innegablemente, no se trata de un monopolio fáctico, sino en el plano de lo *legítimo*: la realidad cotidiana nos muestra que los particulares emplean con frecuencia la violencia, pero esa violencia resulta ilegítima y ha de ser reprimida en cuanto sea posible, precisamente en interés de la ciudadanía.

Conviene aquí precisar algunos extremos, saliendo al paso de las objeciones relativas a la asignación de una ‘función promocional’ al Derecho penal que no se corresponde con sus principios. Innegablemente, lo que aún no existe ‘no se puede proteger, sino sólo procurar, o, mejor, promover’;<sup>113</sup> pero no es menos cierto que la aplicación de la ley penal responde siempre a una realidad fáctica contraria a la que pretende conseguirse. Y es que, si ciertamente el instrumento penal no es medio legítimo para la transformación de las valoraciones sociales,<sup>114</sup> sí lo es en cambio para la imposición en la realidad cotidiana de aquello que la conciencia social ya formada estima correcto.<sup>115</sup> En suma: no se protegen estados de hecho, sino valoraciones sociales,<sup>116</sup> y éstas se tutelan precisamente imponiendo la adecuación a las mismas de las realidades sobre las que se actúa, lo que sí supone una promocionalidad fáctica, pero no valorativa. El monopolio del estado en el uso de la coerción puede no responder a los hechos, pero sí responde al orden expresado en la más alta norma de nuestro

---

<sup>111</sup> Insisten en su excepcionalidad, por todos, Ancel, pág. 149; y Montero Aroca, pág. 17.

<sup>112</sup> Y no sólo de éstos: v.gr., art. 592 CC; y, en Alemania, los casos de ‘Selbsthilfe’ (vid. la bibliografía citada supra, 3.A pr.). Vid. Merten, págs. 57 y 59. Precisamente en esta línea, e insistiendo en que al particular no se le debe vetar el uso de la fuerza sino en la medida en que pueda suplirle el estado, se ha hablado en aquel país de primacía (*Vorrang*) y no monopolio (*Monopol*) en el uso de la fuerza (Schünemann, W.B., pág. 10; vid. asimismo Arzt, “Notwehr...”, pág. 86); pero la situación a la que se tiende es de monopolio, y las excepciones tienen carácter extraordinario.

<sup>113</sup> Antolisei, “El problema...”, págs. 113; vid. asimismo págs. 107-110.

<sup>114</sup> Todo lo más, para reafirmarlas y confirmarlas; vid. Fiandaca, págs. 68-70; y STC 55/1996, de 28-III, f.j. 6. Vid. asimismo Carbonell Mateu, DP, § 2.3.

<sup>115</sup> En esta línea, para el estado social de Derecho, Portilla Contreras, “Principio...”, pág. 745.

<sup>116</sup> Hassemer/Muñoz Conde, pág. 111.

ordenamiento jurídico, y puede por ende tutelarse (imponiéndolo en la realidad cotidiana) penalmente.

Por demás, en nuestro ordenamiento, el monopolio en el uso de la fuerza no se lo atribuye el poder constituido como garantía de su permanencia sin ulteriores consecuencias: responde al esquema que traza nuestro texto constitucional en su artículo primero y desarrolla en todo su articulado, especialmente en el título primero. Ni en el marco constitucional, ni en la clave personalista que en mi opinión se sigue del mismo (vid. supra 4.A.I),<sup>117</sup> puede a mi juicio ponerse ningún reparo al monopolio estatal en el uso ordinario de la fuerza en cuanto bien jurídico-penal.<sup>118</sup>

#### *4.C.I.b.- La forma de afectación.*

Pues bien, así precisado el alcance del bien jurídico correspondiente, queda por establecer de qué manera afecta la conducta típica al mismo. Parece evidente, si lo que se pretende tutelar es el monopolio estatal en el uso de la fuerza, que la afectación se produce no por la finalidad de realizar un derecho, sino por el empleo de medios violentos. El elemento subjetivo en cuestión, en cuanto supone una pretensión que se cree conforme al ordenamiento -ya lo he afirmado antes (supra, 1.B.II)- puede minorar el injusto, pero no fundamentarlo.<sup>119</sup> Precisamente en cuanto minoración del contenido de injusto se explica su relevancia; sobre este extremo volveré en el apartado siguiente.

---

<sup>117</sup> Lo que no cuestiona la relevancia *política* de este bien jurídico (por todos, **Montero Aroca**, pág. 17), sino perfila en qué concreto orden político ha de entenderse.

<sup>118</sup> Son reproducibles aquí las argumentaciones que en este sentido desarrollé en torno al 'aparato estatal puesto para la realización del valor justicia' (supra, 4.B.I in fine), en que se integra el 'monopolio estatal en el uso de la fuerza'. Si bien este último no sería ya catalogable, a mi juicio, entre los bienes jurídicos 'institucionales', sino entre los 'de control', en el sistema de **Bustos Ramírez**, "Los bienes...", págs. 200 s. ('aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones'), respecto de los que las cautelas frente a su tutela punitiva deben extremarse (ibidem).

<sup>119</sup> En esta línea, **Escobedo**, "Ancora sul diritto...", cols. 1228 s.: 'La violencia es el fundamento del delito. El fin de ejercer un pretendido derecho es una atenuante de aquella violencia y, lejos de ser la razón fundamental de la punición, es la razón fundamental por el contrario de la atenuación de la punición misma'. Vid. asimismo **Manzini**, *DP*, nº 1786; o, entre nosotros, **García Arán**, "Consideraciones...", pág. 523.

La cuestión es, en cuanto aquí interesa, si el recurso a la fuerza por el particular supone una lesión o una mera puesta en peligro del objeto de tutela. Y, en esta sede, conviene hacerse eco de la advertencia de GILI PASCUAL en torno a los peligros que encierra la técnica legislativa y doctrinal que ‘a la designación de un concepto de enorme amplitud semántica como bien jurídico (v.gr. Administración de Justicia)’ hace seguir una caracterización del delito ‘en el plano del desvalor, como *de peligro abstracto*, y, en el plano estructural, como *de mera actividad*’.<sup>120</sup> No es casual: de hecho, está bastante extendida la opinión de que realmente éste es el instrumento adecuado para la tutela de ciertos bienes jurídicos colectivos.<sup>121</sup> El problema, sin entrar a cuestionar la categoría de delitos de peligro abstracto en cuanto tal,<sup>122</sup> es que en el esquema descrito el bien jurídico queda desvirtuado hasta el punto de no poder cumplir las funciones que se le han asignado, y estamos a un paso de afirmar infracciones de mera desobediencia. En efecto, desde la perspectiva personalista que asumo, resulta innegable que la conceptualización de bienes jurídicos colectivos supone un esfuerzo de abstracción, con frecuencia necesario,<sup>123</sup> para adelantar o ampliar los límites de lo punible. Si a continuación se castiga no ya la lesión, sino el peligro abstracto para ese bien jurídico colectivo, se ha efectuado un segundo adelantamiento que supone un efecto multiplicador del alejamiento respecto del objeto último de tutela, la persona. Creo que la construcción, desde el punto de vista garantista, resulta evanescente, y desde el punto de vista técnico, artificiosa. Pero, ante todo, innecesaria.

---

<sup>120</sup> Gili Pascual, págs. 149 y 446 s.

<sup>121</sup> Vid. Hassemer, “Lineamientos...”, págs. 279 s.; Muñoz Conde, “Protección...”, pág. 571; y Sgubbi, pág. 480.

<sup>122</sup> En la que Hassemer/Muñoz Conde, pág. 147, ven un ‘sombrero de Gesler’, propugnando relegarla al ámbito de las infracciones administrativas.

<sup>123</sup> Cuando menos para aquellos bienes jurídicos en que es difícilmente determinable un referente individual que permitiera castigar la conducta en cuanto peligro para el mismo... lo que no significa que la conducta no sea peligrosa para las personas.

Y es que la lesión de un bien jurídico colectivo no debe asimilarse a su total desaparición de la realidad social:<sup>124</sup> como cualquier otro bien jurídico, pueden lesionarse sin ser totalmente eliminados; e incluso especialmente más que otros, porque con frecuencia poseen una *elasticidad* que los hace susceptibles de sufrir un indeterminado número de lesiones, permitiendo incluso la progresión de éstas, antes de su efectiva desaparición. De hecho, si se quiere ver peligro y no lesión en toda afectación que no suponga la absoluta eliminación del objeto de tutela, al final respecto de algunos bienes lo que no podrá afirmarse nunca es la efectiva lesión (piénsese en que un particular difícilmente podría por sí solo hacer desaparecer absolutamente la mayor parte de los bienes jurídicos colectivos), planteándose la paradoja de castigar el peligro de una lesión... que no es posible. Por el contrario, definiendo el objeto de tutela en términos precisos, que lo hagan susceptible de efectiva afectación, será posible afirmar su lesión mucho antes de que deje de existir; y de hecho, realizada la abstracción para la configuración del bien jurídico colectivo, y partiendo -como no puede ser menos- de un concepto normativo de lesión, lo que resulta difícil es concebir la sola puesta en peligro no constitutiva de lesión de este bien.<sup>125</sup> Creo, pues, que se puede y se debe acudir a configurar estos delitos como delitos de lesión para el bien jurídico colectivo.

Pues bien, en esta línea, el empleo de la fuerza por el particular, fuera de los casos en que excepcionalmente éste está permitido, supone una lesión del monopolio estatal en el uso de la fuerza. El monopolio se lesiona con cada injerencia en el mismo no autorizada; la pretendida necesidad, para afirmar que se ha lesionado este bien jurídico, de una generalización de las conductas

---

<sup>124</sup> Así Díez Ripollés, “El bien jurídico...”, pág. 18; y, sobre la ‘Administración de Justicia’, Gili Pascual, pág. 173.

<sup>125</sup> Cuestiona que quepa hablar de peligro respecto de bienes jurídicos perturbables pero no lesionables materialmente Doval Pais, *Delitos...*, págs. 261 s. Vid. Bustos Ramírez, “Los bienes...”, pág. 198; Díez Ripollés, “El bien jurídico...”, págs. 18 s.; y Doval Pais, “Estructura...”, págs. 45-48, y *Delitos...*, págs. 259 ss.

violentas de los ciudadanos, está confundiendo la lesión del bien jurídico con su total desaparición del sistema.<sup>126</sup>

Ahora bien, lo que se lesiona es el monopolio estatal en el uso de la fuerza, no la utilización reglada de ésta.<sup>127</sup> Aunque sólo sea porque en la utilización reglada no se produce injerencia, dado que la actuación violenta del particular es antijurídica precisamente por escapar a esa regulación del uso de la fuerza, por no estar reglada. Y precisamente en esta línea conviene insistir en que, aunque aparezca estrechamente vinculado a la 'Administración de Justicia' (vid. 4.C.I.a), el monopolio estatal en el uso de la fuerza no se identifica con ésta, ni con ninguna de sus expresiones en sentido estricto: la actuación violenta del particular carece de la irrevocabilidad técnica que corresponde a la potestad ejecutiva jurisdiccional. No puedo compartir las reconstrucciones de este delito que cifran el bien jurídico en torno a la idea de suplantación de la jurisdicción en la coerción reglada para la resolución de conflictos,<sup>128</sup> limitando el ámbito típico conforme a este delito a aquello que los tribunales hubieran impuesto coactivamente y relegando otros supuestos de empleo de la fuerza para realizar un derecho a diferentes tipos penales.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Del mismo modo que un homicidio no destruye el valor vida, pero sí lo lesiona, siguiendo el ejemplo propuesto por Colás Turégano, pág. 56 (quien, sin embargo -pág. 70- acaba por entender que en el delito de rapd el bien jurídico colectivo sólo se pone en peligro).

<sup>127</sup> Aquí es donde difiero de la determinación del bien jurídico que realiza Colás Turégano, *El delito...*, págs. 57 s. ('exclusividad ad extra en la utilización reglada de la violencia'), y en su respuesta a Magaldi Paternostro, pág. 1157.

<sup>128</sup> V.gr. Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 59 ss.; y Colás Turégano, *El delito...*, págs. 32 ss. y 57. Precisamente por ello insistí al definir el bien jurídico correspondiente al título XX en que no se ceñía a la potestad jurisdiccional, y en que alcanzaba la cobertura del aspecto estático (poderes atribuidos y presupuestos) junto a la del dinámico (actividad de la administración de justicia).

<sup>129</sup> Sobre este punto, por demás, resultan decisivos tanto mi posicionamiento respecto del elemento finalístico del tipo (infra, cap. 5) como la constatación de las diferencias entre el 'potendo ricorrere al giudice' del delito italiano y nuestro 'actuando fuera de las vías legales' (vid. cap. 6). Baste con adelantar que en nuestro sistema la tutela judicial efectiva del art. 24 CE impide sacar del tipo los supuestos en que procedía un *previo* proceso administrativo, e insistir en que a mi juicio el conflicto no es ni esencial ni necesario para este delito; remitiendo, además, para los problemas concursales a los caps. 7 y 9.

#### 4.C.II.- Principales consecuencias de la opción realizada.

Afirmado que el bien jurídico protegido es el monopolio estatal en el uso de la fuerza, no puede negarse que todo empleo de fuerza por los particulares, fuera de los casos excepcionalmente permitidos, resulta idóneo para lesionarlo. Y entonces, ¿por qué se configura el delito, junto al elemento esencial que es la violencia, en torno a un específico elemento finalístico que además, según queda argumentado, sólo puede conceptuarse en cuanto minorador del contenido de injusto? Indudablemente, no porque en los supuestos en que se emplee violencia para fines distintos de realizar un derecho no resulte afectado el que aquí se señala como objeto de tutela.

El hecho de que precisamente cuando se insiste en la afectación de este bien jurídico la sanción se vea minorada ha suscitado extrañeza para algún sector doctrinal.<sup>130</sup> Y, sin embargo, tiene una explicación coherente: todo empleo de violencia antijurídica afecta al monopolio estatal en el uso de la fuerza, pero esta afectación sólo cobra el carácter de esencial al delito cuando no aparece junto a ella la lesión principal de otro bien jurídico para cuya protección se articula el citado monopolio. En tanto se afecten principalmente la libertad, la intimidad, el patrimonio u otros bienes que reciben tutela directa por los correspondientes tipos penales, la lesión del monopolio estatal en el uso de la fuerza, que no deja de ser instrumento para la tutela mediata de aquéllos, se resolverá en consunción con el castigo específico para el atentado contra los mismos. Sólo cuando aparece la finalidad de realizar un derecho propio, con la consiguiente reducción del contenido de desvalor de acción de la conducta,<sup>131</sup> entra en juego el delito especialmente previsto al efecto que es el del art. 455 del CP, delito que atiende

---

<sup>130</sup> V.gr. en Italia Antolisei, *PS*, págs. 522 s.; y entre nosotros Magaldi y García Arán, pág. 1157.

<sup>131</sup> Sobre la no necesaria disminución del desvalor de resultado, *infra*, 5.A.II.b.2. Como señala Colás Turégano, *El delito...*, pág. 30, el momento subjetivo en este delito no es fundamento del injusto, pero contribuye a concretar el injusto específico frente a otros tipos.

principalmente a la lesión del bien jurídico colectivo y no a las eventuales lesiones -minoradas-<sup>132</sup> de los bienes individuales.<sup>133</sup>

De este esquema se siguen dos consecuencias principales que interesa ahora destacar. Por una parte, de no existir el art. 455 del CP los supuestos incardinables en el mismo serían en todo caso punibles de acuerdo con los tipos que protegen los bienes jurídicos específicamente afectados;<sup>134</sup> otra cosa sería afirmar que hay casos en que se castiga *porque* se ha querido realizar un derecho, lo que ya he repetido que no me parece sostenible. Si la conducta desarrollada no es penalmente antijurídica por sí, el fin de realizar un derecho puede acercarnos a la causa de justificación del art. 20.7º del CP, pero no a la configuración de un injusto. Por otra parte, el delito en estudio se articula respecto de todos estos tipos que serían aplicables en su defecto en relación preferente por subsidiariedad tácita,<sup>135</sup> dado que de no estimarse así nunca llegaría a aplicarse, siendo siempre desplazado por delitos con mayor contenido de injusto o más gravemente penados.

Baste, por ahora, con lo afirmado, sin perjuicio de seguir perfilándolo al concretarlo en los capítulos que siguen.

---

<sup>132</sup> En la minoración del contenido de injusto insistían **Bajo Fernández**, *La rapd*, pág. 61; y **De la Mata Barranco**, *La rapd*, págs. 59 s., señalando 'inclusiones no cumulativas' de otros desvalores minorados en el que señalaba como bien jurídico.

<sup>133</sup> La otra solución posible para evitar la igual punición de supuestos con diferente contenido de injusto hubiera sido, bien recurrir a una atenuante genérica (como propone v.gr. **Del Moral García**, pág. 1176), bien definir específicas graduaciones de consecuencias jurídicas en cada delito cuando concurra el elemento finalístico en cuestión (como proponía **De la Mata Barranco** *La rapd*, pág. 94). Creo preferible el modelo unitario adoptado por nuestro legislador, siquiera para evitar dispersión normativa y posibles desproporciones en las consecuencias jurídicas.

<sup>134</sup> Con los matices correspondientes a las diferentes descripciones típicas, y especialmente a aquellas que requieren elementos subjetivos que puedan resultar incompatibles con la finalidad de realizar un derecho propio, que determinará respecto de las mismas la atipicidad; vid. caps. 5, 7 y 9. Vid. además supra, 3.A; **Antolisei**, op. et loc. ult. cit.; y **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 35.

<sup>135</sup> Que no de especialidad, porque no pertenecen a un género común de delitos. Volveré sobre el tema en el cap. 9.

II





## Capítulo 5

### La finalidad de realizar un derecho propio.

*A.- 'PARA REALIZAR UN DERECHO PROPIO'. I.- Antecedentes y propuestas de interpretación. II.- Toma de postura. II.a.- Los elementos subjetivos especiales del tipo. II.a.1.- Clases y función sistemática. II.a.2.- Consecuencias dogmáticas. II.b.- El ánimo de realizar un derecho propio. II.b.1.- Elemento subjetivo del tipo. II.b.2.- Elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto. II.b.3.- Relación con el ánimo de lucro. B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (I). I.- Autoría, coautoría y autoría mediata. I.a.- La actuación en nombre de otro. I.b.- La posibilidad de comisión por omisión (remisión). II.- Inducción y cooperación necesaria. III.- Complicidad. C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (I). I.- Posiciones mantenidas acerca del error sobre el 'derecho propio'. II.- Toma de postura.*

La descripción típica del artículo 455 del CP comienza requiriendo que la conducta se instrumente con una determinada finalidad, la realización de un derecho propio. El significado y el alcance de este inciso, que son objeto del presente capítulo, tienen en la comprensión del precepto una importancia fundamental.

En efecto, la conducta que integra el delito de realización arbitraria del propio derecho en nuestro ordenamiento vigente viene configurada por la confluencia de tres elementos: uno de carácter objetivo (el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas; vid. infra cap. 7), otro de carácter normativo y negativo (actuando fuera de las vías legales; vid. cap. 6), y una determinada orientación finalística, de la que ahora nos ocupamos. Pues bien, la finalidad de realizar un derecho propio, que a mi juicio no puede concebirse en ningún caso como fundamento del injusto, sí supone una importante modulación del mismo.<sup>1</sup> De hecho, es la concurrencia de este elemento la que deslinda el campo de aplicación del delito de realización arbitraria del propio derecho del de los delitos a los que en otro caso corresponde el tratamiento punitivo del empleo de la fuerza. Su análisis deviene pues nuclear para el estudio que nos ocupa, porque

---

<sup>1</sup> Vid. supra 1.B.II y 4.C. En la misma línea, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 30.

determina el significado penal y el consiguiente tratamiento del empleo de la fuerza por el particular.

Dedicaré para ello en este capítulo un primer apartado a señalar las conclusiones indicadas por la doctrina española en su estudio del inciso ‘para realizar un derecho propio’ del art. 455 del CP, insistiendo en las diferencias con el ‘para hacerse pago con ella’ del precepto anterior. A partir de aquí, tomaré postura en cuanto a la interpretación que me parece más adecuada, lo que requiere un previo posicionamiento en cuanto a los elementos subjetivos especiales de los tipos penales y su naturaleza y función sistemática, así como un esfuerzo de deslinde con otras finalidades penalmente relevantes. De todo ello extraeré conclusiones en sede de autoría y participación en este delito y en materia de error.

### **5.A.- ‘PARA REALIZAR UN DERECHO PROPIO’.**

El tenor literal del precepto cuyo estudio nos ocupa asocia a una determinación genérica y amplia del sujeto activo el requisito de una determinada finalidad: ‘El que, para realizar un derecho propio, [...]’. La naturaleza, alcance y función sistemática del elemento finalístico en cuestión es el objeto de este primer epígrafe; los siguientes se destinan a extraer consecuencias en sede de autoría y participación y en materia de error.

#### ***5.A.I.- Antecedentes y propuestas de interpretación.***

El art. 337 del CP de 1944, en línea de continuidad con sus precedentes en la tradición legislativa española,<sup>2</sup> configuraba el delito de realización arbitraria del propio derecho conminando al que ‘con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor *para hacerse pago con ella*’. El actual art.

455 del CP atiende al que ‘*para realizar un derecho propio*, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas’. Las diferencias del ámbito típico y del alcance del elemento subjetivo son de notable importancia, aunque doctrina y jurisprudencia no siempre hayan percibido suficientemente del alcance de sus consecuencias.

Es lugar común la afirmación de que el precepto vigente amplía el ámbito de aplicabilidad del delito respecto de su precedente, al no ceñirse sólo al derecho al pago,<sup>3</sup> sin que se cuestione que todos los supuestos que entraban en el anterior precepto caben en el nuevo al ser el ánimo de hacerse pago una modalidad del de realizar un derecho propio.<sup>4</sup> Menos concorde, dentro de una cierta homogeneidad, resulta la exacta delimitación de los ‘derechos’ que podrían verse recogidos en el tenor del precepto; y, sin embargo, no es extraño que se afirme desde uno u otro punto de partida que siguen siendo necesarios los requisitos que doctrina y jurisprudencia fijaron en el análisis del precepto del CP anterior: habría de tratarse de una obligación lícita, vencida y exigible.<sup>5</sup> Se excluirían, pues, del ámbito del precepto las deudas ilícitas<sup>6</sup> y las pretensiones carentes de base jurídica; el alcance de lo efectivamente comprendido en la norma es más debatido.

---

<sup>2</sup> Vid. supra 2.B.

<sup>3</sup> Cancio Meliá, págs. 1195 s.; Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 161; Fernández García y López Moreno, pág. 626; Landecho Velasco y Molina Blázquez, pág. 461; Luzón Cuesta (2001), pág. 297; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 181; Martín Canivel, págs. 133 ss.; Mora Alarcón, pág. 625; Del Moral García, pág. 1776; Moyna Ménguez, J., *Código penal* (6ª ed., 2001), pág. 910; SSTS de 1-III-1999 (A1289) y 13-III-2000 (A1468); SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33); y esp. González Rus, “Delitos...”, págs. 486 s.; y Quintero Olivares, “Art. 455”, págs. 1340 s. Respecto de la interpretación del ‘para hacerse pago con ella’ en el CP de 1944, supra, 2.B.II, especialmente apartado c.

<sup>4</sup> Expresamente, González Rus, “Delitos...”, pág. 491. Contra, aisladamente, afirma sin detenerse en ello que la nueva redacción del elemento finalístico excluye del tipo la apropiación de cosa distinta de la debida que fuera propiedad del deudor Martín Canivel, pág. 142.

<sup>5</sup> Colás Turégano, *El delito...*, pág. 69; González Rus, “Delitos...”, pág. 488; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 183; SSTS de 22-XII-1998 (A10060) y 31-III-2000 (A3490).

<sup>6</sup> Ejemplificando con las precedentes del tráfico de drogas, Del Moral García, pág. 1776; con la prostitución masculina, González Rus, “Delitos...”, pág. 489.

Para unos, cabría en la actual redacción ‘cualquier derecho’,<sup>7</sup> en tanto sea en propiedad tal, esto es, responda al Derecho positivo y resulte exigible de algún modo. Esto último, unido al carácter ‘propio’ del derecho que requiere el tipo, obliga a excluir en todo caso supuestos del orden de mera apelación a intereses generales, a derechos colectivos o a ‘derechos sociales constitucionales’.<sup>8</sup>

Otros, partiendo de consideraciones relativas al que señalan como bien jurídico, buscan la afectación de la ‘Administración de Justicia’ insistiendo en la necesidad de que se busque realizar un derecho tal y en forma tal que fuera posible para lograrlo el recurso a los tribunales;<sup>9</sup> incluso, se afirma en ocasiones, es precisa la ‘contenciosidad’ del mismo: una situación previa de desconocimiento, lesión o incumplimiento.<sup>10</sup> En esta línea, sobre la base del carácter ‘propio’ del derecho en cuestión, se señala que éste ha de ser un *derecho subjetivo*,<sup>11</sup> y para algunos cualificado. Así, mientras desde posiciones ya declaradamente restrictivas se admiten derechos reales y de crédito, obligaciones de dar, hacer y no hacer,<sup>12</sup> desde líneas aún más estrictas (COLÁS TURÉGANO) se acota el ámbito de relevancia a los supuestos en que aquello que concretamente se pretende puede ser impuesto por los tribunales con exclusión de deberes incoercibles y cumplimiento específico de obligaciones de hacer o no hacer que no pueda imponerse legalmente...<sup>13</sup> lo que acaba por hacer ‘coincidir sustancialmente con la interpretación que de manera mayoritaria se hacía de su

---

<sup>7</sup> Así v.gr. López Barja de Quiroga, “La Administración...”, pág. 539; Serrano Gómez, A./Serrano Maíllo, A.: *Derecho penal: parte especial* (6ª ed., 2001), pág. 824; Vázquez Iruzubieta, pág. 599; SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33). Con más matices, Martín Canivel, págs. 137, 140 s. y 145.

<sup>8</sup> González Rus, “Delitos...”, pág. 488; Quintero Olivares, “Art. 455”, pág. 1342.

<sup>9</sup> Así, restringiendo al ámbito de protección o defensa del derecho, Beneytez Merino, pág. 4251 s.; insistiendo en el monopolio de la coacción estatal, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 34.

<sup>10</sup> Beneytez Merino, págs. 4250 ss.; Colás Turégano, *El delito...*, págs. 28 y 103.

<sup>11</sup> Beneytez Merino, pág. 4251; Fernández García y López Moreno, pág. 615. Salvando no obstante los derechos de resarcimiento individual derivados de la lesión de derechos colectivos, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 134.

<sup>12</sup> Beneytez Merino, pág. 4251; Fernández García y López Moreno, págs. 615-619, con expresa exclusión de otros supuestos (derechos constitucionales, derecho de retención, derechos corporativos...).

antecesor' el ámbito típico, apenas ampliado a los supuestos de lanzamiento extrajudicial de inquilinos.<sup>14</sup>

En todo caso, con independencia de los derechos a los que se entienda que puede ir referido, es doctrina común que el inciso 'para realizar un derecho propio' constituye un elemento subjetivo del tipo<sup>15</sup> (de injusto<sup>16</sup>), elemento subjetivo del injusto,<sup>17</sup> o dolo específico.<sup>18</sup> Afirmación, por demás, de la que raramente se extraen consecuencias más allá de un genérico rechazo de la posibilidad de comisión imprudente;<sup>19</sup> lo cual, dado el actual sistema de *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia, era en todo caso evidente.

### 5.A.II.- Toma de postura.

A mi juicio, cualquier posicionamiento en esta sede exige una aclaración previa: el delito del art. 337 del CP de 1944 y el del art. 455 del vigente CP configuran el delito de realización arbitraria del propio derecho de forma esencialmente diversa. En efecto, el código anterior acudía a la configuración de un delito especial en base a una relación jurídica obligacional efectivamente existente y reconocible como presupuesto del tipo, en cuanto éste requería la condición de acreedor en el sujeto activo y describía una conducta de objetivo apoderamiento de cosa perteneciente al deudor para -sólo entonces- añadir el filtro del elemento subjetivo finalístico. El texto vigente, por el contrario, no

---

<sup>13</sup> En la misma línea, en Italia, se pronunciaba ya F. Alimena, col. 36.

<sup>14</sup> Colás Turégano, *El delito...*, págs. 133-135. La autora excluye, además, por falta de previo incumplimiento, la imposición del respeto universal de los derechos reales (pág. 68).

<sup>15</sup> Beneytez Merino, pág. 4254, entendiendo 'que sirve para trazar la línea divisoria respecto de otras figuras'; Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162; Landecho Velasco y Molina Blázquez, pág. 461.

<sup>16</sup> Colás Turégano, *El delito...*, pág. 101.

<sup>17</sup> Fernández García y López Moreno, pág. 623; González Rus, "Delitos...", pág. 491; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 183; Mora Alarcón, pág. 626; STS de 1-III-1999 (A1289); SAP de Las Palmas de 5-X-2000 (AA3331) y SAP de Huesca de 16-V-2000 (AA2112).

<sup>18</sup> Mora Alarcón, pág. 626; Vázquez Iruzubieta, pág. 599; SSAP de Toledo de 11-V-1998 (AA1774) y 5-II-2001 (AA33), y de Burgos de 26-VI-1997 (AA1216).

<sup>19</sup> 'Culposa', para ser exactos (así, Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 183; y Mora Alarcón, pág. 626), en un automatismo que creo cuestionable (vid. infra A.II.a.2.i).

requiere objetivamente sino el empleo fuera de vías legales de violencia, intimidación o fuerza en las cosas (que pasan así de ser medios comisivos a integrar todo el elemento objetivo de la acción típica; vid. infra cap. 7); el ‘derecho’ del sujeto activo cobra aquí sólo relevancia en el elemento subjetivo.<sup>20</sup> Y sólo en él, porque no puede nunca alcanzar al uso de la fuerza, que precisamente se caracteriza por resultar ‘fuera de las vías legales’.<sup>21</sup>

Esto sentado, procederé a interpretar el elemento ‘para realizar un derecho propio’ del precepto; pero, insisto, se trata de un elemento subjetivo del tipo, no de un referente objetivo. E insisto en ello porque el cambio radical de la configuración típica en ambos preceptos impide mantener hoy muchos criterios que con el texto derogado resultaban perfectamente coherentes, y que con frecuencia arrastran aún doctrina y jurisprudencia... cuando no son ya sostenibles.

El primer paso es pues, forzosamente, una breve reflexión sobre la naturaleza y función sistemática de los elementos subjetivos especiales del tipo penal. Sólo desde esta base puede, me parece, resolverse adecuadamente el problema interpretativo.

#### **5.A.II.a.- Los elementos subjetivos especiales del tipo.**

A mi juicio, es difícilmente discutible que existen en nuestro Derecho vigente tipos penales cuyo alcance no puede comprenderse sin atender a determinados momentos subjetivos referidos a la persona del autor y que no se corresponden con la conducta cuya realización material objetiva requiere el precepto.<sup>22</sup> Si faltan estos elementos subjetivos no puede afirmarse la

---

<sup>20</sup> Contra, entienden que la ‘relación jurídica obligacional’ sigue siendo elemento del tipo STS de 31-III-2000 (A3490) y SSAP de Barcelona de 28-IV-2000 (AA968) y de Las Palmas de 5-X-2000 (AA3331).

<sup>21</sup> Vid., en cuanto a esto, infra, cap. 6, y supra, I.B.

<sup>22</sup> De esta cuestión se ocupa la doctrina italiana en sede del denominado ‘dolo específico’, que surge de algunos trabajos de parte especial de CARRARA (Carrara, F., “Fine e mezzi” (*Opuscoli VII* (4ª ed., 1899), págs. 471-491), y “Furto...”) y encontró amplio eco de la mano de la ‘Scuola Positiva’; vid. Florian, E., *La teoria psicologica della diffamazione* (2ª ed., 1927), págs. 16-24 y prefacio de FERRI; y Ferri, E., *Sociologia criminale* (2ª ed., 1907), nº 68; y *Principii di Diritto criminale* (1928), pág. 441. La doctrina italiana actualmente dominante entiende que se trata de un dolo -con la misma estructura psicológica que éste- ‘excedente’

respecto de aquello que objetivamente requiere la consumación del delito: vid. **Antolisei**, *PG*, págs. 355 s.; **Bettiol/Pettoello Mantovani**, pág. 514 s.; **Bricola**, F., “Cosiderazioni esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata” (*Archivio Penale* 1960-II, págs. 63-77), y “Teoria...”, pág. 87; **Fiandaca y Musco**, *PG*, pág. 324 s.; **Finzi**, M., “Il cosiddetto ‘dolo specifico’: volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d’execuzione di un reato” (*LH-Rocco I* (1952), págs. 381-407); **Gelardi**, *passim*; **Malinverni**, A., *Scopo e movente nel Diritto penale* (1955), *passim*; **Mantovani**, págs. 234 y 331; cf., con matices, **Musotto**, G., “Il problema del dolo specifico” (*LH-Antolisei II* (1965), págs. 361-371)), y **Pagliaro**, A., *Principii di DP PS* (1977), pág. 225. Sin embargo, no faltan quienes lo releen en términos objetivos (vid. **Stortoni**, L., *L’abuso di potere nel Diritto penale* (1976), pág. 84) o buscan un ‘fin-causa’ que da lugar a un esquema conceptual que se cierra en la consumación (en sentido subjetivo, **Pannain**, R., *Manuale di DP II I* (1957), pág. 394; en sentido objetivo, **Carnelutti**, *passim*, y **Picotti**, *passim*).

La doctrina alemana, por su parte, aborda la cuestión en sede de los denominados ‘elementos subjetivos del tipo’ (o del injusto), que surgen a principios del siglo XX frente a la estricta atribución de lo objetivo al injusto y lo subjetivo a la culpabilidad que planteara el sistema clásico de **Beling**, E., *Die Lehre vom Verbrechen* (1906); y **v.Liszt**, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (11ª ed., 1902) (señala **Sacher de Köster**, M., *La evolución del tipo subjetivo* (1998), pág. 15, que su construcción absolutamente objetiva del ilícito se apoya en la separación ‘vertical’ entre ilícito y culpabilidad que planteara **v.Jhering**, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867)): vid. el surgimiento de la categoría en los trabajos de **Hegler**, A., “Die Merkmale des Verbrechens” (*ZStW* 1915), págs. 31-34 y 184; y **Mayer**, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1915), págs. 11 s., 106 s., y 185-188; el antecedente inmediato debe buscarse en **Fischer**, H.A., *Die Rechtswidrigkeit: mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* (1911); abundaron inmediatamente en el tema **Hegler**, A., “Die Systematik der Vermögensdelikte” (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1915-1916), pág. 281; “Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft” (*LH-Reichsgericht* (1929), págs. 305-321); y “Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs” (*LH-Frank I* (1930), págs. 251-338); y **Mezger**, E., “Die subjektiven Unrechtselemente” (*GS* 1924, págs. 207-314); “Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände” (*LH-Traeger* (1926)); *Tratado*, § 20; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1949), págs. 20-24. La doctrina en cuestión fue objeto de una generosa atención y se consolidó en breve (vid. v.gr. **Engisch**, K., *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930), págs. 62 s., y “Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen” (*LH-Rittler* (1957), págs. 165-183); **Frank**, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (17ª ed., 1926), § 59 VI; **v. Hippel**, R., *Deutsches Strafrecht II* (1930), págs. 188 y 196; **Mayer**, H., “Der bidende Befehl im Strafrecht” (*LH-Frank I* (1930)), pág. 619, y *Strafrecht AT* (1953), págs. 104 s.; **Sauer**, W., *Allgemeine Strafrechtslehre* (3ª ed., 1955), págs. 68 s. -en sentido diverso antes en *Grundlagen des Strafrechts* (1921)-; **Schudt**, R., *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung* (1951); y **Wolf**, E., “Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit” (*LH-Pappenheim* (1931), págs. 379-439) -aunque de criterio diverso en su obra posterior *Vom Wesen des Täters* (1932), págs. 21 ss.-. Para una recensión sistematizada, **Sieverts**, R., *Beiträge zur Lehre den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht* (1934)), sin que las voces críticas pudieran impedirlo (cfr. **Beling**, E., *El rector de los tipos de delito* (1936), *passim*; **Class**, W., *Grenzen des Tatbestandes (Strafrechtliche Abhandlungen 323* (1933)), págs. 108-115, 175-181 y 184 s.; **Goldschmidt**, J., “Normativer Schuld-begriff” (*LH-Frank I* (1930), págs. 428-468); “Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato: a proposito di un recente libro di F. Carnelutti” (*RIDP* 1934), págs. 441-443, y *Metodología jurídico-penal* (1935), pág. 27; **Kandeka**, F., “Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff” (*ZStW* 1940), pág. 17; **Oehler**, D., *Das objektive Zweckmoment in der*



*rechtswidrigen Handlung* (1959), passim; Rittler, T., *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I* (2ª ed., 1954), págs. 121-125; Wegner, A., *Strafrecht AT* (1951), págs. 110 s.; y Zimmerl, L., *Zur Lehre vom Tatbestand (Strafrechtliche Abhandlungen 237* (1928)), esp. págs. 29-50)). Para un deslinde con los ‘elementos de la actitud interna’ (*Gesinnungsmerkmale*), vid. Gallas, W., “Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen” (*ZStW* 1955), pág. 46; Hardwig, W., “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht” (*ZStW* 1956, págs. 14-40); Jakobs, PG, II.1. n° 87-99; Jescheck/Weigend, págs. 472 s.; Mir Puig, S., “Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand” (*LH-Kaufmann* (1989), pág. 257); Roxin, AT, § 10, n° 78-82; Schmidhäuser, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* (1958), passim; *Strafrecht AT Lehrbuch* (2ª ed., 1975), n° 8/93 y 10/124, y *Strafrecht AT Studienbuch* (2ª ed., 1984), n° 5/93 y 7/130; Stratenwerth, G., “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale” (*LH-Weber* (1963), págs. 171-191); y Welzel, H., *Strafrecht*, págs. 78-80. Sobre la interrelación entre la expansión de la doctrina de los elementos subjetivos del injusto y el Derecho penal de autor, vid. Braun, W., *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts* (1936), esp. pág. 102; Hardwig, págs. 23 s.; y Huber, W., *Gibt es auch in den Verbrechenbeschreibungen des kommenden deutschen Strafrechts subjektive Unrechtselemente?* (1938), passim. Conectan la construcción de los elementos subjetivos del injusto con la posterior elaboración de la doctrina final de la acción (que, por demás, no supuso la desaparición dogmática de los elementos subjetivos del injusto típico distintos del dolo; vid. Welzel, H., *Der AT des deutschen Strafrechts* (3ª ed., 1944), § 13) Busch, R., *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre* (1949), págs. 5 ss.; Gallas, pág. 5; Jescheck, H.-H., “Die Entwicklung des Verbrechenbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre” (*ZStW* 1961), pág. 206; Maihofer, W., “Der Unrechtsvorwurf: Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre” (*LH-Rittler* (1957)), pág. 141; Maurach, R./Zipf, H., *Strafrecht AT I* (3ª ed., 1992), § 20 n° 13; Mezger, *Moderne Wege*, pág. 23; Oehler, pág. 14; Sacher de Köster, pág. 16; y Welzel, H., “Studien zum System des Strafrechts” (*ZStW* 1939), n. 43 en pág. 522. En la doctrina actual, sobre estos elementos, vid. v.gr. Jakobs, PG, II.1 n° 88 ss.; Jescheck/Weigend, § 80; Lenckner, T., “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.” (SCHÖNKE/SCHRÖDER (26ª ed., 2001)), n° 61-63; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 2 n° 40; Maurach/Zipf, § 20 y § 22 n° 51 ss.; y Roxin, AT, § 10. En cuanto a su relación con el dolo y la problemática del error, vid. Cramer, P./Sternberg-Lieben, D., “§15” (SCHÖNKE/SCHRÖDER (26ª ed., 2001)), n° 24; y Lackner/Kühl, § 15 n° 8.

La doctrina española atendió pronto a la construcción alemana (vid. Guallart López de Goicoechea, J., “Los elementos subjetivos de la antijuridicidad” (*Universidad* 1931, págs. 847-885), y sobre todo de las traducciones de Mezger, *Tratado*, anotada por RODRÍGUEZ MUÑOZ (1ª ed., 1935; 2ª ed., 1955); y Maurach, R., *Tratado de Derecho penal* (1962), anotada por CÓRDOBA RODA), favorablemente acogida (desplazando en breve la terminología italiana del ‘dolo específico’, con frecuencia en sustitución terminológica sin revisión del alcance de la categoría que con razón criticaba Rodríguez Mourullo, G., “La presunción legal de voluntariedad” (*ADPCP* 1965), pág. 50 y n. 82, citando las SSTS de 31-X y 17-XII-1962): vid. v.gr. Antón Oneca, J., *Derecho penal I* (1949), págs. 179 s.; Barbero Santos, M., “El bandolerismo en la legislación vigente” (*ADPCP* 1970), págs. 266-279; Córdoba Roda, J., *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista* (1963), págs. 18 ss.; Díaz Palos, págs. 676-678; Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho penal III* (1951), n° 1209-1222 y 1233 -cf. su posicionamiento contrario en *La teoría jurídica del delito* (1931), págs. 53 ss.-; Rodríguez Devesa, págs. 200-206; Rodríguez Mourullo, “La presunción...”, págs. 62-65; y Rodríguez Muñoz, J.A., *La doctrina de la acción finalista* (1953), págs. 135 s.; contra. aisladamente, Quintano Ripollés, A., *Curso de DP I* (1963), págs. 357 s. Sin embargo, no ha sido objeto de especial atención entre nosotros; destacada excepción la tesis de Polaino Navarrete, *Los elementos...* También en nuestro idioma, de tierras iberoamericanas, Franco Guzmán, R., *La*

conurrencia del delito en cuestión, la conducta desarrollada es penalmente indiferente salvo que quede recogida por otro tipo penal;<sup>23</sup> y es que su *incongruencia* con la conducta objetivamente descrita requiere precisamente que no resulten implícitos en ésta, que le añadan algo que sin ellos no estaría y que la norma exige para integrar el ámbito de tipicidad. Eso sí, añadan algo a la conducta objetivamente descrita, con la que resultan ‘incongruentes’; pero no a la acción, porque *son* acción.

Cuando el tipo requiere un propósito, una finalidad subjetiva, esta puede no plasmarse en la intención referida a la conducta objetiva, trascenderla o confundirse con ella; pero en todo caso el tipo de acción en cuestión no puede definirse sin referencia a esa finalidad.<sup>24</sup> La finalidad, como la intención, sólo puede ser objeto de conocimiento en sus manifestaciones externas... en sentido estricto, para nosotros *es*, en rigor, su manifestación externa; se trata pues de ‘*momentos de acción*, como componentes de un sentido exteriorizado’.<sup>25</sup> La finalidad es indesligable de la acción porque es acción y no un añadido a ésta; como es por definición separable del desarrollo material de una conducta porque es conceptualmente diferente de éste.

---

*subjetividad en la ilicitud* (1959); Núñez, R.C., *Los elementos subjetivos del tipo penal* (1943); y Politoff, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal* (1965). En la doctrina española actual, vid., con matices diversos, Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español PG II* (6ª ed., 1999), pág. 120; Cobo del Rosal y Vives Antón, págs. 397 ss.; Luzón Peña, *PG*, págs. 393-399; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico PG* (1998), págs. 174 ss.; Mir Puig, *PG*, L10 n° 141; Muñoz Conde y García Arán, págs. 316 s.; Quintero Olivares, *DP*, págs. 295 ss. y 351; Rodríguez Devesa, J.M./Serrano Gómez, A., *Derecho penal español PG* (18ª ed., 1995), pág. 408; Rodríguez Mourullo, *PG*, págs. 254, 259 y 329; Ruiz Rodríguez, L.R., “Encubrimiento y receptación: los específicos elementos subjetivos del injusto” (*LH-Barbero Santos II* (2001), págs. 601-621); Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho penal* (3ª ed., 1990), págs. 565 s.

<sup>23</sup> Y ambas posibilidades se dan; v.gr., el hurto del art. 234 resulta atípico si falta ánimo de lucro, mientras los daños cualificados del art. 264.1.1º pueden llevarse al art. 263 cuando falte el elemento subjetivo.

<sup>24</sup> Vid. Vives Antón, *Fundamentos*, págs. 228 s. y 274. Para la distinción entre ‘intención’ y ‘deseo’, Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung II.1* (1914), págs. 301 ss.

<sup>25</sup> Vid. Vives Antón, *Fundamentos*, págs. 248-252 y 257.

Esto sentado, qué elementos concretos requiere un tipo penal y con qué función sistemática es una cuestión de interpretación del concreto precepto legal:<sup>26</sup> sólo en relación con el conjunto de la concreta descripción típica pueden entenderse y calibrarse los elementos subjetivos del tipo.<sup>27</sup> Ni la expresión lingüística utilizada ni la similitud con casos en que un determinado elemento desempeña cierta función eximen de un examen particularizado antes de afirmar la efectiva necesidad y el papel desempeñado por un elemento subjetivo especial: lo decisivo es la interpretación del tipo, las sistematizaciones tienen aquí tan sólo un papel orientativo y a este título deben tomarse las consideraciones que siguen.<sup>28</sup>

#### 5.A.II.a.1.- Clases y función sistemática.

Los intentos de distinguir entre fines y motivos para adscribir unos a injusto y otros a culpabilidad<sup>29</sup> están, a mi juicio, condenados de antemano al fracaso; siquiera sea porque se trata -se quiera atender a diferenciar lo teleológico de lo causal, o al contenido de carga afectiva- de una distinción relativa,<sup>30</sup> que más que de la naturaleza de los elementos depende del punto de vista desde el que los consideremos.<sup>31</sup> Sí es posible, me parece, distinguir los casos en que el elemento subjetivo agota su contenido con la realización de la conducta objetivamente descrita en el tipo (que denominaré *delitos de tendencia intensificada*) de aquellos en que se proyecta más allá en busca de un resultado ulterior (*delitos de intención trascendente*, entre los que puede distinguirse aún

---

<sup>26</sup> Ya Mezger, *Tratado*, págs. 350 y 356.

<sup>27</sup> En esta línea apuntaba ya v. Liszt, F., "Nach welchem Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?" (*LH-26. deutsches Juristentag I (1902)*), pág. 282.

<sup>28</sup> Así Roxin, *AT*, § 10 n° 87.

<sup>29</sup> Vid. v.gr. Fischer, págs. 294 s.; Lampe, E.-J., *Das personale Unrecht* (1967), págs. 229-255; M.E. Mayer, págs. 106 s. y 187; Marangopoulos-Yotopoulos, A., *Les mobiles du délit* (1973), *passim*.

<sup>30</sup> Bettiol/Pettoello Mantovani, pág. 505; Dohna, A. Graf zu, "Die Elemente des Schuldbegriffs" (*GS 1905*), pág. 312; Welzel, *AT*, § 13 n° 64.

<sup>31</sup> Ya que 'la motivación es el estado que provoca una tendencia hacia algún tipo de acción' (Kaplan, H.I., Sadock, B.J., y Grebb, J.A., *Sinopsis de psiquiatría* (7ª ed., 1999), pág. 176).

según el resultado ulterior requiera un actuar sucesivo del mismo agente (*delitos mutilados de dos actos*) o de acuerdo con la representación del autor deba seguirse naturalmente o por actuar de terceros (*delitos de resultado cortado*). Pero intentar asignar a estos grupos una función determinada en injusto o imputación subjetiva sería desconocer que en cuanto elementos típicos sólo en relación con el resto de factores incorporados al tipo cobran el sentido que les corresponde.

Cuando el precepto requiere especiales elementos subjetivos, éstos se integran en el tipo, porque la relevancia típica de la conducta depende de su concurrencia; ahora bien, su función sistemática sólo puede determinarse en análisis particularizado. En efecto, el legislador puede haber acudido para marcar el umbral de relevancia penal a criterios selectivos referidos al contenido de injusto del hecho o a criterios de diversa índole, y sólo la interpretación del tipo puede resolver de qué se trata en cada caso concreto.<sup>32</sup>

I.- Puede pues resultar que de la concurrencia del elemento subjetivo resulte un incremento (o una minoración) del contenido de injusto del hecho; de su concurrencia, digo, no de la posibilidad de su realización o la idoneidad de la conducta objetiva para realizarlo, sino de la mera concurrencia del elemento subjetivo, que modula el desvalor del hecho. Si el desvalor de acción se integra por la contravención de una norma -prohibitiva o imperativa- y la generación de un peligro *ex ante* para un bien jurídico, en estos delitos el legislador ha estimado que el peligro que para el bien jurídico representa cierta conducta varía -se incrementa o disminuye- con la concurrencia del elemento subjetivo que requiere el tipo.<sup>33</sup> Y el desvalor de resultado en estos casos, cuando consiste en una puesta

---

Señala que la diferencia es de técnica (legislativa) y no de naturaleza psicológica Picotti, pág. 532.

<sup>32</sup> Vid. Engisch, "Bemerkungen...", pág. 181; Gallas, pág. 46; y Mezger, *Tratado*, pág. 356. Sobre la legitimidad constitucional del recurso legislativo a elementos subjetivos del tipo, Musco, págs. 1535 s.

<sup>33</sup> No puedo, evidentemente, compartir la lectura que parece hacer Polaino Navarrete, *Los elementos...*, pág. 330, afirmando una suerte de volatilización del bien jurídico que lo haga

en peligro, se configura precisamente en atención a la concurrencia del elemento subjetivo; mientras que cuando consiste en una lesión (material o ideal<sup>34</sup>) no puede obviarse que de alguna forma ésta encarna en sí la consecuencia del elemento subjetivo en cuestión. Elemento que no puede así desligarse, lo minore o lo incremente, del contenido de injusto del hecho;<sup>35</sup> pero cuya relevancia es independiente de la idoneidad concreta para su realización, porque es la concurrencia del elemento subjetivo y no la posibilidad de su realización (que, de darse, pertenece a la fase de agotamiento y no al *iter criminis* del delito con elemento subjetivo especial<sup>36</sup>) lo que modula el desvalor.

Lo que permite explicar los supuestos en que la realización de aquello a lo que tendía el elemento subjetivo no supone progresión alguna en el contenido de injusto: no se produce contravención de los principios de ofensividad y proporcionalidad en tanto la concurrencia en la acción del elemento subjetivo sí supusiera una variación del contenido de injusto, una afectación diversa del bien jurídico. Cuando, además, la realización del elemento subjetivo suponga un efectivo incremento del daño al bien jurídico, es opción del legislador disponer al efecto subtipos agravados, tipos alternativos o delitos destinados a entrar en concurso con los que recurren a elementos subjetivos especiales;<sup>37</sup> respecto a estos últimos, salva previsión en contra, en nada afecta que aquello a lo que se referían sus cláusulas subjetivas se realice o no.

---

sensible a los propósitos internos del sujeto. En otra línea, refieren los elementos subjetivos del injusto al desvalor de acción v.gr. **Córdoba Roda**, pág. 27; **Gallas**, pág. 46; y **Politoff**, pág. 63.

<sup>34</sup> Entiendo 'lesiones no materiales' o 'ideales' las que corresponden a los bienes jurídicos colectivos (sobre este extremo vid. supra 4.C.I.b) y bienes de titularidad individual sin referente material directo.

<sup>35</sup> Ya **Mezger**, *Tratado*, n. 8 en pág. 357; contra, entienden que si no incrementa el contenido de injusto será siempre un factor ajeno a la antijuridicidad v.gr. **Gelardi**, n. 31 en pág. 334; y **Zimmerl**, pág. 39.

<sup>36</sup> A diferencia de la tentativa, que sí se construye sobre el modelo de la consumación; y sin perjuicio de la posibilidad de que tenga consecuencias jurídicopenales (vid. infra en el texto).

<sup>37</sup> Contra, para **Polaino Navarrete**, *Los elementos...*, págs. 319 s., la solución sería siempre un concurso de delitos, entendiendo 'absurda' la posibilidad de excluirlo. Más moderadamente aboga también por la solución concursal **Politoff**, págs. 119 s.

En todo caso, cuando el elemento subjetivo en cuestión tenga relevancia en sede de antijuridicidad y por ende deba verificarse en esta sede sistemática, queda por aclarar qué papel desempeña en la imputación subjetiva del hecho. Lo que, a mi juicio, se resuelve desde la doble constatación de que el significado antijurídico del hecho no puede comprenderse sin integrar en el mismo el elemento subjetivo del injusto, y de que no se trata de un hecho externo respecto del que quepan conocimiento y voluntad en el mismo sentido en que caben respecto de lo que acontece fuera de nosotros. El elemento subjetivo propio del sujeto no se percibe, sino que se vive;<sup>38</sup> no puede ser ‘conocido’, aunque sí ‘consciente’. Creo que hablar en esta sede de error resulta improcedente, precisamente porque no podemos hablar de conocimiento en el sentido en que admite error; como tampoco puede hablarse de voluntad, ya que aun suponiendo que pueda existir un ‘querer no querido’, no por eso dejaría de ser un querer. En suma, comprobada su concurrencia en sede de antijuridicidad, no tiene sentido volver a requerir estos elementos en la imputación subjetiva; aunque la valoración que requiere la conciencia de antijuridicidad, aun a nivel de profano, no puede serles ajena.

II.- Puede, por el contrario, resultar que de la interpretación del tipo concluyamos que el elemento subjetivo en cuestión no tiene incidencia ni en el bien jurídico ni en la forma de afectación de éste. Lo que no supone necesariamente la inaceptabilidad en el marco constitucional del precepto: queda entonces por verificar si nos encontramos ante una modulación de la exigibilidad de una conducta distinta adelantada al plano de relevancia típica, una suerte de ‘culpabilidad tipificada’... sin llegar a obtener carta de naturaleza en el contenido de injusto. La asignación a esta sede o al injusto dependerá con frecuencia de criterios valorativos que por demás, dentro del margen que admita la interpretación de la norma, variarán con la evolución social de la consideración de la conducta; pero la posibilidad de que se trate de un momento de imputación

---

<sup>38</sup> Vid. Vives Antón, *Fundamentos*, págs. 248-252.

subjetiva adelantado al ámbito típico no debe descartarse sin verificarla previamente.

Se trata de un criterio que no resulta, en principio, inaceptable en el marco constitucional; eso sí, aun cuando se incorporen al marco típico, los criterios que atienden a la imputación subjetiva no pueden perder el carácter subordinado que a la luz del principio de ofensividad han de recibir. El marco punitivo básico lo proporciona el injusto: la imputación subjetiva supone una modulación y adecuación al caso concreto de la consecuencia jurídica, pero no más. A mi juicio, puede legítimamente cuestionarse la constitucionalidad de los supuestos en que las cuestiones sin incidencia directa en el contenido de injusto reciben una sanción exagerada,<sup>39</sup> o se constituyen no ya en elemento de atenuación o agravación sino en determinantes de la relevancia penal.

#### **5.A.II.a.2.- Consecuencias dogmáticas.**

De todo lo dicho se siguen consecuencias en la relación de los elementos subjetivos especiales con las formas de imputación subjetiva y la problemática del error, con el *iter criminis*, con la doctrina de la participación y con las peculiaridades probatorias que corresponden a estos elementos. Conviene, siquiera, esbozarlas.

I.- Respecto a la relación de estos elementos con el dolo y la imprudencia,<sup>40</sup> para empezar difieren en el ámbito que les corresponde: aquello que objetivamente requiera el precepto -y no menos, pero tampoco más- a dolo o a imprudencia, y requisitos psíquicos incongruentes por excedencia subjetiva a los elementos subjetivos del tipo.

Esto sentado, en cuanto concierne al dolo pueden señalarse además ciertas diferencias estructurales. Si el dolo es una relación cognoscitiva y volitiva del sujeto con el hecho externo, el elemento subjetivo especial no admite sobre sí,

---

<sup>39</sup> En esta línea, Picotti, pág. 295.

por el contrario, voluntad ni conocimiento. No admite voluntad porque un ‘querer querido’ o un ‘querer no querido’ -admitiendo, y me parece dudoso, que realmente pueda darse- no resulta jurídicamente relevante: o se quiere o no se quiere, y para la relevancia típica penal no cabe formular sobre el querer un nuevo juicio volitivo.<sup>41</sup> Y no admite conocimiento, sino consciencia, como he argumentado más arriba; de lo que se sigue que no cabe tampoco error sobre su concurrencia. Cabrá, ciertamente, errar sobre circunstancias objetivas que tengan influencia en la conformación de los elementos subjetivos, pero ese error no es error ni sobre elementos típicos ni sobre la antijuridicidad de la conducta, y no puede recibir el tratamiento que prevé el art. 14 del CP; es un error metajurídico, irrelevante a efectos penales. Lo que el tipo requiere es la concurrencia en el autor del elemento subjetivo, que es la que modula el peligro para el bien jurídico, y no la idoneidad o adecuación de la conducta objetiva para satisfacerlo, que es sobre lo que sí cabría errar.

Y en cuanto a la imprudencia, deslindados los objetos que pueden corresponder a ésta y a los especiales elementos subjetivos, a mi juicio no cabe señalar una incompatibilidad conceptual entre éstos y aquélla.<sup>42</sup> Siempre, claro está, que la estructura resultante resulte concebible, lo que dependerá de la conformación del elemento subjetivo y de la conducta-base objetiva imprudente; esto es, siempre que el especial elemento subjetivo en cuestión no requiera necesaria y estructuralmente para su existencia conocimiento y voluntad del hecho que cualifica. Compatibilidad conceptual, con todo, que no deja de dar lugar a estructuras de conformación anómala (aunando un *minus* y un *plus* con

---

<sup>40</sup> Entendiendo aquí por ‘dolo’ el ‘dolo natural’, conocimiento y voluntad del hecho pero no valoración del mismo; importa, a mi juicio, separar claramente ambos aspectos al estudiar la incidencia en los mismos de los elementos subjetivos del injusto.

<sup>41</sup> Vid. ya Hegler, “Subjektive...”, págs. 287-298 y esp. pág. 292; y Engisch, “Bemerkungen...”, pág. 172.

<sup>42</sup> Cuestión debatida en la doctrina española; cfr. Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 400; Luzón Peña, *PG*, págs. 398 s.; Quintero Olivares, *DP*, págs. 350 s.; y Rodríguez Montañés, n. 34 en pág. 247.



respecto al dolo), que sólo por vía de excepción podrán encontrarse en la regulación positiva.

En todo caso, cuando un elemento subjetivo especial resulte esencial al injusto típico, la conciencia de antijuridicidad del hecho y su adecuada valoración jurídica precisarán en el agente la conciencia del mismo. El dolo (en cuanto conocimiento y voluntad) no puede abarcar los elementos subjetivos especiales,<sup>43</sup> pero la conciencia de la antijuridicidad no puede prescindir de ellos.

II.- En cuanto al *iter criminis* se refiere, los elementos subjetivos (especiales o comunes, esto es, también el dolo) han de concurrir necesariamente *ex ante*, y por ende han de darse íntegramente en cualquier fase punible del desarrollo del hecho. En la tentativa y en los actos preparatorios punibles pueden faltar sólo elementos objetivos, debiendo concurrir todos los subjetivos.<sup>44</sup>

Dado que, además, los elementos subjetivos especiales no han de realizarse para la consumación del delito, respecto a ellos debe constatarse exactamente lo mismo en todas las fases de la ejecución delictiva: su concurrencia.

III.- En cuanto a la participación en los delitos con elementos subjetivos especiales se refiere,<sup>45</sup> a mi juicio han de distinguirse claramente los supuestos en que el elemento subjetivo corresponde al injusto de aquellos en que es una cuestión de imputación subjetiva incorporada al tipo.

En este último caso, el principio de culpabilidad veta la accesoriedad de la punición del partícipe respecto de la del autor, dado que aun incorporado al ámbito de relevancia típica se trata al fin y al cabo de un criterio de exigibilidad, de imputación subjetiva. Por ende, sólo responderán por el tipo penal que incorpore elementos subjetivos especiales que respondan a cuestiones de

---

<sup>43</sup> Así Cerezo, *Curso II*, pág. 66.

<sup>44</sup> En esta línea, Jescheck/Weigend, págs. 321 y 516.

<sup>45</sup> Sobre este tema, en diversos sentidos, Hegler, "Die Merkmale...", pág. 34 y n. 41; "Zum Wesen...", *passim*; "Subjektive...", págs. 317 ss.; Mezger, *Moderne Wege*, págs. 28-31; Núñez, págs. 38-40; Picotti, págs. 611-624; Politoff, págs. 115-117; y Sieverts, págs. 178 ss.

imputación subjetiva los que interviniendo en el hecho presenten el elemento subjetivo en cuestión; a los demás intervinientes sólo podrá imputárseles responsabilidad de acuerdo con otros tipos penales que respondiendo al mismo contenido de injusto no exijan la concurrencia del elemento subjetivo especial.<sup>46</sup>

Por el contrario, cuando el elemento subjetivo especial responda al contenido de injusto del hecho, habrá de concurrir necesariamente en el autor;<sup>47</sup> pero no así en terceros cuyo papel no alcance el grado de autoría o coautoría que permita romper el título de imputación: inductores, cooperadores necesarios y cómplices. Éstos siguen al autor en el injusto típico, de acuerdo con la doctrina de la accesoriidad limitada, y del mismo modo que no precisan integrar la conducta objetivamente descrita tampoco han de concurrir en ellos los elementos subjetivos del injusto. Cuando el elemento subjetivo determine la relevancia típica, habrán de conocer su concurrencia en el autor para responder de su incitación o auxilio ejecutivo, quedando en otro caso impunes; cuando determine una exasperación punitiva, sólo si la conocen podrá imputárseles participación en la modalidad cualificada, quedando siempre salva la posibilidad de que respondan por el tipo básico.<sup>48</sup> Pero en uno u otro caso importa sólo el conocimiento de la concurrencia del elemento subjetivo especial en el autor,<sup>49</sup> y no que en el partícipe se dé o no dicho elemento subjetivo.

---

<sup>46</sup> De no existir tipo de recogida, lo he señalado ya (supra, II.a.1, II. in fine) la construcción resultaría dudosamente constitucional.

<sup>47</sup> En el autor en sentido estricto, no bastando que concorra en el inductor en tanto éste no se torne autor mediato... paso que en los casos de empleo de instrumento doloso en quien no concurre el elemento subjetivo especial plantean como automático **Octavio de Toledo y Ubieto, E.**, "La autoría conforme al CP" (*LH-Valle Muñiz* (2001)), págs. 591 s.; y **Politoff**, págs. 116 s.

<sup>48</sup> Ya así **Hegler**, "Zum Wesen...", pág. 313.

<sup>49</sup> Contra, para **Polaino Navarrete**, *Los elementos...*, pág. 319, los partícipes no precisan conocer el elemento subjetivo que cualifica el injusto del que participan.

IV.- Finalmente, creo precisas algunas consideraciones en cuanto a la verificación y prueba de los elementos subjetivos se refiere.<sup>50</sup> De ellos podemos conocer sus manifestaciones externas, pero del plano psíquico sólo pueden realizarse formulaciones por inferencia, en que además la verificación del resultado no es posible... lo que deja en manos del juzgador un poder decisorio considerable, que con frecuencia explica los reparos con que se acogen este tipo de elementos. Y es que, a mi juicio, se desenfoca el problema: no nos interesa un 'hecho psicológico', 'proceso mental' en cuanto tal,<sup>51</sup> que es pedir lo que -si existe- nunca puede comprobarse; como tampoco el objeto al que se refiera el elemento subjetivo,<sup>52</sup> que no es lo que pide el tipo y responde a criterios de verificación distintos. Lo que nos interesa es la manifestación en la acción de una determinada expresión de sentido.<sup>53</sup>

Y, a mi juicio, para verificarla habremos de acudir a criterios normativos.<sup>54</sup> si el Derecho es un sistema normativo la verificación de los requisitos del precepto no puede escapar a una definición normativa. Nos interesa la contravención de la norma penal, esto es, si en la acción puede leerse el elemento que requiere el tipo -juicio normativo de reconocimiento y subsunción-, y no otra cosa. Las perspectivas psicológicas podrán resultar mucho más ilustrativas y proporcionar datos de importancia en otros ámbitos, pero en esta sede sólo nos interesa la subsunción en el tipo; lo que no supone una contradicción frontal con el saber de la Psicología, pero sí una selección y valoración autónoma de los

---

<sup>50</sup> Extremo que señala como 'talón de Aquiles' del Derecho de prueba Ecker, S., *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale* (1981), pág. 40; vid. págs. 66-78 y 116 s.

<sup>51</sup> Como propone v.gr. Sacher de Köster, pág. 104. Duramente crítico con esta postura, Vives Antón, *Fundamentos*, págs. 253 s.

<sup>52</sup> Como apunta v.gr., en la línea de ZIMMERL, Kadecka, pág. 17.

<sup>53</sup> En palabras de Vives Antón, *Fundamentos*, pág. 252, 'los 'procesos internos' -sean propios o ajenos- precisan 'criterios externos''.

<sup>54</sup> Para una exposición detallada de las distintas perspectivas defendidas (psicológico-individual, normativa, psicológico-colectiva, interaccionista), Díez Ripollés, J.L., *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas* (1990), passim; para un análisis histórico y de constitucionalidad, Ecker, págs. 6-40 y 41-135.

elementos psíquicos.<sup>55</sup> Quiero decir con ello que la norma de reconocimiento (y será siempre precisa desde cualquier perspectiva una norma de reconocimiento, lo que hace de todas ellas en alguna medida perspectivas normativas) es a estos efectos la que determina la relevancia típica, y no otra.<sup>56</sup>

Lo que resulta, además, mucho más respetuoso con los presupuestos de un Derecho penal del hecho que los resultados de algunos intentos de psicologización que acaban por reintroducir (¿inadvertidamente?) elementos propios del Derecho penal de autor.<sup>57</sup>

En suma, los elementos subjetivos del tipo *son* su manifestación en la acción; la inferencia o, mejor, la atribución de sentido, tiene respecto a ellos carácter constitutivo, y debe responder a criterios normativos. Lo que no permite eludir los requisitos que la presunción de inocencia impone: su manifestación en la acción ha de probarse, y la atribución de sentido ha de derivarse de momentos que no admitan equivocidad;<sup>58</sup> momentos que por demás difícilmente podrán leerse *in re ipsa* cuando el principio de vigencia impone que el elemento subjetivo sea algo distinto a la mínima expresión de la acción típica.<sup>59</sup>

Sólo un último extremo: no puede pretenderse que la finalidad o motivación que requiera la norma sea ‘exclusiva’. Para empezar, porque es cuestionable que los seres humanos seamos capaces de motivaciones o finalidades ‘puras’; pero principalmente porque en definitiva se está atendiendo a algo irrelevante. El precepto pide la concurrencia del elemento subjetivo, no más;

---

<sup>55</sup> Así, hablando de ‘psicología esotérica’, Jakobs, *PG*, II.1 n° 100; vid. asimismo Krauß, D., “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht” (*LH-Bruns* (1978), págs. 11-30).

<sup>56</sup> Lo que no discute la legitimación de otras perspectivas, sino su adecuación a estos fines; mezclando ambos planos en defensa de la perspectiva psicológico-individual, pese a haber reconocido -pág. 304- como irrenunciable en el DP la normativización, Díez Ripollés, *Los elementos...*, pág. 306.

<sup>57</sup> Como advierte Krauß, pág. 21.

<sup>58</sup> Vid. en esta línea las SSTS de 27-I-1999 (A827), 4-II-1999 (A836), 12-II-1999 (A1419), 12-VII-1999 (A6648), 20-VII-1999 (A6477), 18-X-1999 (A8129), 29-X-1999 (A8927), 9-XI-1999 (A8106), 18-I-2000 (A194), 5-II-2000 (A305), 25-II-2000 (A709), 28-III-2000 (A1488), 24-IV-2000 (A2679), 6-VII-2000 (A6609), y 26-VII-2000 (A7921).

y el problema de la apelación a elementos subjetivos como fácil excusa no es propiamente tal: el elemento habrá de probarse, y si concurre no es ya un artificio sino una realidad a la que la norma otorga relevancia.

#### ***5.A.II.b.- El ánimo de realizar un derecho propio.***

Partiendo de lo expuesto en los apartados precedentes se puede plantear la interpretación del inciso ‘para realizar un derecho propio’ del art. 455 del CP en términos que, a mi juicio, resultan satisfactorios. El primer paso es entender, pues, que nos encontramos ante un elemento subjetivo del tipo -esto es, ante un supuesto de incongruencia típica por excedencia subjetiva-; más precisamente, ante un elemento subjetivo del injusto que es en propiedad elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto de la conducta objetivamente desarrollada. Desde aquí resulta posible una comprensión adecuada y un deslinde con otras figuras cuyos respectivos ámbitos han resultado históricamente confusos en la doctrina.

#### ***5.A.II.b.1.- Elemento subjetivo del tipo.***

Si ‘para realizar un derecho propio’ constituye un elemento subjetivo del tipo, ha de entenderse como elemento anímico y no como referente objetivo; eso sí, un elemento anímico subsumible de acuerdo con criterios normativos en los requisitos del tipo.

Así, en primer lugar, lo que demanda el tipo es que el sujeto pretenda realizar un derecho propio, no que esté realizando un derecho propio. La existencia concreta del derecho, a mi juicio, no es presupuesto del tipo.<sup>60</sup> No lo es porque el requisito típico se configura de manera subjetiva y no como elemento objetivo; y esto, por una parte, porque difícilmente puede pedirse al sujeto agente para conocer la tipicidad de su conducta que resuelva cuestiones sobre las que nadie puede afirmar nada con certeza hasta que los tribunales conozcan y

---

<sup>59</sup> En esta línea, Picotti, pág. 477.

<sup>60</sup> Sobre este tema y las posiciones de la doctrina, infra, 5.C.

resuelvan efectivamente el caso concreto,<sup>61</sup> y por otra y principalmente, porque no es relevante (vid. infra II.b.2). A diferencia del código anterior, que configuraba el delito sobre la base de la relación crediticia y donde por ende sí había de existir obligación ‘lícita, vencida y exigible’, el vigente texto legal exige la finalidad de realizar un derecho propio, pero no que éste exista real y lícitamente ni que resulte efectivamente vencido y exigible.<sup>62</sup>

Pero, en segundo lugar, la finalidad del sujeto ha de poder subsumirse en ‘para realizar un derecho propio’ de acuerdo con criterios normativos y no con la creencia infundada del sujeto. Esto es, lo que se pide es que el sujeto actúe con la finalidad de realizar algo que resulte abstractamente configurable como derecho en nuestro ordenamiento y que él crea que le corresponde.<sup>63</sup> Es decir, que actúe para realizar un derecho subjetivo (en los términos en que lo definí supra, 1.B.I.b, y por los motivos allí expuestos) del que cree ser titular.

Claro está que el resultado de entender de esta forma el delito de realización arbitraria del propio derecho da lugar a una configuración amplia del mismo, que puede entenderse como incriminación general de las vías de hecho,<sup>64</sup> pero ver aquí un ‘injusto beneficio’<sup>65</sup> para quien es castigado por él es olvidar que, en definitiva, se le condena por un delito. Si la pena impuesta resulta o no adecuada es una cuestión que, en principio, corresponde al legislador;<sup>66</sup> la

---

<sup>61</sup> Lo que además, en rigor, obligaría con frecuencia a un artículo de previo pronunciamiento civil antes de condenar por rapd. En la línea propuesta en el texto, SAP de Madrid de 17-VI-1998 (AA3201); contra, insiste en la necesidad de acreditar este extremo la SAP de Las Palmas de 13-VI-1998 (AA3394).

<sup>62</sup> Cuestión distinta, naturalmente, es la necesidad de que el sujeto crea que lo es.

<sup>63</sup> En esta línea, en la doctrina italiana, v.gr. Santoro, “Eapr”, pág. 817.

<sup>64</sup> Así v.gr. SAP de Toledo de 11-V-1998 (AA1774). Lo que elimina definitivamente la restricción al ámbito patrimonial del tratamiento especial de que protestaba con el código anterior Magaldi Paternostro, págs. 87 s.

<sup>65</sup> En expresión de Colás Turégano, *El delito...*, pág. 97. Vid. v.gr., en esta línea, la SAP de Las Palmas de 13-VI-1998 (AA3394); o, hablando de ‘patente de corso’, la STS de 31-III-2000 (A3490) -que recoge la elaboración respecto al CP anterior de las SSTS de 12-II-1990 (A1468) y 21-III-1991 (A2331)-.

<sup>66</sup> Para algunas consideraciones críticas, infra, 10.C.I.

pregunta es si puede y debe acudir a criterios ulteriores de acotación del ámbito del tipo. Y me parece que resultan inadecuados.

En efecto, se ha propuesto desde consideraciones relativas a cierto entendimiento del bien jurídico protegido restringir los ‘derechos’ cuya realización arbitraria debe castigarse por el art. 455 del CP a aquellos para cuya tutela sea viable el recurso a los tribunales; pero, aun cuando se acepte la definición del bien jurídico que proponen y las consecuencias que extraen de ella, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE amenaza con vaciar totalmente de contenido el criterio propuesto. Incluso allí donde sea precisa la *previa* vía administrativa es una vía ‘previa’, pero no excluye la tutela judicial. Acudir entonces a la ‘viabilidad’ de la pretensión o al *fumus boni juris*, o es pedir lo que no puede saberse hasta después del proceso,<sup>67</sup> o es sólo camuflar con otro nombre el mismo elemento subjetivo que se buscaba acotar. Pretender que sólo será aplicable el delito allí donde lo conseguido es lo mismo que hubieran impuesto los tribunales en un proceso carece, asimismo, de sentido: el sujeto nunca logrará lo que hubieran impuesto los tribunales, porque emplea para lograrlo vías distintas, y la fuerza ilegítima nunca puede dar lugar a resultados legítimos.<sup>68</sup> Lo que se castiga es precisamente el medio empleado, el recurso a la fuerza; el resultado fáctico obtenido puede ser semejante, pero jurídicamente no puede intentar equipararse.

Por demás, el temor que con frecuencia late bajo los intentos de restringir el alcance del precepto (sea requiriendo ‘exclusividad’ del fin, sea limitando los ‘derechos’ a que puede referirse) es que la alegación gratuita de la finalidad de realizar derechos permita atenuar la pena a quienes realmente integran delitos de amenazas, coacciones, robo, extorsión... Sin embargo, el problema no es aquí el ámbito de los derechos realizables o la concurrencia de otras finalidades, sino la

---

<sup>67</sup> Vid. las consideraciones realizadas supra sobre la efectiva existencia del derecho.

<sup>68</sup> Así, para la misma Colás Turégano, *El delito...*, pág. 70, ‘en ningún caso va a realizar su derecho’ al carecer de refrendo legal.

efectiva concurrencia del ánimo de realizar un derecho propio;<sup>69</sup> problema que en definitiva es de carácter probatorio y que se resuelve desde la comprensión de los elementos subjetivos requeridos por el tipo como momentos de la acción verificables en cuanto tales.

Una última consideración en esta sede: el problema histórico del encuadre típico de los supuestos de prenda arbitraria y de su (muy discutible) impunidad o no,<sup>70</sup> desaparece con la nueva configuración del delito. Apoderamiento y finalidad solutoria dejan de ser elementos del tipo, importando sólo el uso de la fuerza con la finalidad de realizar un derecho propio:<sup>71</sup> allí donde para prenda se haga uso de la fuerza se afecta el bien jurídico y se integra plenamente, a mi juicio, el tipo.<sup>72</sup>

#### **5.A.II.b.2.- Elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto.**

El elemento subjetivo tiene, en este delito, una función de minoración del contenido de injusto; que, en este caso concreto, se traduce en incidencia en el desvalor de acción y no en el desvalor de resultado. Conviene ir por partes, y extraer algunas consecuencias.

Ya he afirmado antes (supra, 1.B.II) que la finalidad de realizar un derecho no puede resultar en un incremento del contenido de injusto del hecho, sino sólo en una minoración del mismo; minoración que explica (supra, 4.C) que los títulos referidos a bienes jurídicos de titularidad particular queden desplazados por un delito destinado a la tutela del 'monopolio del estado en el uso ordinario de la fuerza', bien jurídico que tiene respecto de la tutela de aquéllos un carácter instrumental.

---

<sup>69</sup> No puedo, evidentemente, compartir el criterio de la STS de 22-XII-1998 (A10060) cuando argumenta que la necesidad de la efectiva existencia del derecho se sigue de que en caso contrario se cargaría al acusador con la 'probatio diabolica' de la inexistencia de deuda, centrandó así la atención en la existencia objetiva del derecho y no en la finalidad del agente de realizarlo.

<sup>70</sup> Vid. supra 2.B.I, 2.B.II.c y 3.A.I.a.3.

<sup>71</sup> En esta línea, Colás Turégano, *El delito...*, n. 106 en pág. 70.

<sup>72</sup> Como efectivamente estiman las SSAP de Valencia de 9-III-1999 (nº127/99) y de Madrid de 26-VI-1998 (AA3183).



Pues bien: a emplear la fuerza, fuera de los casos extraordinarios en que el ordenamiento lo permite,<sup>73</sup> nadie tiene 'derecho'. Se pretenda o no realizar un derecho ('otro' derecho, porque a usar la fuerza no se tiene), quien emplea fuerza ilegítima produce un resultado ilegítimo que *-ex post-* no puede dejar de ser desvalorado; el problema aquí es la valoración que *ex ante* merece su actuación. Y, sin dejar de ser en todo caso antijurídica, el peligro que para los bienes jurídicos supone es menor cuando el sujeto pretende algo a lo que cree tener derecho y a lo que puede en Derecho tenerlo que cuando pretende algo lisa y llanamente antijurídico. No porque el sujeto pasivo estuviera obligado y el resultado alcanzado sea el debido,<sup>74</sup> que nunca lo es en propiedad,<sup>75</sup> sino porque su propósito de realizar un derecho supone un freno al alcance del recurso a la fuerza y de la peligrosidad de éste.

Todo lo cual implica la irrelevancia de la efectiva existencia del derecho concreto que se quiere realizar. Exista o no, el resultado será antijurídico; exista o no, el desvalor de acción resulta minorado.<sup>76</sup> Exigir la efectiva concurrencia del derecho genera una importante problemática en sede de error,<sup>77</sup> y no afecta al desvalor de acción; podría, si se quiere, modular el desvalor de resultado... pero para concluir esto sería necesario afirmar precisamente lo que toda la doctrina niega: que se logre un resultado jurídicamente aprobado, siquiera en parte. Y, aun así, quedarían por explicar los supuestos en que la acción recae sobre un tercero ajeno a la relación jurídica y respecto del que la efectiva concurrencia del derecho

---

<sup>73</sup> Vid. supra, 4.C.I.a.

<sup>74</sup> Contra, Colás Turégano, *El delito...*, págs. 33-36 y 60 s., centra la minoración del desvalor en la obligación del sujeto pasivo del derecho... que por cierto a mi juicio no lo es necesariamente de la acción (vid. infra en el texto).

<sup>75</sup> Vid. supra, II.b.1.

<sup>76</sup> Por razones político-criminales había propuesto ya Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 82, la reforma del delito en el sentido de irrelevancia de efectiva concurrencia o no del derecho.

<sup>77</sup> Vid. infra 5.C.

es irrelevante (v.gr., ejercicio de violencia sobre el criado para que entregue cosa debida perteneciente al principal).<sup>78</sup>

En esta línea, afirmada la irrelevancia de la efectiva existencia o no del derecho que se pretende realizar, nos interesa la apelación a un derecho subjetivo configurable en el ordenamiento, con abstracción de la posible causa del mismo. Y así, carece de sentido la exclusión de los supuestos en que el sujeto pretende realizar un derecho al pago que sinceramente cree debido por consideraciones referidas a la validez del negocio de que trae causa: el sujeto no pretende realizar obligaciones naturales o deudas de causa torpe, sino derechos que cree legítimamente derivados de aquéllas. Una cosa es que un proceso jurisdiccional para la tutela del derecho alegado no prospere, y otra muy diferente (la única con eficacia sobre el desvalor de acción del hecho) que el sujeto crea tener derecho a lo que pide o toma. Nos importa sólo la configurabilidad abstracta del derecho al que se apela.

Así, quien pretende cobrar por la fuerza integra el tipo del art. 455 del CP con independencia del negocio de que traiga causa el crédito que alega (prostitución masculina o femenina,<sup>79</sup> comercio de sustancias prohibidas...<sup>80</sup>) en tanto crea de buena fe tener un derecho conforme al ordenamiento. Por el contrario, quien intenta lograr algo a lo que no es concebible en nuestro Derecho poder tener un derecho subjetivo (acceso carnal, privación de libertad ambulatoria...) será castigado por los tipos comunes correspondientes,<sup>81</sup> pero

---

<sup>78</sup> Si se quiere, por hacer más claro el ejemplo, cuando no se logra efectivamente la entrega. Afirma la tipicidad del supuesto, v.gr., la STS de 1-III-1999 (A1289).

<sup>79</sup> Sin embargo, es repetida la jurisprudencia que se niega a aplicar rapd y va a robo o coacciones en los casos en que personas que se prostituyen intentan la exacción violenta del precio acordado. Ya con el código anterior y respecto de la prostitución masculina, v.gr. SSTS 30-IX-1985 (A4583) y 15-XI-1991 (A8304); con el código actual, en la doctrina, respecto de la prostitución masculina, **González Rus**, "Delitos...", pág. 489. Menos escrupulosa, aun sin entrar específicamente en la cuestión, STS de 27-III-2000 (A1803).

<sup>80</sup> Contra, excluye en todo caso deudas procedentes del tráfico de drogas **Del Moral García**, pág. 1776.

<sup>81</sup> Sin perjuicio de estudiar, excepcionalmente y en su caso, la posibilidad de un error de prohibición.

nunca por realización arbitraria del propio derecho, con independencia del título en que crea amparada su situación jurídica (previo acuerdo y cumplimiento por su parte, art. 68 del CC...). Y, dado que en definitiva nunca se logra aquello que concretamente hubieran impuesto los tribunales, no veo más problema en aceptar la inclusión en el tipo de la imposición de prestaciones de hacer o no hacer en tanto resulten abstractamente configurables en nuestro Derecho.

Los supuestos de evidente inexistencia del derecho, de inviabilidad del mismo, de falta de carácter vencido y exigible, etc., no carecen de relevancia; pero no en cuanto circunstancias objetivas sino en cuanto elementos que pueden indicar la falta del elemento subjetivo. Porque si el sujeto sabe que no tiene derecho, o si es consciente de que su derecho -aun abstractamente configurable en el ordenamiento- tiene vicios que impiden su existencia concreta -incluyendo, ahora sí, las causas torpes y supuestos carentes de tutela jurisdiccional plena, en tanto el sujeto sea consciente de ello-, o si le consta que hay frente a su pretensión objeciones legítimas, no quiere realizar un derecho: quiere lograr algo a lo que sabe no tener derecho. Y entonces sale por definición del ámbito del delito que nos ocupa.

Finalmente, en cuanto a la necesidad formulada por algunos de que se dé una contenciosidad del derecho en cuestión o de que concurra una previa situación de desconocimiento o vaciamiento del mismo,<sup>82</sup> a mi juicio responde más a pretensiones moralizantes que a consideraciones de ofensividad. Quien realiza por la fuerza un derecho pacíficamente reconocido no integra por ello más injusto que si el derecho fuera discutido; antes al contrario, bien puede entenderse que su acción merece menor desvalor, porque al fin y al cabo se le discute el cómo pero no el objeto. Pretender castigar a éste por coacciones o robo y a quien

---

<sup>82</sup> V.gr., dando a la culpa del incumplidor influencia en la cuantía del injusto, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 29. Vid. asimismo STS de 22-XII-1998 (A10060), que recoge la necesidad de previo requerimiento pacífico suscitada por alguna jurisprudencia con el CP anterior (supra, 2.B.II.b).

realiza un derecho negado o desconocido por el deudor por realización arbitraria del propio derecho me parece de una desproporción notable.

### **5.A.II.b.3.- Relación con el ánimo de lucro.**

La relación entre el ánimo de lucro y el de realizar un derecho propio ha heredado los problemas de deslinde que con el texto legal precedente se discutían entre el ánimo de hacerse pago y el de lucro (vid. supra 2.B.II.c). Así, mientras para los más el ánimo de realizar un derecho propio excluye el ánimo de lucro, tratándose de figuras incompatibles,<sup>83</sup> para otros no es sino una modalidad de éste que a su vez excluye, eso sí, el ánimo de lucro injusto.<sup>84</sup> Una toma de postura coherente en este punto exige una previa opción acerca de lo que por ánimo de lucro debe entenderse.

No pretendo aquí, evidentemente, un estudio en profundidad sobre el ánimo de lucro, pero sí perfilar algunas consideraciones críticas que resultan, a mi juicio, suficientes para diferenciarlo del de realizar un derecho propio. Y el primer paso es reconocer la necesidad de dotar de contenido al requisito típico de ánimo de lucro; lo que no sucede cuando se quiere entender que basta para integrarlo ‘cualquier utilidad, ventaja, satisfacción, provecho o goce’ material o moral, incluida la mera contemplación, a conseguir mediante el disfrute de una cosa ajena.<sup>85</sup> El principio de vigencia impone dotar de contenido el requisito de ánimo de lucro, y en la interpretación señalada concurriría siempre con la toma o apropiación de cosas ajenas. Me parece, pues, plenamente razonable la pretensión de acotar el lucro típico al ámbito inmediato y patrimonial,<sup>86</sup> entendiendo que nos

---

<sup>83</sup> V.gr. Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162; González Rus, “Delitos...”, pág. 491; SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33) y SAP de Huesca de 16-V-2000 (AA2112).

<sup>84</sup> V.gr. Fernández García y López Moreno, pág. 621; quienes por cierto citan en este sentido a Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 25 ss., cuando éste resolvía expresamente que el ánimo de hacerse pago sí es ánimo de lucro injusto (pág. 37) aunque no integre lesión típica del bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales (págs. 38-41).

<sup>85</sup> Vid. SSTS de 8-III-1958 (A1191), 23-I-1976 (A169), 15-III-1991 (A2145) y las que citan; y Viada y Vilaseca, pág. 221. Críticos, por todos, Díaz Palos, pág. 675; y García Arán, M., *El delito de hurto* (1998), págs. 128 s.

<sup>86</sup> Así Rodríguez Devesa, *El hurto propio*, págs. 180-206, a quien sigue Díaz Palos, *passim*; en esta línea también García Arán, *El delito*, págs. 131 s. Protesta la limitación a acrecentamiento

encontramos ante un elemento subjetivo del injusto que da lugar -por regla general-<sup>87</sup> a una estructura típica de tendencia intensificada.

Pero creo que se puede ir más allá; y aquí es donde entra de lleno el deslinde con el ánimo de realizar un derecho propio. Porque, de hecho, el restringir el lucro típico al ámbito patrimonial no acaba de explicar el sentido determinante del injusto penal del ánimo de lucro: no hay interés social ninguno contrario al enriquecimiento de los ciudadanos (tengan o no título del que se derive su incremento patrimonial) que antes bien resulta provechoso para la colectividad, lo que quiere evitarse es que el enriquecimiento de uno se produzca a costa de otro.<sup>88</sup> Sólo puede resultar lícito el lucro a costa ajena cuando resulta amparado por un título jurídico; cuando la ley penal reclama ánimo de lucro está pidiendo un ánimo de enriquecimiento patrimonial sin título y a costa de tercero.<sup>89</sup>

A mi juicio y desde este punto de partida el ánimo de lucro penal se configura siempre como ánimo de lucro injusto; cuando el sujeto crea tener título jurídico para su enriquecimiento su acción sale del ámbito de los delitos patrimoniales de enriquecimiento que lo requieren por faltar el ánimo de lucro.<sup>90</sup> Y, si el sujeto ha recurrido a la fuerza, entra de lleno en el ámbito del delito de realización arbitraria del propio derecho, porque su ánimo era el de realizar un

---

de riqueza material **Quintero Olivares, G.**, "El hurto" (M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Comentarios a la legislación penal t. V.2* (1985)), pág. 1142.

<sup>87</sup> En cuanto se asocia a conductas objetivas de toma o apoderamiento o a actos de disposición (v.gr. arts. 234, 237 y 248 del CP) en que se agota: el ulterior decurso del patrimonio del sujeto activo -que nunca se mantiene estático- escapa tanto del tipo como del alcance mismo del elemento subjetivo que es el ánimo de lucro.

<sup>88</sup> **Zimmerl**, pág. 39, citando en su apoyo a POMPONIO (*'Natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem'*).

<sup>89</sup> Sobre este punto, vid. **Sáinz de Robles, C.**, "El ánimo de lucro" (*LH-Rodríguez Devesa II* (1989)), págs. 299-305. Para la STS de 4-X-1935 (135, 10): el ánimo de lucro 'supone apoderamiento ilegítimo esto es, sin ninguna razón ni motivo legal o moral que lo justifique, evidenciando por la conducta del culpable, encaminada a conseguir de un modo especial la apropiación de cosas ajenas sin título alguno para ello ni otro móvil que el de aumentar injustificadamente el patrimonio propio a costa del ajeno'; y en consecuencia el ánimo de hacerse pago lo 'destruye'.

derecho propio. Se trataría, pues, de dos ámbitos complementarios e incompatibles.<sup>91</sup>

En efecto, el delito de realización arbitraria del propio derecho y los delitos patrimoniales que recaban ánimo de lucro atienden a ámbitos distintos, aunque en ambos el beneficio propio tenga costes para tercero: el ánimo de realizar un derecho propio persigue algo para lo que se cree tener título, el ánimo de lucro va tras un incremento patrimonial al que se sabe no tener ningún derecho. Si esto es cierto, ni el ánimo de realizar un derecho propio (por definición, ya que no queda restringido al ámbito patrimonial) ni ninguna de sus variantes (v.gr., ánimo de hacerse pago) puede ser una modalidad del ánimo de lucro, porque no hay ánimo de lucro injusto.

Resolver si quien ha realizado su derecho por la fuerza se lucra o no es una cuestión que depende del concepto de patrimonio que se adopte;<sup>92</sup> a mi juicio, no cabe duda de que es mejor situación patrimonial la de quien puede disfrutar de su derecho que la de quien no lo hace (*minus est actionem habere quam rem*).<sup>93</sup> Y, si efectivamente se ha producido un lucro a través del recurso ilegítimo a la fuerza, es indudable que se ha producido un lucro injusto.<sup>94</sup> No discuto la concurrencia objetiva del lucro antijurídico: lo que afirmo es que el ánimo de lucro como elemento subjetivo especial del tipo no puede afirmarse, porque el sujeto quería lucrarse con título, realizar su derecho.<sup>95</sup> Precisamente el recurso ilegítimo a la fuerza para lograrlo es lo que se castiga en este caso; pero el ámbito conceptual correspondiente a los delitos patrimoniales de enriquecimiento, que el legislador

---

<sup>90</sup> Como elemento subjetivo, lo que no significa que no pueda producirse un lucro injusto; vid. infra en el texto.

<sup>91</sup> Así SSTS de 1-III-1999 (A1289); y SAP de Burgos de 26-VI-1997 (AA1216). Creo que en esta línea pueden leerse ya las consideraciones de Carrara, "Fine...", pág. 481, y "Furto...", pág. 97. Entre nosotros, Díaz Palos, págs. 674 ss.

<sup>92</sup> Sobre esta cuestión, extensamente, De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 5 ss., y *Tutela penal*, págs. 112 ss.

<sup>93</sup> POMPONIO, glosando a QUINTO MUCIO en D. 50, 17, 204.

<sup>94</sup> Porque, como afirma Bajo Fernández, *La rapd*, pág. 37, siguiendo a HAFTER y a SAUER, lo que hace injusto el enriquecimiento es el medio empleado para conseguirlo.

<sup>95</sup> Vid., en esta línea, Magaldi Paternostro, págs. 111 s.

ha querido definir empleando un elemento subjetivo, resulta esencialmente diverso. Y, en consecuencia, la calificación de los supuestos en que el sujeto actúe con la finalidad de realizar un derecho propio y no recurra a la fuerza no podrá resolverse acudiendo al delito de hurto (lo que, además, sería penar más gravemente cuando no se emplee fuerza), porque falta el ánimo de lucro.

Queda por definir, esto sentado, la calificación de los supuestos en que el sujeto emplea violencia, intimidación o fuerza en las cosas para apropiarse de cosa debida, y toma de más. Pues bien, creo que no puede exigirse al sujeto una precisión en la valoración del objeto de apropiación que exceda de lo razonable, e incluso puede resultar aceptable que crea tener derecho a tomar lo necesario para resarcirse de daños, perjuicios y costes de conversión en efectivo de lo que tome para pago; pero cuando exceda de esto sale necesariamente del ámbito del delito de realización arbitraria del propio derecho.<sup>96</sup> Se presentan, pues, tres opciones: castigar por un único delito de robo, castigar por un delito de realización arbitraria del propio derecho y por hurto en cuanto al exceso -entendiendo que el recurso a la fuerza queda consumido en el castigo por el primer delito-, o castigar por delito de realización arbitraria del propio derecho y por robo en cuanto al exceso.<sup>97</sup> A mi juicio, la respuesta puede depender del caso; pero cuando la apropiación de lo debido y del exceso se presente en unidad de hecho castigar por dos delitos constituye un *bis in idem*, y debe prevalecer la calificación de robo con fuerza o con violencia o intimidación. Principalmente, porque si el ánimo de lucro y el de realizar un derecho propio son incompatibles, quien en unidad de acción se apodera de cosas debidas y de cosas a las que sabe no tener ningún derecho actúa con ánimo de lucro y no puede actuar con el de realizar un derecho

---

<sup>96</sup> Importa, en definitiva, como señala la SAP de Toledo de 11-V-1998 (AA1774), que pueda apreciarse la voluntad de realizar el propio derecho, y no la correspondencia cuantitativa. En la misma línea, STS de 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001). En Italia, ya de antiguo, para Carrara, "Furto...", págs. 115 ss. la toma en exceso no convertía el eapr en hurto si la cosa era inescindible, el autor ignoraba el mayor valor o ignoraba el montante de su crédito (en la misma línea Moscatelli, págs. 802 s.); y para Manzini, *Trattato del furto*, pág. 310, el mayor valor de la cosa respecto del crédito no permite excluir a priori el delito de eapr.

propio.<sup>98</sup> Lo que, además, da lugar a consecuencias mucho más satisfactorias desde el punto de vista del principio de proporcionalidad: no tendría ningún sentido castigar más a quien toma cosas en parte debidas y en parte indebidas que a quien toma por los mismos medios la misma cantidad de cosas sobre las que ni tiene ni cree tener ningún derecho.<sup>99</sup>

### **5.B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (I).**

De todo lo afirmado se siguen importantes consecuencias en materia de autoría y participación en el delito de realización arbitraria del propio derecho. Sin embargo, sólo pueden extraerse de ello conclusiones incompletas: el elemento subjetivo cualifica la actuación objetiva, pero carece de sentido sin referencia a ésta, cuya integración es determinante de la aparición del delito y perfila elementos fundamentales para la definición de la autoría y la participación.

La cuestión sólo puede resolverse definitivamente, pues, conjugando el elemento subjetivo ('para realizar un derecho propio') con la conducta objetivamente requerida ('empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas'), cuyo estudio corresponde a otro capítulo de este trabajo en que será preciso, asimismo, abordar cuestiones de autoría y participación (infra, cap. 7). No obstante, conviene adelantar algunas cuestiones que se resuelven precisamente sobre la base del elemento subjetivo y respecto de las que puede ya ir acotándose una solución adecuada.

---

<sup>97</sup> Sobre las posiciones doctrinales en esta cuestión, con el CP anterior, supra, 2.B.II.b.

<sup>98</sup> En este sentido puede compartirse la afirmación de la STS de 14-II-1990 (A1468) de que el delito de robo 'excluye siempre y de manera incontestable' el de rapd.

<sup>99</sup> Apuntan, sin embargo, al concurso real de delitos Serrano Gómez/Serrano Maíllo, pág. 824.



### 5.B.I.- Autoría, coautoría y autoría mediata.

Es frecuente la afirmación de que el delito del art. 455 del CP es un delito especial, del que sólo podrá ser sujeto activo el titular de un derecho;<sup>100</sup> para algunos, pudiendo resultar sujeto pasivo cualquiera,<sup>101</sup> para otros, sólo el deudor -o, incluso, el deudor incumplidor-.<sup>102</sup> Creo que conviene matizar este extremo.

El art. 337 del precedente CP configuraba el tipo correlativo atendiendo a una situación objetiva en que era precisa una relación obligacional, lo que daba lugar a la conformación de un delito especial en atención a criterios objetivos: el sujeto activo había de ser acreedor,<sup>103</sup> y apoderarse de cosa perteneciente a uno que fuera deudor suyo.<sup>104</sup> En el código actual, por el contrario, no hay más referencia al 'derecho' que la contenida en el elemento subjetivo del tipo; y, dado que éste no ha de ser necesariamente congruente con la situación objetiva,<sup>105</sup> el delito es especial sólo en cuanto en el sujeto activo ha de concurrir el elemento subjetivo especial. En tanto quiera realizar un derecho subjetivo que crea corresponderle, cualquiera puede ser sujeto activo.

Es autor del delito que nos ocupa, pues, quien desarrolla la conducta objetiva (empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas; vid. infra cap. 7) y presenta el elemento subjetivo especial (finalidad de realizar un derecho propio; supra, A).

La coautoría resulta posible, cuando varios sujetos en los que concurre el elemento subjetivo realizan la conducta objetiva desplegando fuerza, violencia o

---

<sup>100</sup> Así v.gr. SSTS de 27-III-2000 (A1803), 31-III-2000 (A3490), y 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001); y SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821).

<sup>101</sup> V.gr. Serrano Gómez/Serrano Maíllo, pág. 823; y STS de 1-III-1999 (A1289).

<sup>102</sup> Así v.gr. Colás 28 y 103; Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 161; y SSTS de 22-XII-1998 (A10060) y 31-III-2000 (A3490); vid. asimismo Beneytez Merino, pág. 4251; y González Rus, "Delitos...", págs. 487 s. y 491.

<sup>103</sup> Sin embargo, pese a entender que el actual precepto exige también la titularidad del derecho, niega que pueda construirse sobre esta base un delito especial propio, 'ya que en un Estado democrático no puede existir una categoría de 'derechohabientes'', Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 614.

<sup>104</sup> Aunque no siempre fuera el deudor el sujeto pasivo de la violencia; vid. supra 2.B.II.b.

<sup>105</sup> Vid. supra A.II.b.

intimidación. Eso sí, si alguno de los intervinientes que desarrollan actos propios de autoría en cuanto al objetivo recurso a la fuerza se refiere no lo hace con la finalidad de realizar un derecho propio, entendida en los términos en que vengo perfilándola en este capítulo, responderá como autor del delito común correspondiente al recurso a la fuerza que haya hecho, pero no por realización arbitraria del propio derecho;<sup>106</sup> sin perjuicio, claro está, de que pueda seguir manteniéndose la calificación de (co)autor(es) de un delito del art. 455 del CP para los demás intervinientes. Si la autoría se define en este delito por la concurrencia de un elemento objetivo y uno subjetivo, no puede estimarse coautor a quien no presente alguno de estos.

Y también parece perfectamente posible la autoría mediata;<sup>107</sup> v.gr., cuando un sujeto hace que su dependiente, que cree de buena fe que su principal es el propietario de un almacén del que ha perdido las llaves cuando en realidad pertenece al deudor de éste, eche abajo la puerta y traslade a otras dependencias las mercancías que se le deben. Eso sí, en tanto el instrumento no actúe dolosamente; cuando se trate de un instrumento doloso en quien no concurre el elemento subjetivo que requiere el tipo -no actúa para realizar un derecho propio, ni siquiera en términos de representación<sup>108</sup>-, lo que tenemos es un autor doloso del delito común correspondiente destinado a la represión del uso de la fuerza efectuado. El 'hombre de detrás' no puede ser autor mediato, porque su 'instrumento' es autor y absorbe con ello el peso de la autoría;<sup>109</sup> en cuanto a la

---

<sup>106</sup> Contra, con el CP anterior, mantenía la calificación como cómplice 'por mucho que haya realizado actos de coautoría' del *extraneus*, en vez de romper el título de imputación, **Gracia Martín, I**, pág. 199. Línea que sigue, con el CP actual, concurriendo el elemento subjetivo pero no la condición de acreedor, la SAP de Valencia de 30-VI-1998 (AA3320).

<sup>107</sup> En esta línea, STS de 31-III-2000 (A3490). Para una revisión crítica de la categoría dogmática de los delitos de propia mano, **Maqueda Abreu, M.L.**, *Los delitos de propia mano: críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal* (1992).

<sup>108</sup> Véase el apartado siguiente en el texto.

<sup>109</sup> En esta línea apunta **Ferré Olivé, J.C.**, "Autoría y delitos especiales" (*LH-Barbero Santos I* (2001)), págs. 1021 y 1025 s.

calificación que merece lo que sólo de inducción puede ya calificarse, me ocuparé de ello en breve (infra, B.II).

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo de la acción,<sup>110</sup> dado que el sujeto activo no necesariamente será acreedor o derechohabiente, no tiene sentido limitarlo al deudor u obligado.<sup>111</sup> Limitación que, además, sería innecesaria: desde la delimitación del bien jurídico y la forma de afectación del mismo que asumo (supra, 4.C), sujeto pasivo de la acción es quien sufre la violencia, intimidación o fuerza en las cosas, sea o no realmente deudor. Por los mismos motivos que he afirmado la irrelevancia de la efectiva existencia del derecho que se quiere realizar (supra, A.II.b.2) resulta indiferente que el afectado sea o no el obligado por éste.

#### ***5.B.I.a.- La actuación en nombre de otro.***

En cuanto a la posibilidad de que sea un tercero respecto de la relación jurídica quien recurra a la fuerza en lugar del derechohabiente, las opiniones doctrinales aparecen divididas. Mientras para unos no sería posible subsumir la conducta en el art. 455 del CP, debiendo castigarse al sujeto de acuerdo con los tipos comunes correspondientes que se ocupan de la represión del empleo de la fuerza,<sup>112</sup> para otros cabría el recurso a la previsión del art. 31 del CP y podría castigarse al representante por realización arbitraria del propio derecho.<sup>113</sup> Y no falta quien distinga en función de la fuente de que derive esa ‘representación’, separando representación legal y voluntaria,<sup>114</sup> o insistiendo en la inviabilidad de

---

<sup>110</sup> Habiendo asumido como bien jurídico uno de carácter colectivo, carece de sentido aquí plantear la determinación del sujeto pasivo del delito en cuanto titular del bien jurídico protegido.

<sup>111</sup> Alcanza, desde otros presupuestos, la misma consecuencia la STS de 1-III-1999 (A1289).

<sup>112</sup> Así Fernández García y López Moreno, pág. 615; Serrano Gómez/Serrano Maíllo, pág. 823, citando la STS de 9-V-1996 (A3810), que aplica el CP derogado; y SAP de Las Palmas de 5-X-2000 (AA3331).

<sup>113</sup> Así González Rus, “Delitos...”, pág. 488; y Del Moral García, pág. 1776.

<sup>114</sup> Incluye deberes legales (v.gr. custodia de los bienes de hijos sometidos a patria potestad) y excluye ‘cualquier otra relación similar dimanante de un acuerdo de voluntades y no de la ley’ Vázquez Iruzubieta, pág. 599. Contra, lleva los deberes legales a la aplicación de los tipos

aplicar el delito que nos ocupa a ‘forzudos’ u organizaciones dedicadas al cobro de deudores morosos.<sup>115</sup>

Creo que desde los presupuestos de que parto, y que he intentado argumentar en el presente capítulo, es posible adoptar una solución coherente para estos supuestos. Y el primer paso para ello es subrayar que el elemento subjetivo del tipo, único que en el art. 455 del CP hace referencia a un ‘derecho’, se configura de forma no necesariamente congruente con la realidad fáctica. Lo que descarta ya desde un principio la posibilidad de resolver el problema recurriendo al art. 31 del CP, que atiende a ‘condiciones, cualidades o relaciones’, pero no a elementos subjetivos del tipo.

En efecto, la cláusula general de actuación en lugar de otro contenida en el art. 31 del CP cumple no sólo la función de colmar ‘lagunas de punibilidad’ sino también otra de singular importancia como es la de ‘reajuste o corrección de la calificación del hecho’;<sup>116</sup> o mejor, su función es precisamente la de reajuste, siendo el eventual efecto de extensión de lo punible una simple consecuencia de ésta. Sin embargo, sea cual fuere la función que en un caso concreto ejerza lo hace siempre en referencia a elementos objetivos (‘condiciones, cualidades y relaciones’) y nunca a elementos subjetivos del tipo.<sup>117</sup> Lo que, por demás, resulta lógico: en estos no tiene sentido la representación, dada su naturaleza y su efecto sobre el desvalor de acción, ya que nos interesa la presencia en el agente (y no en otro por cuenta de quien pueda actuar) del factor anímico requerido por el tipo. Así, si las previsiones del código referidas a la actuación en nombre ajeno resultaban perfectamente aplicables al requisito objetivo de la existencia de una

---

comunes correspondientes, estudiando en su caso una posible causa de justificación, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 488.

<sup>115</sup> Vid. **Beneytez Merino**, págs. 4255 s.

<sup>116</sup> Así, en su estudio del precedente -y más restringido- art. 15 bis del CP de 1944, **Gracia Martín, I**, pág. 84.

<sup>117</sup> Vid. **Gracia Martín, L.**, *El actuar en lugar de otro en DP II* (1986), págs. 124-128; cf. asimismo, aunque centrado en la imposibilidad de imputar a personas jurídicas ‘caraterísticas subjetivas de autor’, **Octavio de Toledo y Ubieto, E.**, “Las actuaciones en nombre de otro” (*ADPCP* 1984), págs. 63 s.

relación crediticia ('acreedor'... 'perteneciente a su deudor') que formulaba el art. 337 del CP de 1944, no pueden alcanzar en modo alguno al elemento finalístico del tipo, ni al del vigente art. 455 ('para realizar un derecho propio') ni al de su antecedente ('para hacerse pago con ella').

En los elementos subjetivos del injusto, a mi juicio, no cabe nunca representación y sí sólo concurrencia o no en el sujeto actuante. La cuestión, en esta sede, es si se puede actuar 'para realizar un derecho propio' cuando ese derecho, existente o putativo, corresponde a otro. Naturalmente, si leemos en 'propio' la presencia de un 'elemento subjetivo de carácter egoísta', la negativa habrá de ser radical.<sup>118</sup> Pero, a mi juicio, es cuestionable que la ley configure aquí un elemento 'egoísta'; ciertamente, se pide que el derecho que se quiere realizar sea 'propio', pero con ello, a mi juicio, lo que se está pidiendo es que se trate de un derecho subjetivo (libertad de actuación y deber correlativo; vid. supra 1.B.I.b). Y un derecho subjetivo ha de ejercerlo su titular... o, en su caso, quien actúe en su nombre: a mi juicio, podrá ser autor del delito de realización arbitraria del propio derecho tanto quien se cree titular del derecho como quien se cree representante o mandatario -expreso o tácito- de éste.

Lo que resulta coherente con el bien jurídico asumido y la forma de afectación señalada:<sup>119</sup> la modulación del desvalor de acción resulta equivalente en quien cree estar realizando un derecho propio y en quien actúa por cuenta de alguien a quien cree que le corresponde un derecho subjetivo. El hijo que gestiona los negocios del padre, el administrador de una empresa, el amigo que se presta a resolver un negocio, si recurren a la fuerza para realizar derechos del

---

<sup>118</sup> Vid. v.gr. con el código anterior el razonamiento de Gracia Martín, I, págs. 153-156 y 199, aun reconociendo que entender que el ánimo de hacerse pago es de carácter egoísta y el de lucro no tiene por qué serlo da lugar a soluciones injustas desde el punto de vista material-valorativo -castigo por robo de quien actúe en lugar del acreedor- (pág. 155) y proponiendo acudir al gobierno por vía del art. 2.II de aquel CP. El autor, por demás, presenta en este extremo cierta indefinición, proponiendo en ocasiones la solución 'político-criminalmente justa y dogmáticamente correcta' de castigar por rapd (págs. 85 s. y 271), y en otras negando esta calificación por un motivo distinto (falta de acceso al dominio social típico, pág. 388).

<sup>119</sup> Vid. supra 4.C.

principal integran, a mi juicio, el delito de realización arbitraria del propio derecho. Y ello, se trate de representaciones legales o voluntarias, en tanto lo que se quiera realizar sea un derecho subjetivo.

La solución esbozada valdría tanto para la representación de personas físicas como para la de personas jurídicas,<sup>120</sup> siendo en ambos casos aplicables las mismas reglas; tanto en aquellos casos en que el 'representante' actúe como autor único, como en los que intervenga junto a otro u otros, sean representantes o derechohabientes reales o ficticios, en calidad de coautor. Lo que, pese al temor expresado por algunos al estudiar la posibilidad de castigar por este título a quien no sea titular del derecho, no supone abrir puertas a que todo recurso a la fuerza quede penado con una multa: podrá siempre alegarse que se quería realizar un derecho, pero esa alegación ha de sustentarse de algún modo, la finalidad ha de haberse manifestado en la acción.<sup>121</sup> El amigo o el dependiente que ayudan al principal a coaccionar al pago al deudor, si su papel en el hecho integra elementos propios de autoría, responderán por el art. 455 del CP, en calidad de coautores, en tanto actúen con la finalidad de realizar el derecho de quien creen de buena fe acreedor.

Cuestión distinta es la que se plantea cuando el tercero que ejerce violencia, intimidación o fuerza en las cosas lo hace por precio; y muy especialmente cuando se trata de organizaciones profesionalmente dedicadas al cobro de deudores morosos. Pues bien: quien accede por precio a ejercer la fuerza contra tercero se mueve en un ámbito conceptualmente diverso del que corresponde al ánimo de realizar un derecho propio, en términos tales que no puede, a mi juicio, pretenderse equipararlos. Y se mueve, por ende, en el ámbito de los delitos ordinariamente destinados a reprimir el recurso a la fuerza y no en

---

<sup>120</sup> Respecto de estas últimas, por cierto, la jurisprudencia no ha encontrado reparo en imputar un delito de rapd a los socios o trabajadores que realizan derechos de la sociedad (vid. STS de 23-I-1998 (A84); SAP de Murcia de 27-VII-1998 (AA3488)), como tampoco en estimar el delito cuando se presiona al socio para que cumpla la sociedad (SAP de Zaragoza de 30-X-1998 (AA4174)). Contra, respecto de ambas posibilidades, STS de 31-III-2000 (A3490).

el del de realización arbitraria del propio derecho.<sup>122</sup> No pretende realizar derechos, ni propios ni de alguien a quien representa; entra en escena específicamente para emplear la fuerza (a lo que, lo he dicho ya antes, nadie tiene derecho), la realización del derecho juega aquí un papel marginal que difícilmente puede minorar el contenido de injusto.<sup>123</sup> Esto, claro está, cuando el precio es precisamente para emplear la fuerza; cuando el sujeto cobra por su gestión o representación y sólo accidentalmente en un momento posterior se plantea y asume el recurso a la fuerza, el precio es indiferente y lo que tenemos es una representación de origen contractual a la que son aplicables las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes. Y lo mismo sucede con las organizaciones dedicadas al cobro de morosos: si asumen contractualmente la cobranza por vías legítimas de un crédito y coyuntural y accidentalmente el cobrador recurre para ello a la fuerza, nada impide poder estimar el delito que nos ocupa; si a lo que se dedican es a cobrar por la fuerza sistemáticamente, el acto violento será punible de acuerdo con los tipos comunes correspondientes, sin perjuicio de la estimación cumulativa de un delito de asociación ilícita.

#### ***5.B.I.b.- La posibilidad de comisión por omisión (remisión).***

Por lo que respecta a la posibilidad de comisión por omisión del delito de realización arbitraria del propio derecho, si ciertamente pueden plantearse muy serias objeciones a la misma no es sin embargo por cuestiones relativas al elemento subjetivo que es objeto de este capítulo. Por lo que a la finalidad de realizar un derecho propio respecta, nada obsta a la posibilidad de admitir conductas omisivas.

---

<sup>121</sup> Vid. supra A.II.a.

<sup>122</sup> Contra, estima coautoría de rapd (en construcción por demás curiosa, sobre la que volveré infra, 5.B.II en n. 126) en la actuación de quienes intervienen para ejercer violencia por un porcentaje del 50% de lo obtenido, en términos de remuneración más que de transmisión de crédito, la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821).

<sup>123</sup> Vid., en referencia al CP anterior, STS de 9-V-1996 (A3810).

El problema, difícilmente salvable por demás, es la configuración misma del tipo y la de la cláusula general de comisión por omisión del art. 11 del CP. No ya por la existencia de deberes jurídicos de actuar, que especialmente por vía contractual pueden fácilmente configurarse, sino por la posibilidad de concebir una violencia omisiva o de entender implícito en el recurso a la fuerza un resultado cuya no evitación pueda equivaler, según el sentido del texto legal, a su causación. Pero la respuesta a estas cuestiones exige un posicionamiento acerca del entendimiento del inciso 'empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas' para el que remito a la sede oportuna (*infra*, 7.B.I.a).

### ***5.B.II.- Inducción y cooperación necesaria.***

La inducción y la cooperación necesaria son, en este delito, perfectamente configurables; y no requieren en el inductor o cooperador necesario la concurrencia del elemento subjetivo especial que es la finalidad de realizar un derecho propio, por cuanto no siendo estrictamente autores no es su desvalor de acción el que determina la tipicidad del hecho. En cuanto a la cooperación necesaria, pues, queda poco por decir: su carácter necesario o no ha de seguirse de la consideración de la conducta objetivamente desarrollada, esto es, del recurso a la fuerza empleado (*vid. infra* 7.B.II), y no requiere ningún elemento subjetivo especial.<sup>124</sup> La problemática relativa a la inducción requiere un análisis más detenido.

Por una parte, puede darse la situación de que el inductor no presente el elemento subjetivo del tipo. El problema no plantea mayor dificultad tanto si anima a otro a realizar su derecho por la fuerza y éste lo hace efectivamente (con lo que tendremos un inductor y un autor del delito del art. 455 del CP) como si induce a emplear la fuerza con independencia de la realización de un derecho y así sucede efectivamente (con lo que tendremos inductor y autor del delito común correspondiente). Pero quedan otras dos posibilidades: que induzca a uno a



emplear la fuerza sin más y éste lo haga con la finalidad de realizar un derecho propio (con lo que el autor lo es del delito de realización arbitraria del propio derecho), y que induzca a realizar por la fuerza un derecho propio de aquel sobre quien influye y el inducido exceda de este ámbito cometiendo con ello un delito común (por ende, autor de coacciones, robo...). En el primer caso, no me parece posible castigar la inducción del delito no realizado;<sup>125</sup> la pregunta es si puede o no castigarse por inducción del delito del art. 455 del CP. Y, a mi juicio, en tanto pueda afirmarse la eficacia de la inducción sobre la conducta efectivamente desarrollada, sí: se indujo a emplear la fuerza, y ésta ha sido efectivamente empleada; la concurrencia adicional de un elemento subjetivo especial en el autor minorra el desvalor de acción y con ello corrige la calificación jurídica del hecho, pero la fuerza inducida ha aparecido y es de hecho lo que se castiga. Tendremos, pues, un inductor de realización arbitraria del propio derecho; siempre, claro está, que no haya realizado actos ejecutivos de autor, porque en este caso no será tal sino autor del delito común correspondiente. En el segundo caso, en que el inductor pretendía una realización arbitraria de derechos y el agente recurre simplemente a la fuerza sin este propósito o con exceso sobre lo necesario para aquélla, la cuestión es diferente. En tanto el dolo (siquiera eventual) del inductor no alcanzara a tanto, no puede castigársele como inductor del delito común doloso; y tampoco puede castigarse la inducción que no ha hecho al inducido determinarse a delinquir en el sentido que se pretendía: no queda sino la impunidad. Podrá cuestionarse la oportunidad de esta solución, pero la ley no permite el castigo de una inducción en que el inducido -aunque decida hacer otra cosa- no determina cometer el delito al que se le invita.

---

<sup>124</sup> En esta línea, SAP de Murcia de 27-VII-1998 (AA3488).

<sup>125</sup> Respecto de las razones para la impunidad de la inducción que no logra siquiera hacer anidar en el inducido el propósito delictivo vid. Mira Benavent, J., “¿Ha despenalizado el CP de 1995 la inducción frustrada?” (*LH-Valle Muñiz* (2001)), págs. 528-530, con cita de doctrina a favor y en contra.

Por otra parte están los supuestos en que es el inductor quien desea realizar un derecho propio a través del actuar del inducido. La calificación del actuar de este último, de acuerdo con los principios esbozados (supra, B.I.a), se resuelve en función de la concurrencia o no en él del elemento subjetivo que nos ocupa;<sup>126</sup> y, si acabamos por afirmar que integra como autor un delito de realización arbitraria del propio derecho, no plantea ningún problema el castigo del inductor por el mismo título. La dificultad surge cuando el autor ha integrado un tipo común; y aunque puede haber razones político-criminales atendibles que inviten a moderar la sanción en el caso concreto, a mi juicio no puede romperse el título de imputación.<sup>127</sup> En efecto, el acreedor sexagenario probablemente no se sienta con fuerzas de agredir a su deudor y coaccionarle al cumplimiento, lo que fácilmente hubiera hecho veinte años atrás; pero cuando contrata a un tercero para que lo haga en su lugar no se mantiene el mismo desvalor de acción en el hecho: está desencadenando un curso sobre el que ya no tiene control y en el que quien actúa no tiene finalidad de realizar derecho alguno. Deberá, pues, castigársele como inductor del delito común que en cada caso corresponda; en su caso, acudiendo a la atenuante de análoga significación respecto de la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho para moderar la pena.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Contra, la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821), en verdadera pirueta argumental: en un caso en que dos acreedores reclutan por precio a otras tres personas para ejercer violencia, tras afirmar que los dos primeros actúan como inductores y añadir que con su presencia en el acto violento se tornan partícipes por cuanto 'refuerzan con su presencia', respecto de los otros tres afirma que realizan actos de autor pero como *extranei* -entiende que es un delito especial del que sólo puede ser autor el titular del derecho- responderán a título de cooperadores necesarios... y concluye condenando a los cinco como autores ¡sin que ninguno pueda ser autor!

<sup>127</sup> Admiten sin embargo quiebra del título de imputación **Mares Roger y Martínez Lluesma**, pág. 183; y con el CP anterior STS de 9-V-1996 (A3810). Señala que aunque la jurisprudencia actual no lo admite con el anterior CP se acudió en ocasiones a los criterios del art. 65 del CP para castigar a inductor y autor por delitos distintos **Beneytez Merino**, pág. 4256; posibilidad que me parece inviable, toda vez que el art. 65 se refiere a 'circunstancias agravantes o atenuantes' y no a elementos subjetivos del injusto esenciales en la conformación del tipo; vid. **González Cussac, J.L.**, "Art. 65" (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995 I* (1996)), págs. 381-384.

<sup>128</sup> Respecto de la inaplicabilidad de la eximente incompleta y sobre la posibilidad de aplicar la atenuante análoga, infra, 6.B.II.a y 10.C.II.a.

### ***5.B.III.- Complicidad.***

En lo que a la complicidad en el delito de realización arbitraria del propio derecho se refiere, su admisión no plantea más problemas en tanto sea configurable en relación a la conducta objetivamente desarrollada (infra, cap. 7). Por cuanto al presente capítulo respecta, conviene sólo subrayar que los cómplices no han de participar necesariamente del elemento subjetivo del injusto que requiere el tipo.

De acuerdo con la doctrina de la accesoriedad limitada, en cuanto a elementos referidos al injusto se refiere no puede romperse el título de imputación salvo que la intervención a calificar alcance el grado de autoría; por ende los cómplices, actúen o no con la finalidad de realizar un derecho propio, lo son del delito de realización arbitraria del propio derecho en tanto el autor integre propiamente el tipo. Si los actos cooperativos son de entidad tal que quepa hablar de coautoría, estaremos a la solución ya propuesta (supra, B.I).

### **5.C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (I).**

El delito del art. 455 del CP es un delito doloso, porque como doloso se configura en el texto legal y la vigente configuración de *numerus clausus* en la imprudencia impide siquiera plantear la punibilidad de una comisión imprudente. Que, en todo caso, hubiera tropezado con dos serios escollos: el delito contiene un elemento subjetivo del injusto de carácter final cuya compatibilidad con una conducta-base imprudente parece dudosa,<sup>129</sup> por una parte, y por otra es difícilmente concebible aunar actuar imprudente y recurso a la fuerza (vid. infra cap. 7).

---

<sup>129</sup> No ya por el hecho de ser elemento subjetivo del tipo (vid. supra 5.A.II.a.2.i), sino en cuanto a su concreta conformación.

Se plantean, eso sí, problemas de error; problemas que, a mi juicio, pueden dividirse en tres bloques: los relativos a la existencia y exigibilidad o alcance del derecho, los relativos a la licitud del recurso a la fuerza para realizarlo, y los relativos al carácter violento, intimidatorio o de fuerza en las cosas de la conducta desarrollada. Me ocuparé aquí del primero de estos tres grupos, abordando por cuestiones de coherencia sistemática los otros dos en los capítulos siguientes.

### **5.C.I.- Posiciones mantenidas acerca del error sobre el 'derecho propio'.**

Para quienes mantienen que la existencia 'de manera cierta e indubitable' del derecho es presupuesto del tipo, en contraste con las previsiones del código italiano,<sup>130</sup> el error del sujeto respecto de la existencia del mismo o respecto de su validez y carácter vencido y exigible ha de tratarse de acuerdo con la disciplina penal del error.<sup>131</sup>

En esta sede, nadie plantea la cuestión relativa al supuesto en que el sujeto ignora tener derecho a aquello para conseguir lo cual recurre a la fuerza; situación cuya calificación difícilmente escapará a la correspondiente a los delitos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza, dado que en este caso no hay finalidad alguna de realizar un derecho. Si, al fin y al cabo, ni se ejerce un derecho -porque a lograr el resultado por la fuerza no había derecho- ni quiere realizarse un derecho, no tiene sentido intentar encuadrar la conducta en el tipo del art. 455 del CP.

Los problemas se presentan cuando el sujeto actúa para realizar un derecho que efectivamente no le asiste. Y son tres las vías de solución ensayadas: el error de prohibición, el error de tipo y el error inverso de tipo.

---

<sup>130</sup> Por todos, **Colás Turégano**, *El delito...*, n. 6 en págs. 29 s. y págs. 69, 98 y 102; y SAP de Navarra de 26-X-1998 (AA4606). Vid. asimismo STS de 22-XII-1998 (A10060).

<sup>131</sup> Así, citando jurisprudencia relativa al código anterior, **Del Moral García**, pág. 1776.

Para unos, pues, nos encontraríamos ante un error de prohibición;<sup>132</sup> la consecuencia lógica sería, así, aplicar las previsiones del art. 14.3 del CP. Sin embargo, el argumento tropieza con un escollo de importancia: la existencia del derecho arbitrariamente realizado no legitima el recurso a la fuerza, y por ende creer que concurre no induce a error sobre la ilicitud de la conducta por cuanto al delito del art. 455 del CP respecta. Sólo sucedería así si, como se ha planteado algunas veces,<sup>133</sup> el sujeto actúa en la creencia de estar ejerciendo legítimamente un derecho; pero esto nos saca del ámbito que aquí nos interesa, referido sólo al error sobre la existencia del derecho arbitrariamente realizado y no al error sobre la arbitrariedad de la realización, que será objeto de estudio en el siguiente capítulo. En cuanto al error sobre la existencia o titularidad del derecho, con conciencia de arbitrariedad en el recurso a la fuerza, creo que no es defendible el recurso al error de prohibición.

Para otros, en cambio, se trata de un error de tipo, a tratar también de acuerdo con los criterios sentados en el art. 14 del CP.<sup>134</sup> Lo que, por demás, da lugar a consecuencias singulares: sea error invencible o vencible, dado que no está prevista infracción imprudente correlativa, el resultado es la impunidad; esto es, que cuando el sujeto tiene un derecho y lo realiza arbitrariamente integra un delito y se le castiga con una multa, y en cambio cuando cree erróneamente tenerlo y lo realiza arbitrariamente queda impune. Me parece que esta consecuencia resulta inadmisibles; y se alcanza, por demás, partiendo de la premisa de que el error en cuestión debe responder a la disciplina del art. 14 del CP, lo que me parece cuestionable. Las previsiones del citado artículo están

---

<sup>132</sup> V.gr. **Mora Alarcón**, pág. 626; y SAP de Las Palmas de 13-VI-1998 (AA3394).

<sup>133</sup> Vid. v.gr. **Mares Roger y Martínez Lluesma**, pág. 183, citando la STS de 14-XI-1984 (A5488), que a su vez remite a jurisprudencia anterior.

<sup>134</sup> Así **González Rus**, "Delitos...", pág. 491. Por otra parte, para **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 906, se trataría de supuestos a calificar como robos con error sobre causa de justificación (lo que me parece cuestionable, pues ni siempre se tratará de conductas de apoderamiento, ni podrá afirmarse el ánimo de lucro, ni el derecho a la cosa justifica el actuar violento); y rectifica seguidamente entendiendo que 'se trata de un elemento típico' (lo que desde luego no puede referirse al robo, sino a la rapd) y acudiendo al art. 14.1 del CP.

concebidas para el error del sujeto que actúa confiando en la falta de elementos típicos, no para los supuestos en que cree que concurren los que realmente faltan: el denominado ‘error inverso’.

Al ‘error de tipo inverso’, finalmente, acude COLÁS TURÉGANO;<sup>135</sup> y, entendiendo que no es posible castigar por el tipo de realización arbitraria del propio derecho por falta de ‘crédito real, vencido y exigible’, ni por robo al faltar el ánimo de lucro, acude a amenazas o coacciones, planteando, en su caso, el recurso a alguna circunstancia de atenuación. Lo que nuevamente da lugar a consecuencias insatisfactorias, esta vez en los supuestos en que el sujeto haya recurrido a la fuerza en las cosas, que de acuerdo con el razonamiento seguido se castigarán como realización arbitraria del propio derecho si éste existía y quedarán impunes si el sujeto creyó erróneamente en la existencia del derecho.

Pero las conclusiones alcanzadas por la autora citada no son las únicas posibles desde la disciplina del error inverso. Sería, a mi juicio, planteable que los delitos de robo y de realización arbitraria del propio derecho pueden, en algunos casos, actuar como tipo básico y privilegiado, dado que, en definitiva, lo que excluye la estimación del ánimo de lucro es el ánimo de realizar un derecho propio, conceptualmente incompatible con éste y referido al mismo sustrato material-objetivo; y resulta perfectamente defendible que en todo caso el delito de realización arbitraria del propio derecho juega como tipo privilegiado respecto de los de amenazas y coacciones.<sup>136</sup> De aceptarse esto, el error inverso sobre la circunstancia determinante de la concurrencia del tipo privilegiado no obstaría a

---

<sup>135</sup> Colás Turégano, *El delito...*, págs. 140-142 (vid. págs. 136-142), glosando en este sentido comentarios de Rodríguez Montañés, págs. 246-250, al precepto anterior. Para el concepto y disciplina del error inverso remite a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (vid. *Cobo del Rosal y Vives Antón*, págs. 683 s.).

<sup>136</sup> En línea que señala la misma Colás Turégano, *El delito...*, pág. 35.

la estimación de éste:<sup>137</sup> si el sujeto creía en la existencia del derecho, responderá por el art. 455 del CP.

Y, sin embargo, todo lo anterior parte de un presupuesto que no comparto: que la existencia del derecho sea elemento del tipo y que la falta de la misma determine la presencia de un error penalmente relevante.

### 5.C.II.- Toma de postura.

Si partimos de la base de que ‘para realizar un derecho propio’ constituye en el delito que nos ocupa un elemento subjetivo del tipo, habremos de aceptar que por definición no tiene por qué resultar congruente con la realidad objetiva; esto es, que importa la finalidad del sujeto y no el referente objetivo al que se ligue dicha finalidad.<sup>138</sup> Y así, las circunstancias objetivas referidas al elemento en cuestión no se integran en el tipo, y el error acerca de las mismas es penalmente irrelevante. En suma: importa que el sujeto quiera realizar un derecho propio (entendiendo por tal, como queda argumentado, un derecho subjetivo abstractamente configurable en nuestro ordenamiento); que ese derecho exista o no en concreto resulta indiferente.<sup>139</sup> El tipo requiere el elemento subjetivo; nada menos, pero nada más.

La solución alcanzada desde este punto de partida teórico, que hace las diferencias con el precepto italiano meramente aparentes en este extremo,<sup>140</sup> tiene consecuencias prácticas, a mi juicio, satisfactorias. Quienes piden la concurrencia de un derecho realmente existente, vencido y exigible (incluso, a veces, ‘indubitado’, o al menos ‘viable’ en su defensa ante los tribunales) están configurando el elemento subjetivo como elemento objetivo; pero con ello

---

<sup>137</sup> Vid. Cobo del Rosal y Vives Antón, n. 85 en pág. 684; Morales Prats, F., “Art. 14” (G. QUINTERO OLIVARES y J.M. VALLE MUÑIZ (eds.): *Comentarios al nuevo CP* (1996)), pág. 107; y Vives Antón, T.S., “Art. 14” (*Comentarios al CP de 1995 I* (1996)), pág. 95.

<sup>138</sup> Vid. supra 5.A.

<sup>139</sup> Tanto respecto del tipo como respecto del contenido de injusto (vid. supra 5.A.II.b).

<sup>140</sup> Sobre este punto en el delito italiano correlativo, vid. supra 3.B.II.a. En esta línea, SSAP de Madrid de 17-VI-1998 (AA3201) y de Burgos de 26-VI-1997 (AA1216).

además piden lo que con frecuencia no puede saberse con certeza hasta que los tribunales realicen un pronunciamiento firme al respecto, y por añadidura se ven obligados a plantear complicadas cuestiones en sede de error respecto del delito de realización arbitraria del propio derecho. Por el contrario, asumiendo que estamos ante un elemento subjetivo del injusto el problema se ciñe a comprobar que el sujeto quería realizar un derecho que creía que le correspondía; esto es, que puede haber un derecho en los términos en que lo plantea el sujeto, con abstracción de la causa y circunstancias de que lo derive, y que el sujeto creía de buena fe estar asistido por el mismo. Cuestión, esta última, que habíamos de verificar en todo caso; pero con la diferencia de que desde la solución que asumo el sujeto puede siempre saber por qué delito ha de responder, mientras que cuando se afirma que la validez del derecho es presupuesto del tipo la calificación de su actuar puede depender de la suerte de la alegación de excepciones frente a su pretensión de cuya posibilidad no tenía idea el agente. Creo que la propuesta que defiendo se traduce en garantía de una mayor seguridad jurídica,<sup>141</sup> que no pueden oponérsele reparos desde el punto de vista técnico-dogmático, y que resulta coherente con la modulación del desvalor de acción que supone la creencia de estar realizando -aun arbitrariamente- un derecho propio (vid. supra A.II.b.2).

Todo ello sin perjuicio de que la evidente inexistencia, inviabilidad o falta de carácter vencido y exigible del derecho alegado puedan tener relevancia; pero no en cuanto circunstancias objetivas por aplicación de la disciplina del error, sino en cuanto indicios que permitan cuestionar la concurrencia de la finalidad de realizar un derecho propio.<sup>142</sup> Porque cuando el sujeto sabe que no tiene derecho alguno, o que éste tiene vicios que impiden su validez y eficacia, o que hay frente

---

<sup>141</sup> Para el imputado, ciertamente; pero sin las funestas consecuencias para la seguridad jurídica de sujetos pasivos y colectividad que temía la STS de 21-III-1991 (A2331).

<sup>142</sup> Y lo mismo, evidentemente, cabe afirmar con mayor motivo aún de los casos en que se trata, como plantea **Quintero Olivares**, "Art. 455", pág. 1342, de pretensiones repetidamente desestimadas por la jurisdicción.



a él objeciones legítimas, no quiere realizar un derecho: quiere lograr algo a lo que sabe no tener derecho.

Ahora bien: la exclusión de la posibilidad de estimar un error en los términos del art. 14 del CP en cuanto al elemento subjetivo del tipo respecta no supone la configuración de un delito respecto del que no cabe error alguno penalmente relevante. Tanto respecto de la actuación ‘fuera de las vías legales’ como respecto del efectivo desarrollo de ‘violencia, intimidación o fuerza en las cosas’ ha de estudiarse la posibilidad de error. Es materia, sin embargo, que corresponde a los capítulos siguientes.

## Capítulo 6

### La actuación 'fuera de las vías legales'.

*A.- 'ACTUANDO FUERA DE LAS VÍAS LEGALES'. I.- Origen del inciso en la tramitación parlamentaria. II.- Interpretaciones propuestas. III.- Toma de postura. III.a.- 'Tipos abiertos' y referencias del precepto a la antijuridicidad. III.b.- 'Actuando fuera de las vías legales'. B.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. I.- Legítima defensa y estado de necesidad. II.- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. II.a.- ¿Eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho?. C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (II). I.- Error sobre la 'legalidad' de la vía. II.- Error sobre la concurrencia de causas de justificación.*

El delito que nos ocupa incorpora a su descripción típica un requisito negativo que ha de leerse necesariamente, además, desde una perspectiva normativa. Son varios, y diversos, los sentidos en los que se ha propuesto su interpretación, con frecuencia apoyando o apoyándose en concretas tomas de postura acerca del bien jurídico correspondiente al delito de realización arbitraria del propio derecho. A desarrollar algunas consideraciones críticas y alcanzar un pronunciamiento sobre este extremo se dedica el presente capítulo.

Comenzaré con este fin por recurrir a los proyectos de código penal inmediatamente precedentes y a las discusiones parlamentarias; no tanto para destacar la poca luz que puede de ellos obtenerse cuanto para señalar la importancia de algunos cambios que parecen haber pasado inadvertidos a los defensores de ciertas interpretaciones. A partir de aquí, y tras un breve recorrido por las opiniones vertidas en la doctrina acerca de este punto, intentaré sentar las bases de una toma de postura personal coherente en cuanto a la interpretación de este inciso se refiere.

Consecuencia lógica de mi toma de postura será la necesidad de abordar la cuestión de la posibilidad y vías de justificación respecto de quienes integran este tipo penal; y a renglón seguido, en consecuencia, los problemas de error de prohibición. A estas cuestiones se dedican, respectivamente, los dos últimos

apartados de este capítulo, segundo de los dedicados al análisis de los elementos de la descripción típica del art. 455 del CP.

### **6.A.- 'ACTUANDO FUERA DE LAS VÍAS LEGALES'.**

El delito español de realización arbitraria del propio derecho surge sólo cuando el sujeto que para realizar un derecho propio emplea violencia, intimidación o fuerza en las cosas lo hace 'actuando fuera de las vías legales'. El sentido y alcance de este inciso no parece claramente resuelto, toda vez que se han vertido al respecto opiniones diversas; el presente apartado se dedica a su estudio.

#### ***6.A.I.- Origen del inciso en la tramitación parlamentaria.***

El proyecto de CP de 1980 planteó, en cuanto al delito que nos ocupa, un importante cambio respecto del modelo tradicionalmente acogido en nuestros textos punitivos, marcando la línea que sigue el actual precepto. De clara influencia italiana, incorporaba en evidente paralelo del '*potendo ricorrere al giudice*' de los arts. 392 y 393 del CPI el requisito de que se desarrollara la conducta típica 'en lugar de acudir a la vía judicial'.<sup>1</sup>

El anteproyecto de 1992, sin embargo, amplió la previsión, diciendo ahora 'en lugar de acudir a procedimientos judiciales o administrativos'. Y, pese a las críticas de algún sector doctrinal,<sup>2</sup> su texto se mantuvo en el proyecto de 1992 y en el de 1994 hasta llegar a las Cortes.

---

<sup>1</sup> Respecto de la tradición legislativa española vid. supra 2.B; en cuanto al inciso correspondiente del CPI y su origen e interpretación, supra, 3.B.II.a. La PANCP mantuvo idéntico el punto que nos ocupa.

<sup>2</sup> García Arán, pág. 523, entendiéndolo que nada tenía que ver con la Admin. de Justicia.

En el Congreso fueron dos las enmiendas dirigidas a este extremo, ambas de supresión:<sup>3</sup> una referida sólo al añadido 'o administrativos', al entender que ampliaba desmesuradamente el precepto extendiéndolo a supuestos que no tenían relación con el bien jurídico; la otra a todo el inciso, por innecesario. Y prosperó la segunda.

Finalmente, el Senado añadió al texto 'actuando fuera de las vías legales', en virtud de una enmienda por 'mejora técnica' sin ulteriores argumentaciones sobre la virtualidad de la misma. Así se aprobó y promulgó el precepto; incorporando una cláusula novedosa cuya interpretación no está exenta de problemas.

En efecto, si el 'en lugar de acudir a la vía judicial' tenía un sentido relativamente unívoco y además permitía apoyarse en las elaboraciones surgidas en torno al precepto italiano, el actual 'actuando fuera de las vías legales' resulta, a mi juicio, ambiguo y difícil de precisar.<sup>4</sup> Que ambas expresiones remitan a 'vías' no supone que se refieran al mismo tipo de vías. Lo que cobra especial importancia a la vista de la diferente suerte de las dos enmiendas formuladas en el Congreso al texto del proyecto que ampliaba a procedimientos judiciales o administrativos, de destino desigual y de significado distinto:<sup>5</sup> la enmienda aprobada era de supresión por innecesidad, mientras que la rechazada pretendía supresión parcial para restringir el alcance del tipo. Esto es, que se suprimió el inciso porque se entendió ya implícito en la conducta, no para acotar el alcance de ésta. Y, visto el origen de la cláusula equivalente en el código italiano, la cuestión tiene importancia.

El CPI de 1930 incluyó en el delito de *esercizio arbitrario delle proprie ragioni* la necesidad de que se hubiera actuado '*potendo ricorrere al giudice*'

---

<sup>3</sup> Para las referencias correspondientes a las discusiones parlamentarias, supra, 1.C.

<sup>4</sup> En esta línea advierte Quintero Olivares, "Art. 455", pág. 1342, que 'vías legales' carece de significación concreta.

para moderar la exagerada amplitud que se daba a la interpretación del precepto correspondiente del CPI de 1889.<sup>6</sup> En efecto, éste hablaba de actuación ‘en los casos en que podría recurrir a la autoridad’, y partiendo de un concepto altamente espiritualizado de violencia sobre las cosas acabó por castigarse como delito cualquier omisión de recurso a un funcionario público; de ahí que el *codice Rocco* buscara acotar el precepto por una doble vía, la definición de la *vis in rebus* típica y la restricción de esa autoridad a la que no se recurre a la jurisdiccional.

Pero si este es el sentido de la cláusula italiana, es muy dudoso que el inciso que nos ocupa sea equivalente. Podía serlo el propuesto por la enmienda que no prosperó en el Congreso, pero la redacción que impuso el Senado tiene un contenido, a mi juicio, distinto.

#### **6.A.II.- Interpretaciones propuestas.**

En la doctrina española pueden señalarse hasta cuatro líneas referidas al sentido del ‘actuando fuera de las vías legales’ del art. 455 del CP:

En primer lugar están los que señalan que se trata de un inciso vacío de contenido, una referencia a la ‘arbitrariedad’ de la conducta que resulta ya implícita en el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.<sup>7</sup> Afirmación que a mi juicio, por demás, puede entenderse implícita en todos aquellos autores que omiten pronunciamiento alguno al respecto y explican íntegramente la conducta típica sin referencia ninguna a la actuación ‘fuera de las vías legales’. La solución tropieza con el escollo de resultar contraria al principio de vigencia que ha de regir la interpretación de las normas, por cuanto deja vacío de contenido un elemento integrado en la descripción típica; pero resulta

---

<sup>5</sup> Como reconocería más tarde implícitamente LÓPEZ GARRIDO (López Garrido y García Arán, pág. 190), pese a haber entendido en la Cámara que prosperando una enmienda quedaba la otra tácitamente aceptada (vid. supra 2.C.II).

<sup>6</sup> Vid. supra 3.B.II.a y 3.B.II.b.

coherente con la motivación alegada en el Senado al dar lugar a la actual redacción, que supondría así una -discutible- mejora técnica pero no un añadido al contenido del precepto.

Para otros la cláusula habría de leerse en el sentido de subrayar la exigibilidad del derecho, que tendría que responder al Derecho positivo porque sólo entonces habría habido unas 'vías legales' fuera de las que se actúa.<sup>8</sup> De esta propuesta creo que puede decirse lo mismo que de la anterior, toda vez que un 'derecho propio' en Derecho español ha de ser siempre de Derecho positivo, y así el contenido que se da a este segundo punto del precepto vendría ya implícito en el elemento finalístico que fue objeto del capítulo precedente. Y esto, tanto si quiere decirse con ella que es necesaria la apelación a un derecho abstractamente configurable en nuestro ordenamiento como si lo que se está pidiendo es la real existencia del derecho en concreto; solución, esta última, contra la que me he pronunciado ya por otros motivos al interpretar el inciso 'para realizar un derecho propio'.<sup>9</sup>

Por otra parte, algunos entienden que 'actuando fuera de las vías legales' acota el ámbito del precepto señalando ciertas 'vías' respecto de las cuales sería preciso, para entrar en el ámbito típico, haber omitido recurrir a ellas. Para cierto sector habría de tratarse de la vía jurisdiccional en cualquiera de sus órdenes, lo que se sustenta partiendo de consideraciones relativas al bien jurídico.<sup>10</sup> Sin embargo, señalan otros que esto no obsta a la inclusión de los supuestos en que es necesario el recurso previo a órganos administrativos.<sup>11</sup> Y para una tercera voz en

---

<sup>7</sup> V.gr. Del Moral García, pág. 1776; Landecho Velasco y Molina Blázquez, pág. 461; Moyna Ménguez, pág. 910. Vid. asimismo González Rus, "Delitos...", pág. 488-490.

<sup>8</sup> García Arán, *El delito*, pág. 136; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 184.

<sup>9</sup> Vid. supra 5.A.II.b. De aceptarse los argumentos que allí planteo, la exclusión de las 'vías legales' no puede traducirse en exigencia de la existencia concreta del derecho; pero si se rechazaran, la efectiva realidad del derecho vendría impuesta ya por el elemento finalístico, de forma que estaríamos, tal como lo interpreta este sector doctrinal, ante un elemento redundante.

<sup>10</sup> López Garrido y García Arán, pág. 190. En esta línea también, aunque acabando por pronunciarse en otro sentido, Fernández García y López Moreno, pág. 614.

<sup>11</sup> V.gr. Serrano Gómez/Serrano Maíllo, pág. 824.

definitiva cabría en el tipo cualquier omisión de recurso a un procedimiento reglado, sea el que fuere...<sup>12</sup> lo que en último término acaba por llevarles a afirmar que la cuestión entronca, a su vez, con el problema de la justificación.<sup>13</sup>

Finalmente, para otros se trata de una referencia directa a las causas de justificación. También con dos lecturas posibles: integrando como elemento típico la falta de justificación de la actuación,<sup>14</sup> o leyendo un mero recordatorio de la necesidad genérica de que el actuar típico no esté justificado para que pueda ser castigado.<sup>15</sup>

La revisión crítica de estos dos últimos grupos de posturas requiere partir de ciertas opciones de base que perfilaré en el epígrafe siguiente, donde abordaré la cuestión en posicionamiento personal.

### 6.A.III.- Toma de postura.

Pues bien, para empezar, creo que debe preferirse siempre una interpretación que dote de contenido al inciso interpretado; en tanto, claro está, resulte coherente y aceptable dentro del marco que imponen la Constitución y los principios del ordenamiento. Otra cosa puede ser tanto como erigirse el intérprete en legislador, derogando *de facto* partes de la norma. Pero, aun antes y por encima de esto, no puede desconocerse que el primer requisito y el más importante límite de la interpretación es el correspondiente al sentido posible del tenor literal del texto interpretado. Si se desconoce este marco básico, no es interpretación lo que se hace, sino creación lisa y llana *ex nihilo*. Así, el primer paso es determinar el o los posibles sentidos de 'actuando fuera de las vías

---

<sup>12</sup> Vid. Quintero Olivares, "Art. 455", pág. 1342; en la misma línea González Rus, "Delitos...", págs. 488-490, señalando que en la práctica el inciso resulta innecesario porque el recurso a la fuerza es siempre ilegítimo en estos casos; y Martín Canivel, pág. 142.

<sup>13</sup> Vid. Cancio Meliá, pág. 1196.

<sup>14</sup> V.gr., respecto del derecho de retención, Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162; y en esta línea parecen decantarse finalmente, tras aludir a la 'vía jurisdiccional', Fernández García y López Moreno, pág. 614.

<sup>15</sup> Así Colás Turégano, *El delito...*, pág. 62, citando a COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU y a POLAINO NAVARRETE.

legales', para después optar en tanto pueda hacerse coherentemente por una interpretación que dote de sentido al inciso.

El problema es, precisamente, acotar el sentido posible de 'actuando fuera de las vías legales'. De las múltiples interpretaciones que de 'vía' señala el diccionario,<sup>16</sup> la correspondiente al ámbito jurídico la refiere al ordenamiento procesal o procedimiento judicial; y esta interpretación resultaría favorable a quienes entienden que el inciso exige en definitiva que se omita un recurso a la jurisdicción. Sin embargo, con esto sería meramente pleonástica la calificación de las vías en cuestión como 'legales', porque si legal es lo que prescribe o determina la ley o es conforme a ella no habría vía -en cuanto vía jurisdiccional- que no fuera legal; y, además y principalmente, surgiría el problema de la calificación de todos aquellos supuestos en que no se omite necesariamente el recurso a la jurisdicción, pero por un camino u otro hubiera podido acabar acudiéndose a ella -lo que, a la luz del art. 24 de la CE, sucederá con frecuencia-. Excluir del tipo estos supuestos supondría reducir enormemente su ámbito (hasta la práctica inoperancia), con exclusión de todos los casos en que era posible -no ya necesaria- una reclamación no judicial, lo que para realizar derechos subjetivos es regla general; pero incluirlos en el inciso y pretender afirmar al tiempo que se trata de una referencia directa al proceso jurisdiccional resulta contradictorio.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Vid. respecto a toda la cuestión terminológica aquí tratada las definiciones esencialmente concordes de 'vía' y de 'legal' de Moliner y de Real Academia Española.

<sup>17</sup> Por demás, rechazando esta interpretación del inciso se da entrada en el tipo a los supuestos de ejecución arbitraria de resoluciones jurisdiccionales, que si en Italia se entienden excluidas del precepto correlativo (vid. supra 3.B.II.a) en el delito español deben entenderse comprendidos (en esta línea, **González Rus**, "Delitos...", pág. 489; y SAP de Valencia de 30-VI-1998 (AA3320)). Lo que me parece perfectamente correcto, dado que la minoración del contenido de injusto (vid. supra 1.B.II y 4.C) no desaparece con la sentencia favorable y en definitiva negar aquí el encuadre típico supondrá castigar finalmente por tipos más gravemente penados... cuando precisamente tenemos certeza de la existencia del derecho que se quería realizar. En la misma línea, cuando la pretensión haya sido jurisdiccionalmente rechazada 'en toda instancia imaginable' (**Quintero Olivares**, "Art. 455", pág. 1342) difícilmente podrá aceptarse que el sujeto creía realizar, aun ilegítimamente, un 'derecho propio' conforme al ordenamiento, y estaremos a los tipos comunes correspondientes.



Queda, por otra parte, la posibilidad de acudir al sentido figurado de 'vía' como procedimiento, arbitrio o conducto para hacer o conseguir una cosa; aquí sí tiene sentido admitir que hay vías legales -jurídicamente legítimas, lícitas- y vías contrarias a Derecho. Pero entonces las primeras no se restringen al ámbito del proceso jurisdiccional sino que alcanzan a cualquier actuación cuya legitimidad admita el ordenamiento; naturalmente sin perjuicio de que, en definitiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva acabe por abrir siempre puertas, en estos casos, a una vía estrictamente jurisdiccional pero no ya como primer e inmediato referente sino como consecuencia ulterior.

Ahora bien: asumir esta segunda opción en la interpretación de 'vías legales' atribuye al elemento típico que estudiamos un contenido sustancialmente idéntico al de la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, suscitando graves problemas de deslinde con el ámbito que corresponde a las causas de justificación; lo que nos introduce directamente en el problema del sentido que debe atribuirse a las cláusulas específicas de antijuridicidad de los tipos penales.

#### **6.A.III.a.- 'Tipos abiertos' y referencias del precepto a la antijuridicidad.**

Las descripciones típicas incorporan en ocasiones alusiones o reclamos a la ilegitimidad o antijuridicidad de la conducta o de ciertos elementos;<sup>18</sup> emblemático ejemplo, en nuestro derecho, es el 'sin estar legítimamente autorizado' del art. 172 del CP. Este tipo de cláusulas puede entenderse básicamente de cuatro formas distintas: como incorporación de la antijuridicidad del hecho al ámbito de la tipicidad,<sup>19</sup> de manera que sólo sería típica la conducta

---

<sup>18</sup> Supuestos que no son sino una de las diversas expresiones del problema que supone en el Derecho penal el recurso a términos normativos de contenido jurídico; sobre este tema, en el que evidentemente no puedo adentrarme aquí, vid. Doval Pais, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales* (1999), págs. 98-107 y 170-195 (esp. 192 s.).

<sup>19</sup> Vid., en esta línea, Prats Canut, J.M., "De las coacciones" (G. QUINTERO OLIVARES Y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), págs. 208 s. Se oponen radicalmente a esta posibilidad v.gr. Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W., *Strafrecht AT: Lehrbuch* (10ª ed., 1995), § 16 n° 13; téngase en cuenta no obstante que en Alemania la redacción típica de algunos §§ del StGB (esp. § 240) hace difícil el deslinde entre tipicidad y antijuridicidad (vid. v.gr. la propuesta, distinguiendo 'antijuridicidad genérica' de causas de justificación, de Schroeder, F.-C., "§ 16" (*Leipziger Kommentar* (11ª ed., 1994)), n° 40).

antijurídica; como necesidad de que la conducta presente una determinada condición contraria al ordenamiento distinta de la antijuridicidad como juicio penal global de disvalor;<sup>20</sup> como mero recordatorio de la necesidad de verificar la antijuridicidad de la conducta típica antes de asignarle consecuencias jurídicopenales, y por ende remisión a las causas de justificación genéricas sin alterar por ello su función sistemática;<sup>21</sup> o como establecimiento de específicas causas de justificación para el delito en cuestión.

La primera de las tres soluciones da lugar a una fusión de tipicidad y antijuridicidad que no me parece aceptable.<sup>22</sup> Si sólo la conducta antijurídica puede ser estimada típica, el tipo pierde su función esencial de determinación de la relevancia penal de la conducta y se desdibuja su sentido. Pero, además, la estructura resultante de la incorporación al ámbito típico de la antijuridicidad del hecho sólo resulta necesaria allí donde se asocie a una delimitación de la conducta amplia, vaga, valorativamente neutra y esencialmente imprecisa; y esta suerte de 'tipos abiertos' acaban por remitir al juzgador la determinación del ámbito de la tipicidad.<sup>23</sup> Lo que resulta sencillamente inaceptable a la luz del principio de legalidad, tanto en su significado político como en el técnico. Sin embargo, la afirmación precedente ha de revisarse allí donde la 'antijuridicidad'

---

<sup>20</sup> Vid. **Schroeder**, loc. cit. en la nota anterior.

<sup>21</sup> Es doctrina dominante entre nosotros; por todos, **Carbonell Mateu y González Cussac**, "Delitos... II", pág. 200; y **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 155. Acotando después a la eximente del art. 20.7º, **Cervelló Donderis**, págs. 50-54. O, desde la teoría de los elementos negativos del tipo y por ende alcanzando consecuencias muy diferentes, sin entender por ello que se produzcan excepciones a la regla general, **Mir Puig**, "El delito...", págs. 271 y 294 s.

<sup>22</sup> Y ello, aun cuando en la disciplina del error se distingan las 'circunstancias materiales' determinantes de la antijuridicidad -asignándolas al tipo- y la valoración de las mismas (así entre nosotros **Torío López**, pág. 39; o en la doctrina alemana **Roxin**, *AT*, § 10 nº 45-48); en todo caso tipicidad y antijuridicidad resultan indisociables e indistinguibles.

<sup>23</sup> Para una revisión crítica de la categoría de 'tipos abiertos' esbozada por **WELZEL** y las variantes de **ARMIN KAUFMANN**, fundamental la tesis de **Roxin, C.**, *Teoría del tipo penal* (1979), passim (vid. esp. págs. 91 ss., 99 s., 120, 138, 214, 242, 264 ss. y 295 s.), donde concluye negando los tipos abiertos y adscribiendo los 'elementos del deber jurídico' cuando tengan carácter total-valorador a la antijuridicidad; con matices en **Roxin**, *AT*, § 10 nº 43 ss., donde entiende que en estos casos la tipicidad supone *eo ipso* antijuridicidad y pese a excluir del tipo la valoración íntegra en el mismo todos los elementos que ésta precisa, para acabar cuestionando la constitucionalidad de la construcción.

se refiera no al hecho típico, sino a alguno de los elementos que lo integran;<sup>24</sup> se entienda dotada de un contenido especial o en sentido amplio como contradicción con el ordenamiento, no supone en este caso una valoración global de la conducta sino una cualificación añadida a alguno de los elementos a considerar, lo que no resulta esencialmente incompatible con la taxatividad del tipo. Cualificar un elemento típico no desdibuja el tipo; y, en la medida en que así sea, no pueden oponérsele los reparos esbozados.

El segundo de los caminos señalados, afirmar una suerte de ‘antijuridicidad especial’ como elemento típico sin perjuicio de reservar para la sede sistemática que le corresponde la verificación definitiva de la antijuridicidad del hecho, presenta problemas a la hora de determinar su contenido. En efecto, si no se quiere acabar en un mero fraude de etiquetas ha de buscarse un significado diferente para ambas ‘antijuridicidades’, lo que sólo resulta posible en la práctica allí donde el precepto remita a determinado sector normativo para dar contenido al inciso; o bien acotar, seleccionando una o algunas causas de exclusión de la antijuridicidad para adelantar su eficacia al plano de la (a)tipicidad. Esta última vía, en la práctica, incorpora al tipo como elemento negativo la causa de justificación a la que se entienda referido el inciso; lo que no resulta conceptualmente inviable, pero sólo es aceptable donde el sentido del precepto acote efectivamente a determinada causa y no se trate de una referencia abierta a la antijuridicidad sin más matices.

La tercera solución, leer una mera remisión a las causas de justificación, tiene la virtud de evitar toda disfunción sistemática y garantizar la absoluta coherencia de la estructura del delito, eliminando anomalías. Sin embargo, puede oponérsele el reparo de resultar contraria al principio de vigencia, vaciando de

---

<sup>24</sup> Lo que, en la terminología acuñada por GARCÍA ARÁN, supondría una remisión ‘interpretativa’ y no ‘en bloque’; vid. García Arán, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” (EPC 1992-1993), págs. 71 s.

contenido incisos del precepto;<sup>25</sup> aunque esto sólo podrá afirmarse defendiblemente allí donde quepa proponer una interpretación alternativa que dotando de sentido específico al inciso resulte coherente con la interpretación del precepto y aceptable a la luz de los principios del ordenamiento. Lo cual no siempre sucede.

Finalmente, buscar causas de justificación específicas es seguir un camino al que no pueden oponerse con carácter general reparos de base: nada impide que la ley penal pueda constituirse en supuestos concretos en fuente de justificación.<sup>26</sup> El problema es si efectivamente lo resulta en un caso determinado; para lo cual será preciso, por una parte, que no se trate de una mera remisión a las causas ya sentadas en el art. 20 del CP,<sup>27</sup> y por otra, que no excluya efectivamente la tipicidad de la conducta ni se constituya en mera condición de punibilidad.

A mi juicio, en definitiva, no todos los supuestos habrán de resolverse siempre en el mismo sentido.<sup>28</sup> Y la opción por el que corresponda a cada caso concreto es un problema de interpretación del precepto que no puede ser resuelto de manera absoluta por reglas generales; aunque sí pueden adelantarse algunos criterios.

Así, cuando se trate de una referencia a la valoración global de la conducta deberá entenderse generalmente que se trata de un mero recordatorio y remisión al juicio de antijuridicidad, que sin dejar de ser en última instancia superfluo puede resultar oportuno allí donde la función indiciaria de antijuridicidad que corresponde al tipo se ve alterada por la frecuencia de supuestos en que el hecho

---

<sup>25</sup> Como advierten **Cobo del Rosal y Vives Antón**, pág. 342; señala **Picotti**, págs. 246 y 310, que al requisito explícito de antijuridicidad ha de dársele contenido, entendiendo por demás (pág. 312) que éste habrá de ser objetivo y no sólo intencional.

<sup>26</sup> Vid. supra 1.A.III.c.

<sup>27</sup> Aunque, en rigor, no podrá ser sino una expresión concreta de la recogida en el art. 20.7º (vid. supra 1.A.II y 1.A.III.c); lo que quiero decir es que habrá de tratarse de un derecho respecto del cual el inciso de parte especial del CP resulte constitutivo, de forma que sin él no se daría.

<sup>28</sup> Ya así **von Hippel, R.**, *Lehrbuch des Strafrechts* (1932), págs. 110 s.

está justificado.<sup>29</sup> Sin embargo, si aun refiriéndose al hecho típico considerado en su conjunto el inciso acota a una o algunas específicas causas de exclusión de la antijuridicidad y no a ésta como juicio general de contrariedad al ordenamiento, puede entenderse que con ello esta o estas causas quedan integradas como elementos normativos negativos en el contenido del tipo y su concurrencia excluye la tipicidad, salva siempre la posibilidad de recurrir a otras causas de justificación para excluir la antijuridicidad del hecho típico. Pero no es la única conclusión posible; puede tratarse sencillamente de un recordatorio de la necesidad de verificar que no concurra dicha causa de justificación, incluido precisamente por darse con elevada frecuencia. Y puede finalmente suceder que se trate de la expresión de una causa de justificación específica para el tipo penal en cuestión; aunque esto sólo podrá afirmarse cuando no pueda entenderse como exclusión de la tipicidad ni resulte ser una mera condición de punibilidad.

Por el contrario, cuando la 'antijuridicidad' se reclame respecto de concretos elementos típicos, generalmente se tratará bien del requisito de una específica condición contraria al ordenamiento de dicho elemento bien de la contrariedad a Derecho sin más del mismo. Y la antijuridicidad (genérica o cualificada) se integra en ambos casos en el tipo; pero referida a un solo elemento, no al hecho típico globalmente considerado.<sup>30</sup>

#### **6.A.III.b.- 'Actuando fuera de las vías legales'.**

Pues bien, sentado lo anterior queda por determinar el sentido que corresponde al 'actuando fuera de las vías legales' del art. 455 del CP; inciso que, conviene tener presente, cualifica toda la conducta típica al referirse al único elemento objetivo del tipo: el recurso a la fuerza.

---

<sup>29</sup> Se habla en este sentido de alteración del principio de regla-excepción; así v.gr. **García-Pablos de Molina**, pág. 277; **Mir Puig**, "El delito...", págs. 294 s.; **Torío López**, págs. 20 s. y 36 s.; y con matices **Cervelló Donderis**, págs. 52 s. Por el contrario, para **Quintano Ripollés**, *Curso I*, pág. 358, se trataría de 'torpeza de redacción' y por ende alusiones 'enteramente superfluas'.

<sup>30</sup> En esta línea, en la doctrina alemana, **Jescheck, H.-H.**, "Vorbemerkungen zu den § 13 ff." (*Leipziger Kommentar* (11ª ed., 1993)), n° 47; y **Lenckner**, "Vor § 13 ff.", n° 65.

Me parece, para empezar, que puede y debe acotarse su contenido en la línea que señalaba al estudiar los significados posibles de la expresión 'vías legales': se refiere a los supuestos en que no se recurre a un procedimiento, arbitrio o conducto facultados por el ordenamiento para hacer o conseguir una cosa. En suma, dado que el ámbito que corresponde a la situación típica se ciñe a los casos en que se quiere realizar un derecho subjetivo abstractamente configurable en nuestro ordenamiento,<sup>31</sup> entiendo que el inciso que ahora nos ocupa está excluyendo los casos en que se actúe efectivamente en ejercicio legítimo de un derecho.<sup>32</sup> Y sólo los de ejercicio de un derecho, porque cuando se esté cumpliendo un deber o ejerciendo oficios o cargos se cae por definición fuera del ámbito que he afirmado corresponde al elemento subjetivo del delito del art. 455 del CP.

Las opciones son pues, a mi juicio, dos: entender que estamos ante una mera remisión a la verificación de la antijuridicidad del hecho antes de asignarle consecuencias jurídico-penales, recordatorio referido no ya a la justificación como instituto sino específicamente a aquella causa concreta sobre la que se quiere especialmente advertir; o entender que se está excluyendo del ámbito mismo de la tipicidad la actuación amparada en determinada causa de justificación, precisamente la de ejercicio legítimo de un derecho. Y, dado que no ha de producir especiales disfunciones sistemáticas, creo preferible lo segundo, ya que dota de contenido -siquiera posible- al inciso. Lo cual, por demás, resulta lógico cuando se parte de que la diferencia entre el delito y la eximente es precisamente la que media entre la legitimidad y la arbitrariedad del ejercicio (supra, 1.B.I.a).

Así, los supuestos en que el recurso a la fuerza resulte efectivamente amparado por un derecho, dentro del ámbito de su ejercicio legítimo, resultan

---

<sup>31</sup> Vid. supra 5.A.II.b.

<sup>32</sup> En los términos en que lo definía supra, 1.A.III.c; vid. asimismo 1.B.I. En ambas sedes con ulteriores referencias bibliográficas.

atípicos en cuanto al delito de realización arbitraria del propio derecho se refiere.<sup>33</sup> Lo que naturalmente no es óbice para entender la conducta justificada por ejercicio legítimo de un derecho en cuanto atañe a aquellos tipos penales que resultan subsidiarios respecto del que nos ocupa,<sup>34</sup> y cuya aplicación debe plantearse al haberse negado la adecuación típica al precepto principal. Esto es: quien v.gr. obliga a otro a realizar algo a lo que cree tener derecho cuando efectivamente tiene derecho a compelerle a ello por la vía empleada, actúa atípicamente respecto del delito en estudio, sin perjuicio de que pueda entenderse que su conducta responde al tipo del delito de coacciones... resultando justificada por la eximente del art. 20.7º del CP.

Sin embargo, es preciso advertir que en la realidad de nuestro sistema la solución esbozada puede resultar meramente hipotética, sin perjuicio de tener consecuencias en el tratamiento del error referido a este extremo (vid. infra 6.C). En efecto, difícilmente podrá encontrarse un supuesto en que un sujeto tenga legítimo derecho a recurrir a la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas -entendidas en los términos que propondré en el capítulo siguiente- para realizar derechos subjetivos. Hallar ejemplos de deberes, oficios o cargos que faculten para recurrir en ciertas circunstancias a la fuerza no presenta especial dificultad; hallar derechos subjetivos que lo hagan en nuestro ordenamiento vigente me parece dudosamente posible.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> En esta línea, **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 162, por más que alegando un ejemplo que no puedo compartir (vid. infra n. 35).

<sup>34</sup> Vid. infra cap. 9.

<sup>35</sup> Así, v.gr., el llamado 'derecho de corrección' (arts. 154 y 268 del CC) que puede legitimar una moderada violencia personal se vincula a la patria potestad o a la función tutelar, y no es en propiedad un derecho subjetivo; la 'echazón' de la carga al mar (arts. 813-815 del Código de Comercio) puede justificar fuerza en las cosas sobre los contenedores para acceder a la carga, pero resulta siempre un deber profesional y no un derecho subjetivo... En cuanto al 'derecho de retención' (arts. 453, 522, 1600, 1730, 1780 y 1866 del CC), que sí es un derecho subjetivo, pese a la afirmación de **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 162, no acabo de entender cómo es posible usar 'de la fuerza sobre la cosa, para conservarla'; o se refiere a un concepto de fuerza que necesariamente ha de resultar atípico (vid. cap. 7) o a supuestos que entran antes en la legítima defensa que en el ejercicio de un derecho. En la línea que defiendo en el texto, **González Rus**, "Delitos...", pág. 490; contra, admitiendo la legitimación de la

### **6.B.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

Acotado en los términos propuestos el ámbito de la tipicidad, la antijuridicidad puede resultar aún excluida, al menos en principio, por la concurrencia de causas de justificación. Al estudio de la posibilidad de su estimación respecto de la conducta típica en el delito del art. 455 del CP se dedica este apartado.

Y es preciso, con carácter previo, salir al paso del planteamiento de quienes niegan toda posibilidad de actuar típico justificado en este delito. Ciertamente, quien quiera integrar en el contenido de 'actuando fuera de las vías legales' la referencia negativa a todas las posibles vías de justificación habrá de concluir necesariamente que afirmada la tipicidad no es posible entender el hecho justificado, precisamente porque de resultar justificado no estaría 'fuera de las vías legales'.<sup>36</sup> Sin embargo, he afirmado ya que a mi juicio hay razones de fondo para rechazar esta interpretación, que acaba por resolverse en (con)fusión de tipicidad y antijuridicidad;<sup>37</sup> y, desde esta premisa, la solución pasa por entender que nada obsta, en principio, a la posibilidad de un hecho típico justificado en este delito.

Ahora bien: dada la interpretación que asumo respecto de la necesidad de actuar fuera de las vías legales (supra, A.III.b), y por los motivos allí expuestos, es preciso postular un tratamiento diferente a la justificación por legítima defensa o estado de necesidad, cuya posibilidad no puede excluirse en principio, y a la exigente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio

---

violencia por ejercicio legítimo de un derecho, sin dar ejemplos, **Fernández García y López Moreno**, pág. 614.

<sup>36</sup> Vid. en esta línea la argumentación de **Fernández García y López Moreno**, pág. 614.

<sup>37</sup> Vid. supra A.III.a.



o cargo, que en cuanto pudiera ser relevante lo será, a mi juicio, no ya en sede de justificación sino en la de atipicidad.

### **6.B.I.- Legítima defensa y estado de necesidad.**

Entre quienes abordan la posibilidad de concurrencia en este delito de las eximentes correspondientes a los números 4º y 5º del art. 20 del CP, hay quien parte de su inaplicabilidad e imposibilidad de invocación en este delito.<sup>38</sup> La cuestión no es nueva, y de hecho entronca directamente con las afirmaciones que respecto del antecedente del actual precepto formulara ya BAJO FERNÁNDEZ;<sup>39</sup> sin embargo, me parece por una parte que necesariamente ha de plantearse en términos nuevos ante la nueva configuración del delito, y por otra que usualmente no se aborda de manera adecuada. Lo primero, porque dada la amplitud de supuestos que encuentran cabida en la actual redacción del precepto no puede afirmarse ya que se refiera exclusivamente a casos de autotutela patrimonial violenta;<sup>40</sup> los derechos subjetivos cuya realización arbitraria entra en el ámbito típico pueden referirse a bienes jurídicos distintos. Pero además, y principalmente, porque no importa sólo -como parecen asumir algunos razonamientos- si la posibilidad de frustración del derecho legítima o no el recurso a la fuerza, sino que la pregunta a responder es si pueden darse circunstancias que legitimen ese recurso a la fuerza para la realización de derechos.

Así, en cuanto al estado de necesidad se refiere, a mi juicio no puede excluirse la posibilidad de su estimación. Si se quiere referir la eficacia de esta causa de justificación exclusivamente a la protección de bienes jurídicos eminentemente personales, podrá cuestionarse que el 'riesgo inminente de

---

<sup>38</sup> González Rus, "Delitos...", pág. 490, citando a BAJO FERNÁNDEZ.

<sup>39</sup> Bajo Fernández, *La rapd*, págs. 69-71.

<sup>40</sup> Y mucho menos acotados al apoderamiento de cosa para hacerse pago a que se ceñía el código anterior y sobre el que argumentaba exclusivamente BAJO FERNÁNDEZ (op. et loc. cit.,

destrucción o perjuicio de la cosa debida' sea suficiente para justificar el hecho;<sup>41</sup> aunque no tanto cuando se trate de la posibilidad de frustración definitiva de derechos subjetivos referidos a la esfera eminentemente personal. Pero es que, en todo caso, la 'necesidad' no tiene por qué referirse a la posibilidad de frustración definitiva del derecho: basta cualquier circunstancia para subvenir a la cual el sujeto se vea constreñido a realizar arbitrariamente su derecho. Y, si se puede estimar estado de necesidad en hurto o robo, no encuentro motivo para negar la posibilidad de aplicarlo a la realización arbitraria del propio derecho:<sup>42</sup> cuando el sujeto v.gr. ante las condiciones que justificarían el denominado 'hurto famélico' en vez de acudir a bienes ajenos sobre los que carece de todo derecho recurre a violencia, intimidación o fuerza para apoderarse de algo a lo que cree tener un derecho, no veo más problema en entender el supuesto justificado. Quien quiera negar esta posibilidad estará afirmando que ante una misma situación de necesidad el que acude a bienes ajenos sobre los que no tiene derecho alguno lo hace justificadamente, y el que intenta lograr algo a lo que cree tener derecho integra un hecho punible y debe ser castigado. Lo que, a mi juicio, se resuelve en un despropósito.

En cuanto a la legítima defensa, sin embargo, es preciso hacer una salvedad: los ámbitos correspondientes al delito que nos ocupa y a esta eximente pueden resultar conceptualmente distintos, y por ende su concurrencia práctica incompatible. Y es que mientras la justificación por legítima defensa cubre una actuación reactiva ('impedir o repeler'), en que el sujeto se defiende de una agresión constitutiva de infracción penal,<sup>43</sup> la realización arbitraria del propio derecho se define en función de una intervención activa ('realizar'), en que el

---

arguyendo v.gr. que siempre cabía el recurso menos gravoso de tomar la cosa en garantía... e incurriendo con ello en el vicio que destaco seguidamente en el texto).

<sup>41</sup> Como propone, afirmando la aplicabilidad de la eximente en función del 'valor respectivo de los bienes en juego', Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162.

<sup>42</sup> En esta línea, ya con el anterior precepto y frente a la postura de BAJO FERNÁNDEZ y MUÑOZ CONDE, Ferris Albenca, pág. 819.

<sup>43</sup> Vid. supra I.A.III.a.

sujeto recurre libremente a la fuerza típica con la específica finalidad de realizar un derecho. No cuestiono con esto que quien defiende su derecho recurriendo a la fuerza acabe de algún modo por realizarlo por la fuerza; lo que quiero decir es que la fuerza no se instrumenta en este caso tanto a la realización del derecho cuanto a su defensa. En suma, entiendo que una actuación en legítima defensa difícilmente va a poder satisfacer las exigencias típicas del art. 455 del CP; la eximente justificará, ciertamente, la acción que se encuadre en los tipos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza, pero en cuanto al delito que nos ocupa se tratará normalmente de un supuesto atípico. Afirmar la aplicabilidad de la eximente de legítima defensa al delito de realización arbitraria del propio derecho<sup>44</sup> exige conciliar elementos que me parecen difícilmente armonizables.

#### ***6.B.II.- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.***

Finalmente, en cuanto a la eximente del nº 7º del art. 20 respecta, la solución ha sido ya abordada (supra, A.III.b). El ejercicio legítimo de derechos no juega aquí como causa de justificación sino como motivo de atipicidad;<sup>45</sup> y deberes, oficios o cargos responden a un marco diferente del que nos ocupa en este delito, ceñido a la actuación con la finalidad de realizar derechos subjetivos.

Aun suponiendo -y me parece dudoso- que pueda afirmarse que un derecho subjetivo legitima el recurso a la fuerza típica para su realización, esto daría lugar a la atipicidad y no a la justificación en cuanto respecta al delito de realización arbitraria del propio derecho. Lo que naturalmente no impediría estimar justificación por ejercicio legítimo de un derecho cuando al resultar

---

<sup>44</sup> Como apunta, sin dar ejemplos, Del Moral García, pág. 1776.

<sup>45</sup> La misma conclusión se alcanza en la doctrina italiana respecto del precepto correlativo, acudiendo para ello a diferentes argumentaciones; vid. supra 3.B.II.d.

atípico el hecho en cuanto al art. 455 del CP se refiere haya de plantearse la posibilidad de castigarlo de acuerdo con otros preceptos.

#### **6.B.II.a.- ¿Eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho?**

Resulta obligado, saliendo al paso de la propuesta de su aplicación, atender a la posibilidad de estimación de la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho. Y creo que no cabe, precisamente porque el delito y la eximente atienden a ámbitos conceptuales diferentes:<sup>46</sup> si el delito exige consciente actuación fuera de las vías legales, la eximente se plantea cuando se actúa conforme a Derecho. La eximente incompleta juega ante falta de requisitos, no cuando la actuación se mueva en un campo conceptual distinto desde el principio;<sup>47</sup> así pues, el ámbito de la tipicidad excluye en este caso el de la eximente incompleta.

Pero es que, además, su aplicación carecería de sentido. Cuando se acusa por un delito de realización arbitraria del propio derecho, el *minus* de desvalor que supone la finalidad de realizar un derecho ha sido ya tenido en cuenta al calificar por este delito y no por los que ordinariamente reprimen el recurso a la fuerza. Pretender por añadidura aplicar una eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho sería atenuar dos veces por lo mismo; y además, dado que de estimarla aplicable la atenuante privilegiada acabaría por producir siempre su efecto en los casos de realización arbitraria de derechos, se tornaría con ello de circunstancia modificativa en atenuación sistemática *ex lege*, reduciendo la pena en la práctica totalidad de los casos. Lo que no me parece aceptable.

Y tampoco en los supuestos en que el sujeto ha de responder de acuerdo con los tipos comunes (v.gr. al haberse servido como inductor de instrumento

---

<sup>46</sup> Supra, 6.A.III.b y 1.B.I.a. Sobre la posibilidad y requisitos de la eximente incompleta en la justificación por ejercicio legítimo de un derecho vid. Mestre Delgado, *La eximente...*, págs. 205-210.

<sup>47</sup> Rodríguez Mourullo, G., "Art. 20.7º" (*Comentarios al CP (1997)*), pág. 110, entiende que la eximente incompleta cabe en los casos en que existiendo el derecho se recurre a medios 'desproporcionados o no necesarios'; en todo caso, sin embargo, creo que no puede extenderse al recurso a la fuerza en consciente actuación fuera de las vías legales.

doloso en quien no concurría el elemento subjetivo; vid. supra 5.B.II) creo que quepa aplicar la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho. Sencillamente, porque la eximente en cuestión atiende al ejercicio legítimo, y resulta incompleta cuando faltan requisitos de éste; mientras en los casos de recurso arbitrario a la fuerza no es que falten requisitos de la eximente, es que estamos en un marco conceptual diferente: el sujeto actúa desde el principio, y es consciente de ello, ilegítimamente y fuera de las vías legales.

### **6.C.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (II).**

De lo afirmado a lo largo del presente capítulo se siguen consecuencias en cuanto al tratamiento del error sobre la legitimidad del recurso a la fuerza. Y es preciso, conforme a lo dicho, distinguir los supuestos en que el sujeto cree que su derecho (no necesariamente existente)<sup>48</sup> incluye la facultad de realizarlo por la fuerza de aquellos en que crea que concurren estado de necesidad o legítima defensa.

#### ***6.C.I.- Error sobre la 'legalidad' de la vía.***

Consecuencia de entender que la referencia típica a la actuación 'fuera de las vías legales' integra como parte negativa del tipo la necesidad de que el recurso a la fuerza no resulte facultado por el derecho en cuestión es la reconducción al error de tipo de todos los supuestos en que el sujeto crea verosímilmente que su derecho le faculta para recurrir a la fuerza con la finalidad de realizarlo.<sup>49</sup> Lo cual, dado que el art. 455 del CP no prevé infracción

---

<sup>48</sup> Vid. supra 5.C.II.

<sup>49</sup> Lo que deja fuera, claro está, los supuestos de error burdo; casos que pueden fácilmente conectarse con la apelación a derechos que no resultan abstractamente configurables en nuestro Derecho.

imprudente correlativa, supone lisa y llanamente la impunidad de los casos en que el sujeto entienda que su derecho le habilita para emplear la fuerza del modo y para el fin que lo hace.

La conclusión señalada puede parecer exagerada, sobre todo si se tiene en cuenta que el derecho en cuestión no necesariamente ha de existir efectivamente, sino que basta con que el sujeto crea en su existencia y actúe con la finalidad de realizarlo. Sin embargo, dentro de la explicación propuesta acerca del delito que nos ocupa tiene cierto sentido. En última instancia, la realización arbitraria del propio derecho tiene una penalidad atenuada respecto de los tipos ordinarios destinados a la represión de la violencia porque actuando con esta finalidad el sujeto representa un menor peligro para los que son objeto de su acción : recurre consciente e ilegítimamente a la fuerza, pero limitando el efecto de la violencia desplegada a la realización de algo que cree que en Derecho le corresponde. El delito consiste, así, en un recurso arbitrario a la fuerza cuya potencialidad lesiva se ha autolimitado estructuralmente ajustándose a la consecución de algo conforme al ordenamiento. Pues bien, si además el sujeto actúa convencido de hacerlo lícitamente puede entenderse que este contenido de injusto que ya no es imputable a título de dolo se diluye hasta el punto de que hay razones para excluir estos casos de la tutela penal, dejando paso a otros mecanismos de tutela jurídica aptos para solucionar los conflictos que no requieren una apelación a la que es (debiera ser) la *ultima ratio* del ordenamiento.

---

· Estima por el contrario error de prohibición invencible en un supuesto en que la acusada ejecuta por vías de hecho una resolución judicial carente de firmeza a instancias de su abogado que afirma que es ejecutable por esta vía la SAP de Las Palmas de 5-X-2000 (AA3331).

### **6.C.II.- Error sobre la concurrencia de causas de justificación.**

Por otra parte, el error sobre la concurrencia de causas de justificación - directo o indirecto, en tanto sea propiamente tal- ha de recibir el tratamiento que al error de prohibición corresponde: el previsto en el art. 14.3 del CP.<sup>50</sup>

Así, si el agente actúa en la convicción invencible de encontrarse en estado de necesidad, quedará impune; y si en error vencible, procederá el castigo con la pena inferior en uno o dos grados.<sup>51</sup>

La convicción de actuar en legítima defensa, por otra parte, difícilmente será compatible con una actuación típica en los términos del art. 455 del CP (vid. supra, 6.B.I), porque de impedir o repeler la agresión a realizar por la fuerza el derecho puede mediar la distancia que separa la defensa del ataque. En estos casos nada obsta, naturalmente, para que quepa estimar error de prohibición respecto del tipo común correspondiente a aplicar a la actuación defensiva; aunque es forzoso confesar que esta solución puede dar lugar a disfunciones penológicas poco deseables.<sup>52</sup> En última instancia, siempre que se estime que efectivamente se ha integrado el tipo de realización arbitraria del propio derecho resultarán aplicables las mismas consecuencias que respecto al estado de necesidad.

---

<sup>50</sup> Así me he pronunciado ya antes supra, I.A.I.

<sup>51</sup> Lo cual, en los supuestos de rebaja de dos grados, puede dar lugar a la aplicación de una pena 'leve' y no ya 'menos grave' de acuerdo con los criterios del art. 33; sin que esto, a la luz del art. 71 del CP, suponga mayor problema.

<sup>52</sup> Así, será posible castigar con pena privativa de libertad a quien defiende su derecho ante lo que cree una agresión (v.gr. vía 169.1º, por amenazas condicionales con mal constitutivo de delito habiendo logrado el propósito, si amenazó de muerte a quien creyó un ladrón -y no lo era- en legítima defensa putativa con error vencible, logrando ahuyentarlo), mientras que quien realiza arbitrariamente por la misma vía y sin creerse agredido su derecho se verá castigado con la sola pena de multa. Es posible salvar el problema recurriendo al delito del art. 455 del CP, partiendo de que defender por la fuerza un derecho de algún modo acaba por ser realizarlo por la fuerza; sin embargo, la posibilidad de alcanzar resultados de justicia material en el caso concreto no obvia las dificultades conceptuales que señalaba supra, B.I.

## Capítulo 7

### El empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

*A.- EL RECURSO A LA FUERZA. I.- Posiciones doctrinales. II.- Toma de postura. II.a.- Consideraciones generales. II.b.- La violencia. II.c.- La intimidación. II.d.- La fuerza en las cosas. III.- Sujeto pasivo y objeto material. B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II). I.- Autoría, coautoría y autoría mediata. I.a.- La posibilidad de comisión por omisión. II.- Inducción, cooperación necesaria y complicidad. C.- ITER CRIMINIS. I.- Consumación. II.- Formas imperfectas. D.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (III). I.- Error sobre el carácter violento de la conducta violenta. II.- Error sobre el alcance de la propia actuación.*

La actual configuración del delito español de realización arbitraria del propio derecho centra la estructura típica como elemento nuclear en el recurso a la fuerza ('empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas'). Es éste el único elemento objetivo requerido por el tipo, y al que han de referirse los requisitos que han sido objeto de estudio en los dos capítulos precedentes: la orientación finalística y el carácter ajeno a las vías legales. Pero importa destacar principalmente que es este elemento el que resulta constitutivo del injusto penalmente relevante, que el elemento subjetivo minora y no fundamenta,<sup>1</sup> y que el elemento negativo puede excluir pero no constituir.<sup>2</sup> La comprensión del delito que nos ocupa no es posible, pues, sin acotar adecuadamente el ámbito del recurso típico a la fuerza.

Sin embargo, se trata de una operación no exenta de dificultades. La amplitud con que se define el marco típico, aglutinando la referencia a tres conductas diferentes sin aportar elementos complementarios que permitan delimitar su alcance, obliga a realizar un esfuerzo definitivo para el que no se cuenta con más recurso que los principios rectores del sistema penal, argumentos

---

<sup>1</sup> Vid. supra 1.B.II, 4.C.I.b y 5.A.II.b.2. Vid. asimismo Stoppato, pág. 215, para quien 'no es cierto que se tema porque un ciudadano ha hecho valer sus pretensiones jurídicas sin recurrir a los tribunales, se teme más bien porque ese ciudadano ha ejercido una efectiva violencia, aunque sea para conquistar lo suyo.'

<sup>2</sup> Sobre este extremo, supra, 6.A.III.b.



teleológicos y criterios sistemáticos. Y precisamente estos últimos tienen, a mi juicio, una destacada importancia; pero no en la línea en que se ha venido recurriendo a ellos. Es preciso, pues, tras revisar las líneas interpretativas seguidas por doctrina y jurisprudencia al abordar este extremo, realizar algunas consideraciones generales antes de definir una toma de postura respecto de cada una de las tres modalidades típicas.

Por demás, la opción respecto al alcance que debe atribuirse a la violencia, la intimidación y la fuerza en las cosas típicas en el delito de realización arbitraria del propio derecho tiene consecuencias de importancia. Volveré pues, a partir de ella, sobre la cuestión de la autoría y participación (abordada ya supra, 5.B), añadiendo además consideraciones relativas a la posibilidad de comisión por omisión; abordaré seguidamente la cuestión relativa al *iter criminis*; y finalmente plantearé nuevamente cuestiones de error,<sup>3</sup> referido ahora al carácter violento, intimidatorio o de fuerza en las cosas de la conducta desarrollada.

Con esto, a mi juicio, quedarán explicados los elementos necesarios para la comprensión del delito en estudio.

### **7.A.- EL RECURSO A LA FUERZA.**

El código penal de 1822 configuró el delito de realización arbitraria del propio derecho atendiendo a quien ‘a la fuerza’ quitare a su deudor alguna cosa para pago o para obligarle al pago;<sup>4</sup> pero desde el código de 1848 se recortó el alcance del tipo al apoderamiento solutorio de cosa perteneciente al deudor realizado ‘con violencia’. Sin embargo, el cambio de tenor literal no impidió que se defendiera que cabía dentro del mismo la *vis in rebus*, quedando -eso sí-

---

<sup>3</sup> Abordadas ya en diferentes ámbitos supra, 5.C y 6.C.

<sup>4</sup> Vid. supra 2.B.I.a: la ‘fuerza’ del CP de 1822 podía recaer sobre personas o cosas.

excluida del ámbito típico la intimidación.<sup>5</sup> El código de 1944 añadió precisamente ésta como medio comisivo, discutiéndose sin embargo si bajo su vigencia la fuerza en las cosas resultaba o no comprendida en el tipo.<sup>6</sup> Finalmente, el texto de 1995 incluyó en el precepto la triple referencia a ‘violencia, intimidación o fuerza en las cosas’,<sup>7</sup> abriendo además el tipo a la finalidad de realización de un ‘derecho propio’ sin más matices y suprimiendo toda referencia al apoderamiento.

El resultado es un precepto nucleado en torno al recurso a la fuerza en sus tres formas clásicas: violencia, intimidación y fuerza en las cosas. Formas que es preciso acotar con precisión, especialmente porque, si partimos de que la finalidad de realizar un derecho propio es un elemento subjetivo (supra, 5.A.II.b) y la actuación fuera de las vías legales un elemento normativo negativo (6.A.III.b), quedan como único elemento objetivo del tipo. Y, precisamente por ello, resultan difíciles de precisar, en la medida en que el tipo no proporciona elementos objetivos complementarios para determinar su sentido y parece lejano un consenso doctrinal o jurisprudencial sobre el alcance abstracto de los términos que nos ocupan.<sup>8</sup>

### **7.A.I.- Posiciones doctrinales.**

En efecto, son varias las posiciones doctrinales defendidas en cuanto al análisis de este extremo se refiere, especialmente en cuanto a la fuerza en las

---

<sup>5</sup> Vid. 2.B.I.b.

<sup>6</sup> Supra, 2.B.II.b.

<sup>7</sup> En línea mantenida en todos los proyectos desde el de 1980; por cierto que en la tramitación parlamentaria se presentó una enmienda que proponía la redacción ‘violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas’, enmienda que fue aceptada por la ponencia y que sin embargo no se incorporó al texto del proyecto, siendo finalmente rechazada por el pleno. Sobre todo ello vid. supra 2.C.

<sup>8</sup> ‘Abstracto’ en el sentido de desvinculado de la interpretación de un tipo concreto; para un intento de construir un concepto unívoco de ‘violencia’, como elemento de ‘parte general’ de los delitos violentos, **Sánchez Tomás, J.M.**, *La violencia en el Derecho penal* (1999), quien destaca en doctrina y jurisprudencia la diversidad de sentidos en que se lee el mismo término en diferentes delitos (vid. págs. 55-125 y esp. 17-19 y 127-130).

cosas atañe. Pero además, y con una trascendencia nada desdeñable (vid. infra C), se plantean diferencias de importancia en cuanto al entendimiento de cuál es la conducta efectivamente requerida por el tipo y necesaria para consumir el delito.

Así, mientras unos entienden que el delito consiste en recurrir a la fuerza para realizar un derecho,<sup>9</sup> otros afirman que se requiere la realización por la fuerza de un derecho.<sup>10</sup> No es un mero juego de palabras: en el primer caso, el recurso a la fuerza integra todos los requisitos objetivos del tipo, mientras en el segundo sería necesario para afirmar la consumación algún acto de realización del derecho, o cuando menos tendente a la misma, distinto del recurso a la fuerza (acto de ejercicio, apoderamiento...).<sup>11</sup> Y, por ende, en cuanto aquí nos interesa, de acuerdo con estos últimos el recurso a la fuerza -la violencia, intimidación o fuerza en las cosas- sería un medio comisivo, mientras para los defensores de la primera opción agotaría la conducta objetiva requerida por el tipo, resultando así el núcleo de la acción.

Por otra parte, y con independencia práctica de lo anterior, se aborda la determinación del alcance de la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas típicas en este delito. Y, si parece haber cierta uniformidad en el sentido de 'violencia' e 'intimidación', con frecuencia conectados con los que se manejan en otras sedes del código (delitos patrimoniales violentos, delitos contra la libertad,

---

<sup>9</sup> Así Beneytez Merino, págs. 4254 s. (cf. sin embargo pág. 4252); Colás Turégano, *El delito...*, págs. 69 s.; Landecho Velasco y Molina Blázquez, pág. 461; y Vázquez Iruzubieta, pág. 599. En esta línea, STS de 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001).

<sup>10</sup> En esta línea, Cancio Meliá, pág. 1197; Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 191; Fernández García y López Moreno, pág. 612; González Rus, "Delitos...", pág. 489; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 183; Martín Canivel, pág. 143; Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 615; Muñoz Conde, *PE*, págs. 905 ss.; Sánchez Tomás, pág. 118; Serrano Gómez/Serrano Mañillo, págs. 823 s.; SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821) y SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33).

<sup>11</sup> En algunos seguidores de esta postura se evidencia el lastre del anterior precepto; vid. v.gr. Mora Alarcón, pág. 626, que requiere 'apoderamiento de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella', y en la misma línea la SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33); o la insistencia jurisprudencial en la necesidad de 'disponibilidad' de lo tomado (vid. STS de 13-III-2000 (A1468), SAP de Alicante de 22-VII-1998 (AA3550) y SAP de Madrid de 26-VI-1998 (AA3183)) que acertadamente critica Colás Turégano, *El delito...*, n. 106 en pág. 70.

y/o delitos contra la libertad e indemnidad sexuales;<sup>12</sup> aunque es preciso advertir que la interpretación de los términos no es uniforme en las diferentes sedes, y cuando las referencias se hacen cumulativamente se corre el riesgo de hacer simultáneamente remisión a contextos donde se otorga a estos términos un significado diferente),<sup>13</sup> el relativo consenso se rompe al estudiar la fuerza en las cosas. Mientras para unos ha de acudirse en todo caso a los criterios desarrollados en los delitos contra la propiedad, lo que llevaría a la definición normativa tasada de los arts. 238 y 239 del CP,<sup>14</sup> otros en cambio defienden para la fuerza en las cosas en el delito de realización arbitraria del propio derecho un significado diferente, centrado en el recurso a la fuerza física sobre objetos y más cercano pues al sentido usual de la expresión, por entender que los criterios enunciados para el robo lo son exclusivamente para dicho delito.<sup>15</sup>

En cualquier caso, y finalmente, en lo que sí parece haber acuerdo -con independencia de dónde se fije la consumación y de cuál se estime que es el recurso típico a la fuerza en las cosas- es en la necesidad de que el recurso a la fuerza se instrumente con carácter medial a la realización del derecho.<sup>16</sup> Se entienda o no esta última necesaria, el recurso a la fuerza sólo es típico en este

---

<sup>12</sup> De 'robo o violación', 'delitos contra la libertad' y 'delitos patrimoniales' habla **Beneytez Merino**, págs. 4252 s.; de 'delitos contra el patrimonio' **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 824; de 'robo' **Cancio Meliá**, pág. 1197 (conectando asimismo con 'coacciones'); **Mares Roger y Martínez Lluesma**, pág. 184; **Del Moral García**, pág. 1776; **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905; **Vázquez Iruzubieta**, pág. 599; y **Vives Antón**, "Rapd", pág. 791, y "Art. 455", pág. 1913.

<sup>13</sup> Sobre este extremo remito nuevamente a **Sánchez Tomás**, págs. 55-130; vid. asimismo **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 71 ss.

<sup>14</sup> **Beneytez Merino**, págs. 4252 s.; **Mares Roger y Martínez Lluesma**, pág. 183; **Martín Canivel**, pág. 143; **Del Moral García**, pág. 1776; **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905; **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 824; **Vázquez Iruzubieta**, pág. 599; SAP de Baleares de 17-I-2000 (AA130) y SAP de Madrid de 26-VI-1998 (AA3183).

<sup>15</sup> **Cancio Meliá**, pág. 1197; **Colás Turégano**, págs. 94 ss.; **González Rus**, "Delitos...", pág. 490; **Vives Antón**, "Art. 455", pág. 1913, y "Rapd", pág. 791; o, entendiéndolo en sentido enormemente expansivo, **Fernández García y López Moreno**, pág. 613 y 626.

<sup>16</sup> Así **Beneytez Merino**, pág. 4255; **González Rus**, "Delitos...", pág. 490; **Martín Canivel**, pág. 143; **Del Moral García**, pág. 1776; **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905; SAP de Toledo de 11-V-1998 (AA1774); y, refiriendo la relación medio-fin al 'apoderamiento' (cuando en la misma página niegan que sea elemento del tipo), **Fernández García y López Moreno**, pág. 612.

delito cuando se orienta a ella: la violencia desconectada de esta proyección final corresponde a otros tipos penales.

### ***7.A.II.- Toma de postura.***

La posición que se mantenga respecto de la interpretación del alcance y sentido del requisito típico de empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas no puede, evidentemente, desconectarse de lo que he afirmado ya respecto de la finalidad de realizar un derecho propio (supra, cap. 5) y el contenido de injusto de este delito (supra, 1.B.II y 4.C). Resulta pues preciso abordar algunas consideraciones generales que enmarquen la cuestión antes de esbozar separadamente el análisis de las distintas modalidades enunciadas por el precepto; análisis particularizado que por demás sólo podrá abordarse en línea de principios generales y no exhaustivamente, precisamente como consecuencia de lo que en el siguiente apartado se expone.

#### ***7.A.II.a.-Consideraciones generales.***

En primer lugar, es preciso reiterar que a mi juicio el actual art. 455 del CP no requiere en modo alguno la realización de un derecho, sino el recurso a la fuerza con la finalidad de realizar un derecho. Esto es, que la fuerza típica constituye y colma la conducta cuya realización objetiva requiere el tipo, en tanto se oriente finalmente a la realización de un derecho propio, sin necesidad ninguna de actos de realización o ejercicio de este último. El empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas consume el delito, y no cabe por ende hablar de ‘medios comisivos’ sino de diferentes modalidades típicas.

Lo que no puede, naturalmente, desvirtuar la necesidad de orientación final a la realización de algo a lo que se cree tener derecho: la conducta típica consiste en recurrir a la fuerza, pero en recurrir a la fuerza con ese fin. En este sentido puedo suscribir las afirmaciones de quienes subrayan la necesidad de

orientación ‘medial’ del recurso a la fuerza:<sup>17</sup> quien emplea recursos violentos tras realizar su derecho, o aprovechando la ocasión pero con finalidad distinta de la de lograrlo, deberá responder por los tipos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza y no por realización arbitraria del propio derecho. Y, en la misma línea, creo que es preciso requerir cierta proporción entre el derecho alegado y el medio violento empleado:<sup>18</sup> no puede v.gr. pretenderse que la reclamación de una deuda de seis euros fuerce a calificar como realización arbitraria del propio derecho una privación de libertad muy prolongada en el tiempo, por mucho que tenga lugar para forzar el pago.<sup>19</sup>

Entiendo, pues, que la violencia, la intimidación y la fuerza en las cosas son diferentes modalidades típicas (que no medios comisivos). Modalidades que se formulan con criterio alternativo, bastando con cualquiera de las tres para estimar la concurrencia del delito; pero cuya presencia simultánea en un hecho no supone una pluralidad de delitos, sino un único delito del art. 455 del CP,<sup>20</sup> en tanto se presenten en unidad de acción.

Ahora bien: esto sentado, la determinación de qué conductas integran en concreto las distintas modalidades típicas no parece sencilla. Los términos ‘violencia’, ‘intimidación’ y ‘fuerza en las cosas’ son empleados en diversos preceptos del código, en contextos diferentes en los que suele dárseles un significado distinto, atendiendo fundamentalmente en cada caso al bien jurídico

---

<sup>17</sup> Pero no, ciertamente, el intento de referirla al ‘apoderamiento’ (cfr. **Fernández García y López Moreno**, loc. ult. cit.), que no es elemento del tipo. La fuerza empleada v.gr. ‘para retener’ (en tanto merezca propiamente la calificación de fuerza y además no pueda conceptuarse como legítima defensa), o para realizar un derecho sin apropiación de objetos, resulta perfectamente encuadrable en el tipo.

<sup>18</sup> Vid. a este respecto las consideraciones de **Pedrazzi, C.**, “Appunti sulla violenza quale ‘mezzo’ del reato” (*RIDP* 1957, págs. 999-1001).

<sup>19</sup> En esta línea puede entenderse el razonamiento de la STS de 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001), que niega la finalidad típica por resultar ‘incongruente, anómalo e incluso absurdo’ que para cobrarse una deuda de 300.000 ptas. se arrebate del cuello de la esposa del deudor una cadena valorada en 14.000, entiende que la motivación es de odio y venganza y castiga por robo.

<sup>20</sup> En este último sentido, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 490.

protegido o a los demás elementos de la conducta típica.<sup>21</sup> Y el problema, en esta sede, es que en el art. 455 del CP nos encontramos con una descripción típica que no requiere otro elemento objetivo más que el que pretendemos acotar,<sup>22</sup> y con un bien jurídico colectivo cuya abstracción puede hacerlo más necesitado de precisión que útil para delimitar otros extremos: el intento de determinar el alcance del recurso típico a la fuerza desde argumentos teleológicos en este delito acaba por resolverse en una petición de principio en que todo vale, porque no se sustenta en nada.

La cuestión, sin embargo, tiene a mi juicio solución satisfactoria si por el contrario se acude a criterios sistemáticos. A la luz de los principios del ordenamiento, y desde la base sentada al estudiar el contenido de injusto del delito de realización arbitraria del propio derecho (supra, 1.B.II y 4.C), no es posible castigar por este título cuando la conducta, suprimida hipotéticamente la finalidad de realizar un derecho propio, resulte impune: afirmar lo contrario es afirmar que -al menos en algún caso- se castiga precisamente por querer realizar un derecho, lo que ya he rechazado repetidamente. Así, no será posible estimar típica conforme al delito que nos ocupa una violencia, intimidación o fuerza en las cosas que de carecer de esta orientación final resultara atípica. Y, por ende, la fuerza típica en el delito que es objeto del presente estudio ha de ser aquella que resultaría, de no existir el título especial que nos ocupa, punible por otros preceptos del libro segundo del CP. Pero además ha de tenerse en cuenta que si algunos preceptos dan lugar, por precisión legislativa expresa o como resultado de su estructura típica o la necesidad de tutela del bien jurídico correspondiente, a

---

<sup>21</sup> Técnica por demás discutible y discutida; vid. **Sánchez Tomás**, *passim*, quien pese a su notable esfuerzo no logra sin embargo un concepto de 'violencia' válido para todos los casos en que el CP emplea este término (cf. pág. 506). Sin entrar en una cuestión que requeriría el análisis pormenorizado de un importante número de infracciones (sólo para la violencia, el estudio que acabo de citar se ocupa de 39 delitos) y que no puedo evidentemente abordar en este trabajo, es preciso sin embargo señalar que -si es que resulta posible- parece aún lejano un consenso doctrinal para la asignación de un contenido unívoco a estos términos en los diferentes contextos normativos en que se emplean.

<sup>22</sup> Vid. los dos capítulos precedentes.

interpretaciones extensivas de los conceptos de violencia, intimidación o fuerza en las cosas,<sup>23</sup> esto no tiene por qué ser así también en el precepto que analizo; es más, no será así en tanto no persistan los motivos que dan lugar en aquella otra sede a una interpretación extensiva. Motivos que por demás, actuando en perjuicio del principio de libertad (y con ello, en su caso, del reo) por dar lugar a una extensión del ámbito de lo punible, no pueden presumirse. Así, el alcance de los términos en cuestión viene precisado en cuanto al tipo de realización arbitraria del propio derecho por la intersección entre el sentido posible del término correspondiente en el lenguaje común y los sentidos que se atribuyen al mismo en los diferentes delitos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza; siendo siempre precisa además la orientación final a la realización de un derecho propio y una relación de proporción entre el recurso a la fuerza y la finalidad para la que se instrumenta.

Esta delimitación del alcance del tipo se resuelve en una suerte de relación concursal universal, de modo que para afirmar la tipicidad de acuerdo con el art. 455 del CP es preciso concluir antes que de faltar la finalidad específica de este delito la conducta sería punible de acuerdo con otro tipo penal. Conviene, eso sí, precisar tres cuestiones al respecto. En primer lugar, la operación de encuadre hipotético en otro tipo penal no permite alterar los elementos objetivos del hecho, pero puede requerir integrarlo añadiendo elementos subjetivos cuando la razón de su no concurrencia sea precisamente la presencia de otro elemento subjetivo incompatible, el que hemos de suprimir hipotéticamente. Es, destacadamente, el caso del ánimo de lucro:<sup>24</sup> cuando planteo la posible tipicidad con arreglo a otro delito v.gr. de un apoderamiento violento con finalidad solutoria, he de hacerlo necesariamente añadiendo el elemento subjetivo cuya presencia había sido

---

<sup>23</sup> El caso más destacado -que no el único: baste recordar la interpretación extensiva de la 'violencia' en el delito de coacciones, contra cual respecto del anterior CP no quisieron por cierto pronunciarse las SSTC 137/1997, de 21-VII, y 236/1997, de 22-XII- es sin duda aquí el de la fuerza en las cosas normativamente definida del robo, sobre la que volveré infra, II.d.

<sup>24</sup> Sobre las relaciones entre éste y el de realizar un derecho propio, supra 5.A.II.b.3.



desplazada por la finalidad de realizar un derecho propio, porque al suprimir hipotéticamente esta última resurge, también hipotéticamente, el primero. En segundo lugar, el recurso a la fuerza en cuestión ha de integrar las exigencias típicas de un delito, no bastando con violencia, intimidación o fuerza en las cosas constitutivas de falta: entender lo contrario sería tanto como afirmar que la finalidad de realizar un derecho propio incrementa el contenido de injusto de una conducta objetivamente constitutiva de falta y no de delito.<sup>25</sup> Y, en tercer lugar, dado que el recurso a la fuerza ha de orientarse a la realización de un derecho propio, no cabrá defender la calificación de realización arbitraria del propio derecho cuando por desproporción manifiesta o falta de conexión no sea posible entender que es esto lo que sucede.<sup>26</sup> Es el caso, por ejemplo, de la privación de libertad prolongada exageradamente en el tiempo, y desde luego de las lesiones corporales (consumadas o intentadas) constitutivas de delito.

Salvos estos extremos, el recurso típico a la fuerza se define efectivamente en este delito por relación concursal con los demás tipos del libro segundo, debiendo afirmarse allí donde el medio violento que lo es de acuerdo con el sentido usual del término hallaría también encuadre en algún otro delito, pero se orienta con la finalidad de realizar un derecho propio. Lo cual, a efectos prácticos, significa que la determinación concreta del contenido posible de las distintas modalidades típicas del art. 455 del CP requiere un previo análisis particularizado de cada una de las infracciones recogidas en el libro segundo del código en que se alude a violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Análisis que evidentemente no puedo desarrollar aquí en toda su extensión; me conformaré, en los apartados siguientes, con apuntar algunas líneas generales.

---

<sup>25</sup> Lo que sin embargo no ha impedido en el pasado que se propusieran interpretaciones, que creo inaceptables, precisamente en este sentido; vid. Ferris Albenca, págs. 830 s.

<sup>26</sup> Ya por falta del elemento subjetivo del tipo, que ha de resultar reconocible de acuerdo con criterios normativos; vid. supra 5.A.II.b.1. En el texto me ocupo ahora sólo de los supuestos en que por definición no va a resultar posible entender que concurre, y que por ende nunca pueden integrar recurso a la fuerza típico conforme al art. 455 del CP.

En otro orden de consideraciones, precisamente como consecuencia de la exclusión del ámbito de la realización arbitraria del propio derecho del recurso a la fuerza constitutivo de falta, queda por definir el tratamiento punitivo que corresponde a quien para realizar un derecho propio recurre a violencia, intimidación o fuerza en las cosas típicas de acuerdo con el libro tercero del código. A mi juicio, sencillamente se castigará la falta cometida, dado que para infracciones de este orden el legislador no ha previsto tipo atenuado, y sin perjuicio de poder moderar la entidad de la pena dentro del marco punitivo correspondiente;<sup>27</sup> que es, en definitiva, lo mismo que sucedería con el recurso a la fuerza constitutivo de delito de no existir el precepto que nos ocupa.<sup>28</sup>

Finalmente, ha de observarse que el art. 455 del CP hace expresa referencia a tres modalidades diferentes: violencia, intimidación y fuerza en las cosas. Con independencia de que la respuesta punitiva sea en todo caso la misma calificaremos por una o por otra,<sup>29</sup> y de que la aparición simultánea de varias de ellas no fuerce a un concurso de delitos, sí conviene concluir de ello que -frente a lo sostenido en ocasiones para otros tipos penales- en esta sede debe hacerse una interpretación estricta de las mismas, llamando a cada cosa por su nombre. Aunque solo fuera porque, si en el futuro el legislador estimara conveniente distinguir la pena de las diferentes variantes,<sup>30</sup> no hay razón ninguna para sentar interpretaciones que puedan distorsionar la claridad del precepto.

Sólo un último extremo: el precepto recoge las diferentes modalidades de recurso a la fuerza, construyendo con ellas cuando se emplean con la finalidad de realizar un derecho propio un tipo privilegiado, pero no asume la actuación

---

<sup>27</sup> Atenuación que, a tenor de lo dispuesto en el art. 638 del CP, no precisará ajustarse a las reglas generales para la aplicación de las penas. En todo caso, conviene notar que tampoco en este caso sería posible estimar una eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho (vid. supra 6.B.II.a); sobre la posibilidad de acudir a la atenuante analógica, infra, 10.C.II.a.

<sup>28</sup> Vid. infra cap. 9 y supra 4.C.II; o, en perspectiva comparada, supra 3.A. En palabras de **Stoppato**, pág. 215, 'suprimido el título especial, la violencia debería reprimirse por sí misma.'

<sup>29</sup> Lo que se ha criticado; vid. infra d.

<sup>30</sup> Siguiendo aún más de cerca el modelo italiano; vid. supra 3.B.

clandestina o el engaño.<sup>31</sup> Así, podría plantearse que a falta de título específico éstas deban castigarse por los delitos comunes correspondientes.<sup>32</sup> Sin embargo, el resultado de semejante construcción sería un sinsentido: engañar para realizar un derecho propio daría lugar a penas de prisión, mientras recurrir a la fuerza con el mismo fin y resultado se castigaría con multa.<sup>33</sup> Creo que una interpretación sistemática coherente impone entender que el art. 455 del CP desplaza la aplicación de los tipos comunes cuando se actúa con la finalidad de realizar un derecho propio; y así, si la actuación es violenta se aplica la pena prevista en el delito que nos ocupa, y en otro caso la actuación es penalmente irrelevante<sup>34</sup> -sin perjuicio, claro está, de la depuración de responsabilidades por vía civil.<sup>35</sup> Irrelevancia que, predicada respecto de engaño que de faltar el elemento subjetivo especial sería constitutivo de delito, no puede dejar de predicarse también respecto de engaños constitutivos de falta, porque concluir lo contrario es tanto como decir que si es delito queda impune pero si es falta se castiga.

#### 7.A.II.b.- La violencia.

El término 'violencia' es empleado con profusión en el código, y a la hora de interpretarlo con frecuencia se le atribuye un contenido distinto en los

---

<sup>31</sup> Para González Rus, "Delitos...", el engaño 'hace atípica la conducta'. En línea semejante, Vázquez Iruzubieta, pág. 600. Proponen de lege ferenda Fernández García y López Moreno, pág. 627, la inclusión en el tipo de estos supuestos, por cuanto la falta de ánimo de lucro impedirá recurrir a los delitos patrimoniales y entienden que atentan contra 'la potestad del Estado en orden a la resolución de conflictos'; no comparto tal determinación del bien jurídico (vid. supra 4.B.I), y entiendo además que este tipo de supuestos bien pueden quedar a extramuros de un Derecho penal de carácter fragmentario.

<sup>32</sup> En tanto se acepte que el ánimo de realizar un derecho propio enerva *ex radice* el de lucro, no cabrá plantear hurto o estafa; pero sí, v.gr., apropiación indebida (contra, entendiendo que este delito requiere ánimo de lucro, SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33)).

<sup>33</sup> En esta línea, SAP de Valencia de 30-I-2001 (Rollo apelación 832/00).

<sup>34</sup> Señala, en esta línea, la atipicidad de la realización del propio derecho fuera de las vías legales sin mediar violencia, intimidación o fuerza en las cosas Rodríguez Mourullo, "Art. 20.7º", pág. 108.

<sup>35</sup> Aunque es forzoso reconocer que en cuanto a esta última posibilidad la compensación de deudas del art. 1202 del CC, que opera *ipso jure* -vid. STS de 14-XI-1984 (A5488)-, puede dejar el engaño exento de toda consecuencia jurídica.

diferentes contextos que la requieren.<sup>36</sup> Así, donde la violencia aparece como única posibilidad de encuadre típico (v.gr. en las coacciones del art. 172)<sup>37</sup> se defienden interpretaciones que extienden su alcance hasta comprender supuestos de intimidación, lo que en ningún caso se plantea allí donde junto a la violencia el tipo alude expresa y separadamente a ellos (v.gr. en las agresiones sexuales del art. 178); y en unos delitos se postula la inclusión en la violencia de supuestos de fuerza en las cosas, que en otros son unánimemente rechazados. Esta polisemia resulta ciertamente cuestionable, como ha destacado argumentadamente SÁNCHEZ TOMÁS,<sup>38</sup> sin embargo, la alternativa es un concepto de violencia con validez para todos los delitos violentos del código, y esto, sin entrar a cuestionar la viabilidad de lograrlo,<sup>39</sup> no parece aún conseguido en términos de aceptación doctrinal generalizada.<sup>40</sup> En todo caso, la cuestión escapa del objeto de este

---

<sup>36</sup> Y con plena conciencia e intención; vid. por todos **Mir Puig**, “El delito...”, pág. 277.

<sup>37</sup> Es esta la sede en que más se ha detenido la doctrina en el concepto de violencia; vid. por todos **Cervelló Donderis**, págs. 30-44; con el anterior cuerpo legal, **Bajo Fernández**, “El delito...”, págs. 62-68; **García-Pablos de Molina**, págs. 265-275; **Higuera Guimerá**, págs. 81-158; **Mir Puig**, “El delito...”, págs. 274-290; y esp. **Mira Benavent**, “El concepto...”, passim.

<sup>38</sup> **Sánchez Tomás**, passim; sobre los diferentes alcances atribuidos al término vid. págs. 55 ss. y los cuadros comparativos en págs. 127-130; o más sucinta y limitadamente **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 71-83.

<sup>39</sup> No han faltado ni faltan pronunciamientos expresamente contrarios a esta posibilidad; por todos, **Mata y Martín, R.M.**, *El delito de robo con fuerza en las cosas* (1995), pág. 230.

<sup>40</sup> Merece la pena, siquiera en nota al pie, detener un momento la atención en la propuesta de **Sánchez Tomás**, que partiendo de entender el Derecho como proceso comunicativo acude a la metodología de la interpretación operativa, acogiendo como estrategia la de las reducciones sucesivas (págs. 36 ss.), y tras un amplio estudio conceptual y de campo concluye que debe entenderse por violencia ‘aquella conducta que por sí misma suponga la efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por el CP’ (pág. 494; desarrolla la definición en las págs. 495-503). Sin pretender entrar aquí en un tema que no puedo desarrollar sin desbordar los límites del presente trabajo, quiero sólo señalar que puede suscitarse algún reparo a esta definición; no tanto por el hecho de que necesariamente escape de ella algún empleo del término en el CP que refiere la violencia a objetos (vid. pág. 506, respecto al art. 514.3 del CP), cuanto por un motivo de fondo: la definición penal de esa lesión a un bien jurídico eminentemente personal se produce precisamente a través de un delito violento... lo que puede llevarnos a un razonamiento circular que acabe por dar entrada en la definición a lo definido. Y, evidentemente, la violencia es violencia; pero esta afirmación en realidad no afirma nada. Peor todavía, vacía de contenido el término creando una ‘caja vacía’ donde todo cabe: desde el punto de vista lógico es una mera tautología, desde el punto de vista axiológico no proporciona ningún tipo de criterios.

trabajo; me conformaré, pues, con intentar precisar el sentido de la violencia típica en el art. 455 del CP.

La base de partida, a falta de previsión normativa en sentido contrario, ha de ser necesariamente el significado posible del término ‘violencia’ de acuerdo con el lenguaje común. Ahora bien, el diccionario define la violencia y lo violento en un doble sentido: atendiendo a la presencia de fuerza o atendiendo a la contrariedad a lo natural.<sup>41</sup> A esta última posibilidad se han acogido tradicionalmente las interpretaciones extensivas del ámbito típico en este delito, viendo violencia en ‘lo que se ejecuta contra el modo regular de obrar’;<sup>42</sup> sin embargo, me parece que esto da lugar a resultados insostenibles, porque ‘lo que está fuera de su natural estado’ ha de determinarse de algún modo, y difícilmente se escapará por esta vía de acabar acudiendo al sentido figurado de violento como ejecutado ‘contra el modo regular o fuera de razón y justicia’. Y esto, en definitiva, está más cerca de ser un juicio de antijuridicidad que un elemento objetivo del tipo. A mi juicio, pues, la violencia debe entenderse primordialmente en el sentido de fuerza física; ‘ímpetu y fuerza’ que por definición caen fuera del modo regular de actuar, pero que sirven además de elemento objetivo selectivo y dan contenido así al requisito típico de violencia allí donde el precepto lo requiera.

Ahora bien: en cuanto al delito que nos ocupa, el resultado de esta primera aproximación al concepto de violencia debe ser aún objeto de una doble restricción, por razones internas a la formulación típica y por razones de

---

<sup>41</sup> Vid. las definiciones de Real Academia Española y Moliner. Para Sánchez Tomás, págs. 249-253, se puede hablar de una acepción estática (‘fuera de su estado natural’) y una dinámica (‘con ímpetu y fuerza’) de violencia; quizá valga la pena apuntar, *a fortiori* de lo aducido en el texto en favor de la segunda acepción de violencia, que el primer sentido aparece en los diccionarios referido propiamente al adjetivo ‘violento’, y sólo refleja o figuradamente al sustantivo ‘violencia’.

<sup>42</sup> Vid., respecto del CP anterior, supra 2.B.II.b. En este sentido todavía, estudiando además el precepto actual en términos de continuismo con el precedente que me parecen dudosamente defendibles, Mora Alarcón, pág. 626; vid. asimismo la construcción de la SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33) -por el contrario, mucho más razonablemente, SAP de Barcelona de 20-I-2000

coherencia sistemática. Por una parte, la misma estructura del delito que estudiamos impone la diferenciación entre violencia y fuerza en las cosas, lo que obliga a predicar el carácter personal de la violencia, remitiendo el ejercicio de fuerza sobre objetos a la tercera modalidad típica.<sup>43</sup> Por otra, y como acabo de señalar (supra, II.a), una interpretación coherente desde el punto de vista sistemático exige que la violencia típica en el delito de realización arbitraria del propio derecho encuentre, de faltar la finalidad de realizar un derecho propio, encuadre en otra sede del libro segundo del CP.

Así, la violencia típica sería aquí el uso de fuerza física sobre una persona que, de tener lugar sin la finalidad de realizar un derecho propio, constituiría delito. En cuanto empleo de fuerza física, pues, quedarían excluidos de su ámbito todos los supuestos en que ésta falta, como el recurso a la sorpresa, el engaño, el aprovechamiento de situaciones dadas,<sup>44</sup> el empleo de narcóticos administrados sin recurrir a la fuerza,<sup>45</sup> o los casos de intimidación; no así la denominada *vis physica compulsiva*, en la que pueden identificarse un momento violento y uno intimidatorio, y en cuanto a la necesidad de fuerza física el primero puede sin

---

(AA955)-.

<sup>43</sup> Cuando menos, en cuanto al delito de rapd; si esto es así o no en otros tipos penales (ciertamente, en el lenguaje común no lo es) es una cuestión en la que, como he afirmado ya, no puedo adentrarme ahora. Por demás y evidentemente, el tipo del art. 455 CP impone asimismo una diferenciación entre violencia e intimidación, a la que me referiré seguidamente en el texto.

<sup>44</sup> Así la SAP de Baleares de 17-I-2000 (AA130).

<sup>45</sup> Que sí podrá, en su caso, dar lugar a un delito de detenciones ilegales (así Colás Turégano, *El delito...*, pág. 85); lo que generalmente excede del ámbito que es posible imputar a la rapd (a privar de su libertad a otro no puede tenerse derecho; vid. más matizadamente infra, cap. 9), debiendo castigarse como delito común. Y, por ende, cuando se administren los narcóticos por la fuerza queda también excluida la posibilidad de aplicar el delito que nos ocupa: podremos acudir a coacciones, lesiones o detenciones ilegales, pero no al art. 455 del CP. El mismo tratamiento corresponderá, si se quiere, a la hipnosis y técnicas análogas. Contra, entienden que la fuerza física no es propiedad de la violencia y dan entrada en ella a la narcosis ya Mir Puig, "El delito...", págs. 278-280, en sede de coacciones; más recientemente, con carácter general en tanto se defina la violencia en virtud de su carácter personal Sánchez Tomás, págs. 466-483 y 509 s.; para el delito de robo, Goyena Huerta, J., "El delito de robo con violencia o intimidación en las personas" (MUÑOZ CUESTA, J. (ed.), *El hurto, el robo y el robo de uso de vehículos* (1998)), nº 34; en cuanto a la rapd, da entrada en la violencia típica a hipnosis y narcosis Beneytez Merino, pág. 4252.

dudas integrarse en la violencia del art. 455 del CP.<sup>46</sup> En cuanto a su carácter personal, quedaría excluida la posibilidad de integrar en esta modalidad casos de *vis in rebus*; no ya porque no pueda aceptarse la posibilidad de integrarlos en la ‘violencia’ recabada en otros tipos penales,<sup>47</sup> sino porque la específica mención de la fuerza en las cosas en el precepto estudiado desplaza estos supuestos hacia la modalidad que la prevé expresamente. Y finalmente, en cuanto constitutiva de delito, no podrá recoger supuestos que, al margen del elemento subjetivo específico, no satisficieran ya las exigencias típicas de otro precepto del libro segundo del CP; además de lo cual, coherentemente, deberá entenderse que asume por consunción las violencias constitutivas de falta, en los mismos términos en que lo haría el delito violento respecto del que podría afirmarse la tipicidad de faltar el que ahora nos ocupa.

Por demás, se ha señalado que la violencia en cuestión debería ser ‘no constitutiva de lesión’, por cuanto en este caso ‘daría lugar a un concurso de delitos’.<sup>48</sup> Sin embargo, creo que la cuestión debe plantearse de forma distinta, para empezar en cuanto al argumento empleado: si la violencia que nos interesa no puede ser constitutiva de lesión, habremos de concluir que quien lesiona para realizar un derecho propio no integra el tipo del art. 455 del CP y no cabe pues concurso alguno de delitos, fuera de la afirmación de un concurso real en aquellos casos en que *además* del acto violento constitutivo de lesión aparece otra acción distinguible y que no quede absorbida por aquél que podamos conceptuar de violenta y castigar como realización arbitraria del propio derecho. Luego precisamente si la violencia no puede ser constitutiva de lesión lo normal es que

---

<sup>46</sup> Sin que la posibilidad de entender además concurrente la intimidación con el mismo fin dé lugar a una pluralidad de delitos de rapd (supra, II.a), en tanto se presenten en unidad de acción; esto es, en tanto la solución a la concurrencia de violencia e intimidación hubiera de resolverse por concurso de normas y no por concurso de delitos (vid. sobre este último extremo **Sánchez Tomás**, págs. 333-373).

<sup>47</sup> Cuestión discutida y en la que no procede aquí entrar; baste, pues, con remitir nuevamente a la bibliografía sobre la violencia en el delito de coacciones.

<sup>48</sup> **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 84.

la lesión no dé lugar a un concurso de delitos. Si por el contrario entendemos que cabe en el tipo violencia constitutiva de lesión, el problema se resuelve bien en un concurso de normas, bien en un concurso ideal de delitos; nuevamente, el concurso real de delitos sólo será posible en los mismos casos señalados en el supuesto anterior... y precisamente son más las posibilidades de afirmar un concurso de delitos partiendo de que la lesión sí es violencia a efectos del art. 455 del CP.

Pues bien, en mi opinión nada impide que una conducta que dé lugar a resultados lesivos sea calificada de violenta; cuestión distinta es que esta violencia satisfaga los requisitos típicos del art. 455 del CP, y en línea de principio me parece difícil aceptar que una lesión dolosamente producida pueda entenderse en cuanto tal orientada a la realización de un derecho propio.<sup>49</sup> No así, naturalmente, cuando se desarrolla una conducta violenta finalmente orientada a la realización del derecho y con independencia de ella se produce una lesión, pero en este caso son dos los actos y la solución, en principio, un concurso real de delitos. El supuesto problemático sería aquel en que dada la entidad de la lesión y las circunstancias en que se produce, sin que sea posible identificar dos conductas violentas, nada obsta a la calificación de realización arbitraria del propio derecho: es preciso aclarar si en estos casos nos encontramos ante un concurso de normas o ante un concurso ideal de delitos. Y el concurso, en mi opinión, es de normas, porque concluir otra cosa es afirmar, en definitiva, que merece mayor pena lesionar para realizar un derecho que hacerlo por cualquier fruslería o para lograr un objetivo injusto... en suma, es afirmar que se castiga porque se quería realizar un derecho y no por la violencia empleada. La solución correcta es pues, a mi juicio, y siempre que la violencia y la lesión se presenten sobre un mismo sujeto pasivo y en unidad de hecho,<sup>50</sup> la del concurso de normas a resolver en favor del

---

<sup>49</sup> Habida cuenta de que la orientación final debe reconocerse de acuerdo con criterios normativos de adecuación que imponen una cierta proporción; vid. supra 7.A.II.a y 5.A.II.b.1.

<sup>50</sup> Sobre la pluralidad de sujetos pasivos y la cuestión concursal en estos casos vid. infra, 8.C.II.



delito de lesión.<sup>51</sup> Esto, claro está, cuando se trate de lesiones constitutivas de delito; en cuanto a las lesiones constitutivas de falta, y como he afirmado respecto de las violencias constitutivas de falta, deberá adoptarse la misma solución que correspondería al delito violento a aplicar en defecto del de realización arbitraria del propio derecho, que puede absorber las faltas de lesión o resolverlas por concurso.<sup>52</sup>

### 7.A.II.c.- *La intimidación.*

Es frecuente, a la hora de definir lo que por intimidación deba entenderse, acudir al art. 1267 del CC, que la concibe en términos de inspirar en otro ‘el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes’.<sup>53</sup> Que intimidar es causar o infundir miedo es difícilmente objetable;<sup>54</sup> la necesaria gravedad del mal resulta evidente toda vez que es éste el criterio distintivo entre la intimidación constitutiva de delito –incluido el de realización arbitraria del propio derecho– y las faltas del art. 620.1º y 2º;<sup>55</sup> el carácter ‘racional y fundado’, en tanto se entienda como filtro objetivo que evite dejar exclusivamente en manos del carácter del sujeto pasivo la afirmación o negación de la concurrencia de la amenaza tampoco resulta, a mi juicio, objetable; el ámbito de posibles

---

<sup>51</sup> Solución que no es, ciertamente, la prevista por el legislador para el delito de robo violento; pero existen diferencias de importancia, por cuanto en el caso del robo se aúnan la previsión normativa de una cláusula concursal expresa que impone una solución específica (art. 242.1 CP), la pertenencia objetiva del apoderamiento al tipo que permite en todo caso individualizar dos hechos diferenciados, y la concurrencia de dos bienes jurídicos individuales y distinguibles respecto de los que no es posible señalar conexiones mediales siquiera remotas. Ninguno de estos tres factores es predicable del delito de rapd.

<sup>52</sup> Acude en todo caso al criterio de consunción para ‘las consecuencias lesivas de la integridad, la salud o el patrimonio siempre que no rebasen el ámbito de las correspondientes faltas (arts. 617.2º, 620.1º ó 2º y 625.1º)’ la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821).

<sup>53</sup> Vid. por todos Colás Turégano, *El delito...*, págs. 85 s. Por demás, curiosamente, nadie sostiene el recurso al CC para la definición de violencia, que el mismo art. 1267 conceptúa como empleo de ‘fuerza irresistible’.

<sup>54</sup> Ya en el lenguaje común; vid. la definición de Real Academia Española.

<sup>55</sup> Distinción, por demás, no exenta de problemas, como subraya Del Río Fernández, L., *El delito de amenazas* (1997), págs. 73-77.

sujetos pasivos y especialmente la inminencia se plantean, por el contrario, mucho más problemáticos.

De hecho, precisamente sobre el carácter inminente del mal conminado se ha intentado, apelando a las formulaciones de CARRARA en Italia y de GROIZARD en España,<sup>56</sup> distinguir entre la intimidación como medio comisivo de diferentes delitos y el delito de amenazas, destinando a estas últimas el anuncio de males futuros y reservando para la primera la intimidación ‘de presente’. Sin embargo, en la doctrina hay voces que señalan que se trata de un criterio inadecuado; lo que suscribo, subrayando que además con frecuencia resulta mal planteado. En efecto, ha de distinguirse entre la expresión proferida con finalidad intimidatoria, el mal con que se conmina y -en su caso- lo que quiera conseguirse con ello: de estos tres, sólo la expresión proferida puede ser en propiedad de presente o de futuro, y que sea una u otra cosa resulta un ‘hecho circunstancial’ del que no puede depender la calificación jurídica,<sup>57</sup> porque carece de trascendencia y resulta irrelevante. El mal amenazado, y en su caso aquello que pretende lograrse, son siempre de futuro: más o menos lejano, pero futuro en todo caso;<sup>58</sup> téngase en cuenta que si el mal sigue inmediatamente a la conminación no habrá ni intimidación ni amenazas, sino lisa y llanamente realización del mal, por más que su ejecución se acompañe de palabras. Y la intimidación, en cuanto medio comisivo, no es necesariamente incompatible ni con males distanciados en el tiempo ni con condiciones de futuro,<sup>59</sup> de modo que la relación entre los delitos

---

<sup>56</sup> Apelación que, por demás, ha sido cuestionada fundamentalmente, contextualizando el razonamiento del italiano hasta hacer ver que no puede entenderse en el sentido en que lo acogieron los defensores de esta construcción (vid. Larrauri, *Libertad y amenazas*, págs. 251-256; y Sánchez Tomás, págs. 310-314), y matizando el alcance de las afirmaciones del español (revisando además críticamente sus argumentos, Larrauri, *ibidem*, págs. 248-251).

<sup>57</sup> García-Pablos de Molina, pág. 260; en el mismo sentido, Cervelló Donderis, pág. 36. En efecto, no parece que decir ‘te mato’ o decir ‘te mataré’, en el mismo contexto y circunstancias, marque diferencia suficiente para alterar una calificación jurídico-penal.

<sup>58</sup> Así, respecto del mal en cuestión, Mir Puig, “El delito...”, pág. 283.

<sup>59</sup> Valga como ejemplo el que proporciona Larrauri, *Libertad y amenazas*, pág. 256, siguiendo al mismo CARRARA: el delito de extorsión. Ciertamente, quien insista en ver en la extorsión un ‘robo documental’ podrá mantener el requisito de una cierta inmediatez; pero el tenor literal no

intimidatorios y el de amenazas simples o condicionales deberá resolverse por las reglas que para el concurso de normas proporciona el art. 8 del CP, sin que pueda sentarse un criterio general basado en el carácter más o menos futuro del mal conminado.<sup>60</sup> La inminencia, además de la dificultad de precisar su exacto alcance, no resulta elemento diferencial adecuado.

En todo caso, en cuanto al delito de realización arbitraria del propio derecho se refiere, el carácter próximo o remoto del futuro en que habría de realizarse la amenaza no parece relevante. Sin entrar a discutir la mayor o menor gravedad de la conminación con males inmediatos o remotos,<sup>61</sup> creo que ambos caben sin problemas en el tipo del delito que nos ocupa, y satisfacen los requerimientos de la modalidad intimidatoria del tipo, que puede desplazar la aplicación tanto de los delitos de amenazas como de otros delitos intimidatorios. Siempre, claro está, que se cumpla el presupuesto necesario de posibilidad de encuadre típico en otro título del libro segundo a falta del que nos ocupa; lo que por cierto no sucederá cuando se amenace con un mal no constitutivo de delito, dado que se persigue una condición que se cree debida y en estos casos el art. 171.1 del CP excluye la tipicidad de las amenazas.<sup>62</sup>

---

la requiere, y me parece que no es precisa. Afirma, por demás, el encaje en el delito de rapd de las condiciones de futuro **Del Moral García**, pág. 1776.

<sup>60</sup> Procedimiento que por demás da lugar a resultados muy semejantes a los propugnados desde el criterio de la 'inmediatez' del mal (vid. v.gr. la propuesta de **Del Río Fernández**, págs. 29 s.), sin los inconvenientes de un criterio temporal no tasado y sin negar el encuadre típico allí donde no hay razones de fondo para ello. A la solución concursal, con especial atención a los bienes jurídicos afectados, apuntaba **Larrauri**, *Libertad y amenazas*, pág. 260.

<sup>61</sup> Entiende más grave la conminación con males más próximos en el tiempo, criticando las disfunciones que supondría penar estos con multa por rapd y los remotos con prisión por amenazas **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 89 y 91 s., llevando finalmente unos y otros al art. 455.

<sup>62</sup> En esta línea **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 92 s. y 171 s., entendiendo así atípicas las conminaciones con faltas o con ilícitos de naturaleza no penal, en la línea propuesta por **Jareño Leal**, *Las amenazas...*, págs. 54-85, para quien con la actual redacción del tipo de amenazas 'se insta la posibilidad legal de exigir lo debido con amenaza de la fuerza física' (pág. 71, señalando en n. 107 que al tiempo se plantea con ello un conflicto de normas con el art. 455, y ejemplificando con la atipicidad –por regla general– del supuesto de amenaza con enviar un 'cobrador del frac').

Por otra parte, y en cuanto respecta a los sujetos a los que pueda referirse el mal amenazado, no veo motivo alguno en esta sede para restringirlos a los parientes en línea recta como hace, a otros efectos, el código civil. La eficacia de la intimidación y el efecto que pueda producir dependen más de la relación efectiva y afectiva del sujeto amenazado con aquel sobre el que pueda recaer el mal que de la calificación jurídica de su relación parental; me parece pues mucho más adecuado entender, como hace el código penal en el art. 169 para el delito de amenazas, que el mal con que se conmina pueda referirse a la persona o bienes de cualquiera 'que esté íntimamente vinculado' con el intimidado. Vinculación que, por demás, puede surgir de las mismas circunstancias en que se plantea la intimidación.<sup>63</sup> Todo ello, naturalmente, en tanto fuera posible afirmar el encuadre típico en algún otro delito en el caso de que la finalidad no hubiera sido la de realizar un derecho propio.

La intimidación requerida por el precepto será pues la conminación con un mal próximo o remoto en el tiempo que sea constitutivo de delito contra el interesado o persona con la que se halle vinculado; conminación que no necesariamente habrá de hacerse de palabra, bastando en determinadas circunstancias gestos o signos concluyentes. Por supuesto, de la necesidad de que la intimidación pudiera encontrar encuadre en otra sede del libro segundo se sigue necesariamente la insuficiencia de las faltas de amenazas de los números 1º y 2º del art. 620 del CP para integrar el delito de realización arbitraria: cuando la intimidación sólo constituya falta deberá castigarse como tal, porque elevarla a delito por perseguir algo a lo que se cree tener derecho resulta un sinsentido. Finalmente, cuando junto a intimidación o violencia constitutiva de delito y punible de acuerdo con el art. 455 aparezcan conductas intimidatorias constitutivas de falta, la solución será una vez más la que correspondería al delito

---

<sup>63</sup> V.gr., cuando en un ascensor bloqueado un sujeto intente influir en otro planteando lesionar al tercer ocupante; ha de tenerse en cuenta que en esa concreta situación una persona que en condiciones normales resultaría completamente indiferente y desconocida aparece como

violento o intimidatorio por el que castigaríamos en defecto del de realización arbitraria del propio derecho, que puede absorber las faltas o castigarlas por separado.

#### 7.A.II.d.- *La fuerza en las cosas.*

La tercera modalidad típica del delito que nos ocupa es la que se refiere al empleo de ‘fuerza en las cosas’. Y respecto a su interpretación la doctrina se presenta dividida, acudiendo unos al sentido del término normativamente tasado del delito de robo con fuerza en las cosas y negando otros esta posibilidad para acudir al ‘sentido usual’ del término.

No creo que el concepto normativo de fuerza en las cosas previsto para el delito de robo resulte aquí aplicable; se trata, por definición normativa, de una fuerza en las cosas *sui generis* (el mismo texto especifica que ha de emplearse ‘para acceder al lugar donde éstas se encuentran’),<sup>64</sup> ceñida además a supuestos tasados que se formulan a exclusivos efectos de este delito y no siempre pueden entenderse comprendidos en el ámbito de lo que en sentido descriptivo puede definirse como ‘fuerza en las cosas’,<sup>65</sup> por más que el legislador haya querido equipararlos axiológicamente a ésta en cuanto al delito patrimonial a que ciñe su eficacia por declaración expresa el art. 238 del CP.<sup>66</sup> Pretender aplicar esta

---

próxima, identificable y de alguna manera unida a la suerte del intimidado.

<sup>64</sup> Art. 237 del CP; el inciso es resultado de una enmienda introducida en el Senado, como señala De Vicente Martínez, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas* (1999), págs. 23 s., añadiendo que la necesidad de deslindar el ámbito de hurto y robo impuso ya con el anterior CP, pese a que el texto legal no lo declaraba explícitamente, que se entendiera típica sólo la ‘vis ad rem’ y no la ‘vis in re’ (vid. a este respecto, por todos, Valmaña Ochaíta, S., *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas* (1993), pág. 47; o la declaración continuista de Fernández Rodríguez, *El robo con fractura exterior* (1997), pág. 89). En cuanto a la interpretación del actual inciso, vid. Sánchez Moreno, J., *El robo con fuerza en las cosas* (2000), págs. 8-9; De Vicente Martínez, págs. 48-50; y Vives Antón, T.S., y González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio IV” (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), págs. 389 s.

<sup>65</sup> De todas las previsiones del art. 238 (y 239) del CP, sólo los números 2º y –con más matices– 3º podrían encontrar encaje en el sentido que el lenguaje común otorga a la ‘fuerza’. En esta línea, Quintero Olivares, G., “Art. 238” (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 492; Sánchez Moreno, págs. 15 s.; y De Vicente Martínez, págs. 46-48. Vid. asimismo Fernández Rodríguez, págs. 73 s. y 89-92.

<sup>66</sup> En la línea de ceñir lo dispuesto en el art. 238 al delito de robo, Vives Antón, “Rapd”, pág.

normativa a la realización arbitraria del propio derecho sería incurrir en una analogía contraria al reo; en efecto, acudir a la definición de fuerza en las cosas del robo supondría no tanto una restricción del ámbito típico<sup>67</sup> cuanto una desmesurada expansión del mismo (saldrían, es cierto, los supuestos de *vis in re*; pero a cambio se daría entrada al escalamiento, descubrimiento de claves, uso de llaves falsas y supuestos de inutilización sin fuerza de sistemas de alarma o guardia).

A mi juicio, pues, la ‘fuerza en las cosas’ ha de entenderse en la sede que nos ocupa en sentido descriptivo, acudiendo para ello al significado de la expresión en el lenguaje común. Sentido usual de ‘fuerza en las cosas’ que se traduce en el requisito de alteración violenta de las mismas, empleo anormal de fuerza sobre ellas mayor o distinta de la que corresponde a su uso ordinario<sup>68</sup> dando lugar a daños o alteraciones físicas del objeto.<sup>69</sup> Que esto se produzca

---

791. **Quintero Olivares**, “Art. 238”, págs. 492 s., por el contrario, entiende que la definición del art. 238 extiende su eficacia a cualquier infracción que incluya la fuerza en las cosas como elemento del tipo, haciendo expresa insistencia en la rapd, pese a que ‘la definición que ofrece el art. 238 CP parece orientada exclusivamente al robo en sentido propio’, por cuanto en otro caso ‘se defendería la conveniencia de una interpretación asistemática y diferente, en perjuicio del acusado de uno u otro delito’; la objeción, sin embargo, me parece salvable, toda vez que desde los criterios que propongo (sobre todo, desde la necesidad sistemática de que el hecho que se castigue por rapd fuera punible por otro título de responder a una finalidad diferente) se obvia el peligro de perjuicio del reo, que en todo caso se vería favorecido con una penalidad más atenuada.

<sup>67</sup> Como entienden **Fernández García y López Moreno**, pág. 613, proponiendo por el contrario acudir al sentido vulgar del término, ‘comprendiendo por ejemplo el corte de cadenas que inmovilicen bienes, el llamado escalamiento de salida, el salto de cercados que no constituya escalamiento, etc.’ Sin embargo, me parece más que discutible que el escalamiento de cualquier clase que sea forme parte del ‘sentido vulgar’ de fuerza en las cosas; y sí más fácilmente de los supuestos de ausencia de violencia, intimidación o fuerza cuya incriminación de lege ferenda propugnan abiertamente estos autores (pág. 627), pero que no pueden hacerse entrar por la puerta falsa de un ‘sentido vulgar’ contrario a la experiencia.

<sup>68</sup> Por intensa que pueda ser ésta, la fuerza necesaria para el uso normal no puede calificarse de ‘fuerza en las cosas’; así **Mir Puig**, “El delito...”, pág. 282.

<sup>69</sup> Entiendo, pues, que el uso normal (accionar interruptores, cerrar llaves de paso,...) nunca puede constituir fuerza en las cosas; como tampoco los cambios o alteraciones producidos por la vía ordinariamente destinada al efecto, pese a que la jurisprudencia en ocasiones haya estimado la tipicidad de estos supuestos (v.gr. ven fuerza en las cosas en cambiar una cerradura sin forzarla la SAP de Valencia de 30-VI-1998 (AA3320) -tras acceder con intimidación- y la SAP de Guipúzcoa de 29-IX-1998 (AA3981) -tras acceder pacíficamente al inmueble-). En la línea

sobre la misma cosa a la que quiere accederse o sobre el continente que la alberga no parece definitivo,<sup>70</sup> en tanto pudiera afirmarse la tipicidad de acuerdo con otro precepto del libro segundo del CP (incluido el delito de daños, pero no la falta) si hubiera actuado el sujeto con una finalidad distinta de la de realizar un derecho propio.

De no suceder esto último, no será posible el encuadre típico en el delito que nos ocupa; lo que sugiere, cuando menos, dos consideraciones. En primer lugar, los supuestos de fuerza en las cosas sobre cosa propia no podrán hallar encaje en el delito de realización arbitraria del propio derecho, toda vez que por regla general resultan atípicos y constituyen a lo sumo ilícitos civiles.<sup>71</sup> En segundo lugar, no puede aceptarse la propuesta de quienes entienden que la inclusión de la fuerza en las cosas en este delito permitirá ‘solventar’ por esta vía ‘conflictos sociales’ a los que en el pasado, a falta de otra alternativa, se había buscado encaje en el delito de coacciones forzando en sentido expansivo la interpretación de la ‘violencia’ en aquella sede, y esperan en consecuencia que la

---

de restringir la tipicidad a supuestos de fuerza en las cosas ‘en que se produzcan daños sobre los objetos o cuanto menos una mínima alteración física’, respecto al delito de coacciones, **Cervelló Donderis**, pág. 41 (vid. asimismo STS de 4-XII-1990 (A9410)); en cuanto al de rapd, **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 96; contra, entiende que caben en la rapd el ‘corte de luz o de agua’ para desahuciar al arrendatario moroso **González Rus**, “Delitos...”, pág. 489; y apunta al encuadre típico de ‘vallados, cambios de cerraduras, cierres de caminos, etc.’, **Quintero Olivares**, “Art. 455”, pág. 1343.

<sup>70</sup> No veo, pues, más problema en entender típica conforme al delito de rapd la *vis in re*; v.gr., si un sujeto para ejercer su servidumbre de paso o de vistas echa abajo a martillazos el muro ilegítimamente levantado por el propietario del fundo sirviente. En esta línea, **Vives Antón**, “Art. 455”, pág. 1913.

<sup>71</sup> En esta línea, protestaba de la jurisprudencia que se esfuerza por llevar a coacciones los daños del arrendador sobre la cosa arrendada **Mira Benavent**, “El concepto...”, págs. 172-174. La excepción que el autor señala, el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, responde a un ámbito tan diferente del que corresponde al delito de rapd (vid. **Guardiola García, J.**, “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural” (*LH-Valle Muñiz* (2001), págs. 1379-1397)) que no tiene sentido plantear el posible encuadre típico en la fuerza en las cosas del art. 455 por esta vía interpretativa. Tampoco el hurto de posesión del art. 236 del CP tiene relevancia en esta sede, ya que no castiga recurso alguno a la fuerza; y el incendio de bienes propios del art. 357, aun en la modalidad en que no presenta un elemento subjetivo incompatible con el de la rapd, y sin entrar a discutir si incendiar es ejercer fuerza en las cosas o no, dará lugar en todo caso a la aplicación del delito de incendios y nunca al que nos interesa en este trabajo (vind. infra 9.E.I).

nueva redacción del delito que nos ocupa permita corregir ésta;<sup>72</sup> si, como vengo entendiendo, ha de tratarse de fuerza en las cosas típica de acuerdo con otro tipo penal del libro segundo, este delito no puede suponer solución *ex novo* a conflictos sociales, sino sólo una modulación de la consecuencia jurídica asignada a éstos.

Finalmente, se ha criticado la equiparación penológica que se produce en este delito entre las modalidades violenta, intimidatoria y de fuerza en las cosas, afirmando que el tratamiento de violencia-intimidación y el de *vis in rebus* no puede equipararse en el plano axiológico.<sup>73</sup> El problema desaparece si quiere entenderse que la fuerza en las cosas afecta siempre la libertad del sujeto sobre cuyo ámbito de control se ejerce; pero a mi juicio no puede afirmarse tal cosa con carácter general,<sup>74</sup> y tampoco creo que el delito que nos ocupa ciña el alcance de la fuerza en las cosas a los casos de afectación directa de la libertad del sujeto pasivo.<sup>75</sup> Es pues preciso reconocer que se asigna una misma consecuencia

---

<sup>72</sup> Ya respecto de la PANCP **Zugaldía Espinar, J.M.**, “El tít. V del libro II de la PANCP” (*DJ* 1983-I), pág. 438; con el CP vigente, **Cancio Meliá**, pág. 1197; **Cervelló Donderis**, pág. 43; **Cervelló Donderis, V.**, y **Chaves Pedrón, C.**, “Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público” (*Actualidad Penal* 2000), pág. 425; y **Quintero Olivares**, “Art. 455”, pág. 1343. Para un comentario crítico de la tradicional expansión de la aplicación de las coacciones a estos supuestos ante la ‘escasez de tipologías de la rapd’ (aún persistente: vid. v.gr. la SAP de Navarra de 9-III-1998 (AA1801), que ve coacciones el hacer el ‘puente’ a un camión, amparándose en las SSTs de 29-III-1985 (A2047) y 2-III-1989 (A2349)), tachándola de rayana en analogía contraria al reo, por todos **Mira Benavent**, “El concepto...”, págs. 137, 166 y 177 s.

<sup>73</sup> **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 96; y **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905.

<sup>74</sup> Vid., a este respecto, con ulteriores referencias bibliográficas, **Cervelló Donderis**, pág. 41; y **Mira Benavent**, “El concepto...”, pág. 163. En contra, **Mata y Martín**, con carácter general en la pág. 230, y aplicándolo al delito de robo del anterior CP en págs. 231 ss. (esp. 236); sin embargo, me parece perfectamente posible distinguir la afectación de la ‘voluntad preconstituida’ en la disposición de medios de defensa de los bienes (**Fernández Rodríguez**, pág. 86; **Mata y Martín**, pág. 189) de la afectación directa de la libre voluntad del sujeto, entendiéndose que sólo en esta última hay un atentado contra la libertad como bien jurídico-penal autónomo.

<sup>75</sup> Vid. supra 4.B.II. Cuestión distinta es la que se plantea en el delito de coacciones, o se planteaba en el art. 337 del precedente CP, donde –si es que ha de admitirse alguna fuerza en las cosas– será imprescindible que afecte de manera directa la voluntad del sujeto pasivo; en esta línea se pronunció, respecto del delito de rapd del CP anterior, **Rodríguez Montañés**, pág. 240. A las mismas conclusiones llega respecto del precepto actual, partiendo de consideraciones



jurídica a modalidades que en otras sedes del código reciben un tratamiento diferenciado, y cuyo ámbito de eficacia puede diferir notablemente.

La explicación –que no la justificación- puede hallarse atendiendo a que nos encontramos ante un tipo de penalidad atenuada que reduce a pena de multa supuestos que en su defecto podrían reconducirse a distintos preceptos que prevén penas de prisión. Quizá, efectuada la ‘rebaja’ hasta este punto, el legislador prefirió remitir las cuestiones de adecuación penológica en las diferentes modalidades al arbitrio judicial. No era necesario hacerlo así, toda vez que el límite inferior de la pena no coincide con el mínimo de multa asignable como consecuencia a delitos, y aunque así hubiera sido la notable amplitud del marco dejado al arbitrio hubiera permitido acotar dentro de éste sin impedir la individualización judicial. Quizá hubiera sido deseable, como destacan las voces críticas, diferenciar el marco punitivo de las diferentes modalidades típicas; como, por demás, hace el legislador italiano al que tan de cerca ha seguido el español de 1995.<sup>76</sup>

### **7.A.III.- Sujeto pasivo y objeto material.**

El sujeto pasivo de la acción, en los supuestos de violencia e intimidación, es la persona sobre la que ésta recaiga. Persona que, por las razones ya expuestas (supra, 5.B.I), no tiene por qué resultar sujeto pasivo del derecho alegado;<sup>77</sup> puede, por ejemplo, tratarse de dependientes, administradores, o incluso de

---

relativas al bien jurídico, Colás Turégano, *El delito...*, pág. 96; sin embargo, de aceptar esta última interpretación habría que elegir entre dejar totalmente impune la fuerza en las cosas para realizar derechos propios de la que no pueda predicarse afectación directa de la libertad personal o castigarla más gravemente que la violencia o intimidación. Y ambos extremos me parecen inaceptables.

<sup>76</sup> Vid. supra 3.B. Sin embargo, es preciso notar que no todos los ordenamientos que recogen infracciones de este estilo prevén penas diferentes para violencia-intimidación y para fuerza en las cosas (vid. 3.B.V).

<sup>77</sup> En esta línea, también en cuanto afecta a la fuerza en las cosas (vid. seguidamente en el texto), González Rus, “Delitos...”, pág. 490; pronunciándose sólo respecto de la violencia, Martín Canivel, pág. 143. Contra, para la STS de 31-III-2000 (A3490), ‘cuando de violencia o intimidación se trata, el sujeto pasivo sobre el que se practican, debe ser precisamente el deudor

cualquier persona en cuyo poder se hallara accidentalmente el objeto sobre el que el agente pretenda tener un derecho o que interfiriera en la situación en que éste pretenda realizarlo.<sup>78</sup>

Del mismo modo, en los supuestos de fuerza en las cosas no es preciso que la fuerza se ejerza sobre bienes de la persona frente a la que se afirme el derecho.<sup>79</sup> a mi juicio, integra v.gr. perfectamente el tipo quien fuerza el garaje del vecino de la izquierda para hacerse con la bicicleta que el vecino de la derecha tiene allí depositada y sobre la que él afirma tener un derecho. El límite, eso sí, debe configurarse en el consentimiento, que enerva el carácter violento de la fuerza ejercida: si, en el ejemplo anterior, el vecino de la izquierda autorizó a echar abajo la puerta del garaje, o si el garaje pertenecía al mismo acreedor (que, v.gr., había perdido sus llaves, o sencillamente prefirió descargar su rabia accediendo al interior por la fuerza en lugar de accionar la cerradura), resulta enervada la fuerza en las cosas y resta sólo un apoderamiento sin fuerza, atípico.<sup>80</sup>

### 7.B.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II).

A la luz de las afirmaciones precedentes se hace preciso volver a la cuestión relativa a la autoría y participación en el delito de realización arbitraria del propio derecho, sin perjuicio de lo afirmado al estudiar el elemento subjetivo del tipo (supra, 5.B). En efecto, si la conducta objetivamente requerida por el tipo

---

de aquella relación jurídica.’

<sup>78</sup> Es precisamente la manera de concebir el derecho que se pretenda realizar la que determina el ámbito de posibles sujetos pasivos del recurso a la fuerza en este delito; sobre la determinación del ámbito de sujetos frente a los que puede desarrollarse violencia típica en función del bien jurídico y la estructura del delito vid. *Sánchez Tomás*, págs. 375 ss.

<sup>79</sup> Vid. SAP de Huesca de 16-V-2000 (AA2112). En todo caso, la acción recae sobre objetos y no sobre personas en esta modalidad, como apunta *Muñoz Conde*, *PE*, pág. 906.

<sup>80</sup> No será posible acudir al hurto, faltando el ánimo de lucro (supra, 5.A.II.b.3); sin perjuicio,

se constriñe al empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, la autoría ha de definirse necesariamente en relación a éstas. Conviene, pues, detenerse siquiera someramente en este extremo.

### **7.B.I.- Autoría, coautoría y autoría mediata.**

Será autor del hecho quien ejerza fuerza física o conmine con males a otra persona, o altere violentamente una cosa, en los términos precisados en los apartados precedentes. Determinada la autoría del recurso a la fuerza, será la concurrencia o ausencia del elemento subjetivo la que determine el castigo por realización arbitraria del propio derecho o por los tipos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza (vid. supra 5.B.I); pero no puede pretenderse acudir fundamentalmente a la titularidad del derecho para determinar el círculo de posibles sujetos activos. Es preciso atender primero al hecho violento; sólo sobre la calificación resultante de esta primera aproximación se ha de acudir a la presencia o ausencia de la finalidad de realizar un derecho propio,<sup>81</sup> que corregirá la valoración y la consecuencia jurídica, si no se quiere correr el riesgo de acabar por castigar la finalidad de realizar un derecho y no el empleo de fuerza utilizado.

La coautoría y la autoría mediata, por su parte, se referirán asimismo al empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, y no a la realización del derecho. Por más que la imputación a título del art. 455 del CP exija además la concurrencia del elemento subjetivo del tipo como presupuesto de su aplicación, la coautoría se refiere no a la común finalidad de realizar el mismo derecho, sino a la ejecución común del empleo de fuerza con esta finalidad; esto es, si dos acreedores intentan realizar un mismo derecho con actos violentos independientes estaremos ante dos delitos de realización arbitraria del propio derecho, y ante coautoría de un único delito cuando ejecuten en común un mismo

---

claro está, de la posibilidad de deducir acciones civiles y reclamar por esta vía indemnizaciones.

<sup>81</sup> Entendida como elemento subjetivo del minoración del contenido de injusto; vid. supra 5.A.II.b.

acto violento.<sup>82</sup> En cuanto a la autoría mediata,<sup>83</sup> tal como anuncié en el cap. 5, se planteará su aplicación cuando el autor se sirva de otro como instrumento no doloso para ejercer la fuerza, teniendo él (el autor) la finalidad de realizar por esta vía un derecho propio.<sup>84</sup>

### ***7.B.I.a.- La posibilidad de comisión por omisión.***

Si quiere plantearse la posibilidad de comisión por omisión del delito de realización arbitraria del propio derecho, partiendo de las bases que respecto de la comprensión de este delito vengo sentando es preciso entender que en definitiva por lo que se está preguntando es por la posibilidad de emplear la fuerza por omisión, y además de hacerlo de manera finalmente orientada. En cuanto a la orientación final, señalé ya en su momento (supra, 5.B.I.b) que no me parece una posibilidad inaceptable; el problema es afirmar la comisión por omisión de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

Excluidos los supuestos en que la conducta inicial del sujeto es efectivamente activa, que no son en propiedad supuestos de omisión,<sup>85</sup> creo forzoso admitir que desde el punto de vista naturalístico omitir ni causa nada ni puede conceptuarse como ejercicio de fuerza.<sup>86</sup> Cuestión distinta es la consideración que desde la valoración normativa deba merecer el supuesto; en suma, la posibilidad de encuadrarlo en los criterios que para la comisión por omisión perfila el art. 11 del CP.

Ahora bien: el citado precepto ciñe su ámbito de aplicación a ‘los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado’. Y, por ende, sólo resultará

---

<sup>82</sup> Sin perjuicio, claro está, de los matices formulados al estudiar el elemento subjetivo (supra, 5.B.I), cuya diversidad puede romper el título de imputación de los coautores.

<sup>83</sup> Posibilidad que señala expresamente la STS de 31-III-2000 (A3490).

<sup>84</sup> Que el instrumento actúe o no con esta finalidad resulta indiferente, en tanto no abarque su dolo el recurso a la fuerza.

<sup>85</sup> Por más que luego se limite a mantenerse en su estado; de la presentación de estos supuestos de ‘resistencia pasiva’ como omisión, abogando por una ‘valoración total’, protestaba a mi juicio con razón **García-Pablos de Molina**, pág. 279.

<sup>86</sup> En este sentido, respecto de la violencia, **García-Pablos de Molina**, *ibidem*.

aplicable al delito de realización arbitraria del propio derecho si puede entenderse que éste consiste en la producción de un resultado. Así, si tal como vengo sosteniendo entendemos que la realización del derecho sólo pertenece al tipo en cuanto se conforma como elemento subjetivo (vid. supra 5.A.II.b), y que la actuación objetiva se agota en el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, es preciso concluir que sólo cuando se entienda que por sí mismas éstas ‘consisten en la producción de un resultado’ podrá aplicárseles la norma que nos ocupa. Pues bien: no me parece inviable entender que la violencia o la fuerza en las cosas implican o suponen un ‘resultado’ en algún sentido del término, como tampoco extenderlo a la intimidación en tanto se entienda como efectiva lesión de la libertad o se dé a la puesta en peligro de ésta carácter ‘resultativo’.<sup>87</sup> Pero de ahí a entender que ese ‘resultado’ resulta espacial y temporalmente dissociable de la acción misma en términos que permitan entender del texto que ésta actúa como ‘causa’; y más aún, que dicho resultado resulta ‘constitutivo’ del delito,<sup>88</sup> media una distancia difícilmente salvable.

A mi juicio, pues, no es viable la aplicación del art. 11 del CP a la violencia, intimidación o fuerza en las cosas como único elemento constitutivo del tipo sin ulteriores requerimientos objetivos,<sup>89</sup> y no existiendo delito de omisión propia correspondiente a este ámbito, es preciso concluir la atipicidad

---

<sup>87</sup> Vid. en esta línea infra, C.II.

<sup>88</sup> Sobre la exigencia del art. 11 del CP de que el delito ‘consista’ en el resultado, entendiendo que da lugar a una restricción de su ámbito de aplicación que excluye los tipos ‘circunscritos a formas de actuación positiva’, Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 394; acotando su aplicabilidad a los delitos de resultado material y cuestionando que puedan caber delitos de medios determinados o de mera actividad, Silva Sánchez, J.-M., *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales* (1997), págs. 74 s.

<sup>89</sup> Cuestión diferente es la que se plantea cuando el tipo las asocie a un resultado; es preciso, en esta línea, señalar que si quiere entenderse que esto sucede en el delito de coacciones sí podrá caber en el mismo una violencia omisiva, al contrario de lo que afirmo para el delito de rapd. En todo caso, los supuestos omisivos en estudio no podrían llevarse al delito de coacciones, toda vez que se desarrollan con la finalidad de realizar un derecho propio y entran con ello en el ámbito del delito especial, debiendo resultar de su atipicidad respecto del mismo la impunidad penal, si no quiere incurrirse en el sinsentido penológico y sistemático de castigar la acción con multa y la omisión con prisión o multa más grave.

del comportamiento omisivo.<sup>90</sup> Así, v.gr., el guardaespaldas del director de una empresa que no satisface los salarios de sus trabajadores –guardaespaldas incluido- no integraría el tipo cuando omite toda oposición a la reclamación violenta o intimidatoria de un piquete de huelguistas contra la persona a quien ha de proteger, por más que omita con la finalidad de que prospere la reclamación de aquello a lo que tiene derecho y exista efectivamente obligación contractual de actuar;<sup>91</sup> incluso si la confianza en su presencia protectora decidió al empresario a acudir a lugares conflictivos a pesar de los riesgos, en tanto no hubiera provocado intencionalmente el conflicto o actuado en connivencia con los agresores.<sup>92</sup>

### ***7.B.II.- Inducción, cooperación necesaria y complicidad.***

Las diferentes formas de participación deberán, como la autoría, configurarse en torno al empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Y es preciso tener en cuenta, además, que en lo que a ellas respecta no es necesario que concurra en el sujeto la finalidad de realizar un derecho propio, que como elemento subjetivo del tipo ha de concurrir en el autor y no en los partícipes.<sup>93</sup>

Así, y es importante tenerlo en cuenta, a lo que ha de inducirse o cooperarse a estos efectos es al empleo de fuerza, y no sólo a la realización del derecho. Quien induce a realizar pacífica o subrepticamente un derecho no induce al delito que nos ocupa, al que resulta esencial el empleo de fuerza que en

---

<sup>90</sup> Afirma, en esta línea, que se trata de un delito ‘de comisión exclusivamente activa’ Mestre Delgado, “Delitos...”, pág. 613. Contra, entiende posible recurrir al art. 11 del CP para estimar concurrente la violencia Sánchez Tomás, págs. 496 s.; en sentido semejante, con la regulación anterior, García-Pablos de Molina, pág. 279.

<sup>91</sup> Sin prejuzgar la posibilidad de imputarle un delito de omisión del deber de impedir delitos, suponiendo que pudiera actuar sin riesgo propio o ajeno; atiéndase a que el art. 450 del CP no se refiere a ‘delitos contra la libertad’, sino a ‘delitos que afecten a las personas en su libertad’, categoría en que pueden integrarse algunos supuestos de rapd (no todos; vid. supra A.II.d) que recibirían por esta vía la pena inferior en grado (450 in fine).

<sup>92</sup> Supuestos, estos últimos, en que el comportamiento doloso es activo y no omisivo.

<sup>93</sup> Sobre la cuestión referida al elemento subjetivo, con más matices, supra, 5.B.II.

este caso aparece ajeno a la inducción. Y, del mismo modo, quien coopera (necesariamente o no) a los actos materiales de ejercicio del derecho pero no al empleo de medios violentos al efecto no participa del delito; no en línea de principio, aunque es preciso aquí sentar algún matiz. Porque si el sujeto sólo coadyuva a la realización del derecho, pero se había brindado a hacerlo a sabiendas de que el autor la haría posible por la fuerza, o lo hace con plena conciencia de que sólo el mantenimiento de la situación violenta lo posibilita,<sup>94</sup> su acto es cooperación al delito y –en el primer caso- puede constituir inducción.

El carácter necesario o no de la intervención cooperativa deberá medirse, en principio, en cuanto al empleo de medios violentos se refiere: será cooperación necesaria aquella sin la que no hubiera podido desarrollarse la violencia, y mera complicidad en otro caso. Sin embargo, en los supuestos de cooperación al acto de realización del derecho con conocimiento de los medios por los que se logra sí puede encontrar cabida el carácter necesario para la realización del derecho en la graduación de la entidad de la participación. Si quien interviene con actos necesarios a la realización del derecho con plena conciencia de la situación y su significado resulta esencial en su intervención hasta el punto de que el autor no hubiera recurrido a la violencia sin contar con su auxilio, puede plantearse la cooperación necesaria aun cuando el sujeto no intervenga directamente en el acto violento.

### **7.C.- ITER CRIMINIS.**

Llegados a este punto, es preciso realizar algunas consideraciones sobre el momento de consumación del delito y la posibilidad de formas imperfectas de

---

<sup>94</sup> Así, v.gr., quien a sabiendas toma cosas del deudor mientras el acreedor retiene a éste por la fuerza; o quien ayuda al autor llevarse el objeto reclamado mientras el poseedor yace en el suelo herido o aturdido por la agresión.

aparición del mismo, a la luz de lo expuesto en los apartados precedentes y al estudiar el elemento subjetivo del tipo (supra, cap. 5).

### **7.C.I.- Consumación.**

La consumación del delito, entendido en los términos en que vengo planteándolo, se produce con el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, sin requerir en modo alguno la realización del derecho.<sup>95</sup> Si se quiere, en este sentido, se trata de un delito de mera actividad.<sup>96</sup> Y por ende, a mi juicio, el delito se ha consumado aunque tras recurrir a la fuerza el sujeto no consiga realizar su derecho, e incluso cuando no logre la finalidad de allanar el camino a esta última posibilidad que se había propuesto. Quien ejerce violencia sobre su deudor sin lograr apoderarse de nada porque el deudor nada lleva, quien intimida a un dependiente que carece de la llave necesaria para franquear el acceso denegado, quien rompe las puertas del almacén buscando una mercancía que ya no está allí, han realizado en tanto concurriera en ellos la finalidad típica un delito consumado de realización arbitraria del propio derecho.<sup>97</sup>

Si el antecedente del actual precepto en el texto refundido de 1973 mantenía el apoderamiento como elemento del tipo, el vigente texto no lo hace en

---

<sup>95</sup> En esta línea, **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 70; quien sin embargo apunta a una estructura de 'delito mutilado de dos actos' (pág. 69)... lo que no puedo compartir (como tampoco la construcción de 'consumación anticipada' de la STS de 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001)), si pretende con ello remitir la culminación del contenido de injusto a la realización del derecho, cuando a mi juicio radica precisamente en el recurso a la fuerza (supra, 1.B.II).

<sup>96</sup> En este sentido, señalando el mismo momento consumativo, **Landecho Velasco y Molina Blázquez**, pág. 461; y STS de 10-VII-2001 (Sent. 1414/2001). Contra, entienden que se trata de un delito de resultado **Mestre Delgado**, "Delitos...", págs. 613 y 615; y **Vázquez Iruzubieta**, pág. 600. Sobre la admisibilidad de la tentativa vid. infra II.

<sup>97</sup> Entienden, por el contrario, que se trataría de supuestos de tentativa **González Rus**, "Delitos...", pág. 491; **Mestre Delgado**, "Delitos...", pág. 615; **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 907; **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 824; y la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821). Contra este tipo de interpretaciones, con frecuencia fuertemente marcadas por la herencia del art. 337 del anterior CP, me he pronunciado ya supra, 5.A.



modo alguno;<sup>98</sup> no hay, pues, razón para extender los criterios elaborados con aquél a la actual normativa.

### ***7.C.II.- Formas imperfectas.***

La impunidad de los actos preparatorios resulta evidente, toda vez que falta la previsión legal expresa de castigo de los mismos que los arts. 17.3 y 18.2 del CP exigen para su punición. Antes del inicio del empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas no cabe,<sup>99</sup> pues, castigo alguno.

La cuestión de la tentativa puede resultar más espinosa. En efecto, partiendo del planteamiento que vengo sosteniendo no es posible castigar por tentativa cuando habiendo ejercido violencia, intimidación o fuerza en las cosas el sujeto no haya logrado el objetivo que con ellas perseguía, porque debe entenderse consumado el delito (supra, I). Pero esto no significa necesariamente que no pueda configurarse la tentativa, que a mi juicio resulta admisible en las tres modalidades típicas.

El recurso a la fuerza admite una construcción de resultado, por más que éste difícilmente pueda desligarse de la acción (supra, B.I.b), en términos que permiten estimar que se ha dado principio a la ejecución sin alcanzarlo. Sin lesión de la libertad o la tranquilidad en violencia o intimidación o sin alteración física de la cosa en la tercera modalidad típica no se puede entender consumado el recurso a violencia, intimidación o fuerza en las cosas; y, sin embargo, nada impide estimar que sí se han incoado actos ejecutivos de fuerza, o incluso que se han realizado todos los necesarios pese a que causas ajenas a la voluntad del autor hayan impedido la afectación señalada como necesaria para la perfección. Por poner un ejemplo relativo a la fuerza en las cosas, el propietario del predio dominante que coloca explosivos en la pared del frontón que contra la servidumbre de vistas ha levantado su vecino, si el vecino lo observa desde lejos

---

<sup>98</sup> Vid. supra 5.A.II.b.

y acude a tiempo de apagar la mecha, habría integrado el delito en grado de tentativa.<sup>100</sup>

### **7.D.- IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y ERROR (III).**

En los capítulos anteriores se ha abordado la posibilidad de errar sobre el derecho que se pretende realizar (supra, 5.C) y sobre la legalidad de la vía empleada o la posible concurrencia de causas de justificación (supra, 6.C). Queda por estudiar la viabilidad de estimar un error sobre el carácter violento, intimidatorio o de fuerza en las cosas de la conducta desarrollada. Y, a mi juicio, resulta aquí preciso distinguir dos supuestos: por una parte, puede plantearse el error de calificación del sujeto, que sabe qué está haciendo pero ignora que su actuar está conceptualizado como violencia, intimidación o fuerza; por otra parte, puede plantearse la posibilidad de integrar actos violentos inadvertidamente, errando sobre la situación.

Los dos epígrafes siguientes se dedican a la solución que, a mi juicio, merecen estas situaciones.

#### ***7.D.I.- Error sobre el carácter violento de la conducta violenta.***

Desde el punto de vista fáctico no es inconcebible que un sujeto entienda que su recurso a la fuerza no es tal. Especialmente porque, definida la fuerza típica en este delito en términos de constituir necesariamente ya de por sí un tipo delictivo de suprimir el elemento subjetivo específico (supra, A.I.a), el sujeto puede estimar su conducta no reconducible a delito alguno del libro segundo y creer, por tanto, que no integra el delito de realización arbitraria del propio

---

<sup>99</sup> Cifra en este punto el inicio de la ejecución del delito Beneytez Merino, pág. 4254.

<sup>100</sup> Tentativa acabada, quiero decir; la tentativa inacabada se presentaría allí donde el autor da comienzo a su actividad sin lograr desarrollar plenamente la violencia, intimidación o fuerza. En sentido muy semejante, pese a cifrar la consumación en la realización del derecho, Mestre

derecho.<sup>101</sup> Pero, aceptada esta posibilidad *de facto*, queda por concretar la relevancia jurídico-penal de la misma.

En cuanto a los delitos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza, el error planteado es un error de prohibición; respecto de la realización arbitraria del propio derecho, a mi juicio, también: el sujeto yerra, en definitiva, sobre la calificación del hecho y su ilicitud, no sobre su existencia.<sup>102</sup> Y es preciso, a este respecto, partir de que el error de prohibición no puede construirse sobre la base de exigir al sujeto una calificación técnica y precisa; pero el art. 14.3 del CP distingue sólo entre error invencible y vencible, sin marcar en este último más distinciones en función de la tosquedad del mismo.<sup>103</sup> Así, por craso y burdo que pueda resultar, el error sobre el carácter penalmente antijurídico del empleo de violencia tendrá que dar lugar a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados.

Cuestión distinta, y de importante relevancia práctica, será la inverosimilitud de tales situaciones de error. Es difícilmente creíble que una persona pueda vivir en nuestra sociedad sin ser consciente de la ilegitimidad y sanción penal de recurrir a la fuerza fuera de los casos en los que excepcionalmente el ordenamiento lo autoriza. Por mucho que, en determinados ambientes, el recurso a la violencia sea habitual y generalizado, eso no excluye una clara conciencia de ilicitud evidenciada en la evitación de las instancias de control social formalizado; de hecho, sólo una persona absolutamente ajena a nuestra cultura puede mantener la idea de que el recurso a la fuerza está, siquiera en algunos ámbitos, ordinariamente permitido. Pero, al fin y al cabo, lo que importa no es tanto la causa del error como el error mismo y la posibilidad de

---

Delgado, "Delitos...", pág. 615.

<sup>101</sup> No es, ciertamente, la única posibilidad; el sujeto puede creer lisa y llanamente que su actuar violento no es violento en ningún sentido (que no sólo a los efectos del libro II). Sin embargo, el supuesto resulta más difícilmente concebible, y en todo caso le serán aplicables las consideraciones que esbozo en el texto seguidamente.

<sup>102</sup> Ve error de prohibición la SAP de Pontevedra de 30-I-2001 (AA250).

vencerlo: puede –y probablemente debe- recelarse de las alegaciones de un error de esta índole, pero se trata al fin y al cabo de un problema probatorio en el que por imperativo constitucional no podrá desatenderse la presunción de inocencia.<sup>104</sup> Si finalmente resulta que hubo error,<sup>105</sup> la consecuencia es la prevista en el art. 14.3 del CP.

### ***7.D.II.- El error sobre el alcance de la propia actuación.***

La segunda posibilidad de error referido a la fuerza típica es el del sujeto que ignora estar desarrollando un comportamiento que, de haberse realizado consciente y voluntariamente, debería calificarse de violencia. Así, el acreedor que ve junto a la puerta entreabierta la cosa debida y al correr a cogerla empuja la puerta aturdiendo con ella a su deudor, que estaba detrás; el sujeto que reclama lo que se le debe sin recordar que lleva aún en la mano la escopeta de caza y no se

---

<sup>103</sup> Así **Mir Puig**, *PG*, L21 nº 44, insistiendo especialmente en el error burdo.

<sup>104</sup> Cuestión distinta es la eficacia de la prueba indiciaria (v.gr. demostrando la integración social del sujeto en nuestro ámbito cultural) para desvirtuarla.

<sup>105</sup> Como entiende v.gr. la SAP de Pontevedra de 30-I-2001 (AA250), en fundamento que transcribo: ‘la especial y compleja configuración del contrato mercantil atípico –fusión entre arrendamiento y compraventa– celebrado entre las sociedades Poyo Super Pool, SL y Suloba Consultores, SL por el cual la primera entregaba en concepto de fianza la posesión de los billares a la segunda y además ésta adquiría la propiedad si la primera desatendía los pagos estipulados en el contrato puede hacer pensar que la propiedad había pasado automáticamente a la sociedad Suloba y que por lo tanto su administrador podía romper los cierres de las máquinas de billar para cambiar las baterías y retirar el dinero de las cajas de recaudación. En segundo lugar, la asistencia de un notario en el acto en que se rompieron las cerraduras de los billares para dar fe de las cantidades que se encontraban en su interior parece que excluye la mala fe o la más ligera sospecha del condenado de que tal actuación fuese contraria a Derecho, pues en tal caso no hubiese solicitado la presencia del fedatario público. En tercer lugar, atendiendo a las condiciones personales del autor, parece evidente que una persona con unos estudios de enseñanza secundaria no tiene por qué conocer la antijuridicidad del cambio de las cerraduras sobre todo si tenemos en cuenta que en el contrato atípico celebrado entre las partes se estableció con toda claridad el traspaso de la propiedad de los billares en el caso de incumplimiento del pago de al menos dos mensualidades por parte de Poyo Super Pool, SL. Ahora bien, estos estudios de educación secundaria y, sobre todo, la condición de administrador de una sociedad de responsabilidad limitada debieron obligar al condenado a actuar con una diligencia mayor en la averiguación de la posible antijuridicidad de su comportamiento. En efecto, del mismo modo que el acusado solicitó la presencia de un notario para que diese fe de las cantidades depositadas en las cajas de los billares, también podía y debía haberse asesorado sobre la ilicitud de su actuación. Estas consideraciones sobre las circunstancias del hecho y del

da cuenta de que está apuntando con ella mientras pide que se satisfaga su crédito; o quien habiendo visto cómo metían su anillo en una hucha la rompe creyendo que es de su pertenencia cuando se trata de otra idéntica a la que él posee perteneciente al sujeto que le sustrajo la joya. En todas estos casos se generan situaciones que, provocadas de intento, serían típicas en cuanto al delito que nos ocupa; y, sin embargo, se produjeron inadvertidamente.

Dos son las soluciones posibles en estos casos: entender que la intención es consustancial a la idea misma de violencia, en términos tales que quien produce el mismo resultado por accidente no comete violencia, y por tanto la conducta sería atípica; o entender que cabe la violencia imprudente y el sujeto en estos casos actúa en error de tipo (y, por ende, el tipo se ha realizado objetivamente, aunque el autor no sea consciente de ello). Pero, resultando imposible el castigo por infracción imprudente propuesto en el art. 14.1 del CP para el error de tipo al no existir delito imprudente de realización arbitraria de derechos —como tampoco de otros preceptos centrados en la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas—, la solución es en todo caso la misma: la impunidad.

Sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad de imputar lesiones imprudentes cuando como consecuencia del actuar del sujeto se hubieran producido; las dificultades señaladas a la construcción de una violencia imprudente desaparecen cuando lo que se plantea es la posibilidad de lesionar por imprudencia. Pero este es un problema distinto.

---

autor nos obligan a afirmar que el condenado padeció un error de prohibición vencible.’

## **Capítulo 8**

### **El uso de armas u objetos peligrosos.**

*A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO. I.- Planteamiento de la cuestión. II.- Toma de postura. B.- EL CONCEPTO DE 'ARMAS U OBJETOS PELIGROSOS'. I.- Las armas y los objetos. II.- El peligro de 'armas u objetos peligrosos'. II.1.- Objeto del 'peligro'. II.2.- Peligrosidad del objeto. C.- EL 'USO' PARA LA INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA. I.- El 'uso' de armas u objetos peligrosos. I.a.- 'Hacer uso'. I.b.- 'Uso' e 'intimidación o violencia'. I.b.1.- Como elementos típicos del delito del art. 455 CP. I.b.2.- La falta de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos. II.- El uso 'para la intimidación o violencia' y los resultados lesivos. III.- El 'uso' y la 'tenencia'.*

En los capítulos anteriores he procedido al estudio de los elementos típicos del art. 455.1 del CP; queda ahora referirme a la disposición del 455.2, de acuerdo con la cual se impondrá la pena superior en grado 'si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos'.

Esta agravación, estrechamente relacionada con las previstas en los delitos de lesiones (art. 148.1º del CP), agresiones sexuales (art. 180.1.5º del CP), robo violento o intimidatorio (art. 242.2 del CP) y atentado (art. 552.1ª del CP), atiende a un ámbito que pese a la profusa jurisprudencia desarrollada en estas sedes dista con frecuencia de resultar claramente determinado; y plantea además una importante problemática concursal para la solución de la cual no siempre se ha acudido a criterios satisfactorios. El estudio de estos dos extremos, sin embargo, debe ser precedido, en cuanto al delito que nos ocupa, de una cuestión previa: el análisis de la incidencia del supuesto agravado en el contenido de injusto del hecho, y por consiguiente la determinación de la naturaleza dogmática de la exasperación penológica prevista.

Así, este capítulo destina un primer apartado a la naturaleza dogmática de la agravación en cuestión y su incidencia en el contenido de injusto del hecho, para centrarse seguidamente en un segundo punto sobre el concepto de 'armas u objetos peligrosos', y finalmente dedicar un tercer epígrafe al sentido en que

deba entenderse el 'uso' de los mismos y el deslinde de éste con las infracciones de resultado lesivo y los delitos de tenencia ilícita de armas.

### **8.A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO.**

El código penal prevé, en diferentes redacciones, supuestos agravados por el uso de armas u objetos peligrosos en los delitos de lesiones, agresiones sexuales, robo violento o intimidatorio, realización arbitraria del propio derecho y atentado.<sup>1</sup> En cada una de estas sedes la agravación presenta implicaciones diversas, cuyo estudio particularizado excede del objeto del presente capítulo, por cuanto el marco de este trabajo se ciñe al estudio del delito previsto en el art. 455 del CP. Sin embargo, con frecuencia será preciso acudir al contraste con los demás preceptos que prevén agravaciones similares, y desde luego habrá de abordarse la problemática concursal que se plantea. Pues bien: para resolver airoosamente estas cuestiones es preciso comenzar precisando en qué medida afecta la agravación del número segundo al contenido de injusto del delito de realización arbitraria del propio derecho, y cuál es, en consecuencia, la naturaleza dogmática que debe atribuírsele.

Esto supone, así, la necesidad de volver sobre el problema del bien jurídico protegido, que respecto de la figura básica del art. 455.1 se estudió en el cap. 4, para plantear ahora en qué medida puede mantenerse lo mismo respecto

---

<sup>1</sup> Respectivamente, arts. 148.1º, 180.1.5º, 242.2, 455.2 y 552.1ª del CP. Cualifica además por el hecho de 'esgrimir' armas el delito de rebelión (art. 473.2), y atienden como elemento constitutivo de la infracción al mero 'portar' armas, medios u objetos peligrosos los delitos de los arts. 495.1, 513.2 y 514.2, y a la utilización de medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas el del art. 154. Se prevén asimismo penas cumulativas de privación del derecho de tenencia y porte de armas en el homicidio o lesiones cometidos por imprudencia grave con arma de fuego (arts. 142.2 y 152.2), y en las faltas de homicidio por imprudencia leve y lesiones imprudentes del art. 621 (apdo. 5, en el que la referencia es a 'armas', sin requerir que sean 'de fuego').

de la previsión del art. 455.2. Antes de lo cual conviene, siquiera sumariamente, revisar las posiciones mantenidas en la doctrina respecto de la naturaleza del inciso que nos ocupa.

### 8.A.I.- Planteamiento de la cuestión.

El párrafo segundo del art. 455 no ha sido objeto de atención preferente por la doctrina española, que con frecuencia pasa sobre el mismo sin especial atención,<sup>2</sup> limitándose a señalar su carácter agravatorio,<sup>3</sup> contentándose con una remisión sin especiales matices a las consideraciones desarrolladas en los delitos de lesiones y/o robo,<sup>4</sup> o aludiendo tan solo a su existencia para argumentar consideraciones *de lege ferenda* referidas al 455.1.<sup>5</sup>

Quienes abordan la cuestión coinciden en señalar que la agravación responde a una situación de peligro;<sup>6</sup> más concretamente, de peligro para ‘la

<sup>2</sup> Obvian v.gr. todo comentario **Beneytez Merino y Mora Alarcón**. Por el contrario, sorprendentemente, ciñe a su existencia el comentario del precepto, entendiendo que es la única novedad respecto al CP anterior (lo cual, desde luego, no parece sostenible), **Bentabol Manzanares, F.**, *El CP de 1995: resumen práctico de novedades* (1996), pág. 86.

<sup>3</sup> Ven ‘subtipo agravado’ **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 162; ‘tipo agravado’ **López Barja de Quiroga**, “La Administración...”, pág. 539; ‘tipo cualificado’ ‘con medios legalmente determinados’ **Landecho Velasco/Molina Blázquez**, pág. 461; ‘supuesto agravado’ **Moyna Ménguez**, pág. 910; para **Vázquez Iruzubieta**, pág. 600, ‘agrava la pena’.

<sup>4</sup> Remiten al 242.2, **Cancio Meliá**, pág. 1197; al 242.2 y al 148.1º, viendo ‘subtipo agravado’, **Del Moral García**, pág. 1777; al 242, planteando concursos con ‘otros delitos como homicidio, lesiones, detenciones ilegales, etc.’, **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 825; al 242.2, **Vives Antón**, “Art. 455”, pág. 1913, y “Rapd”, pág. 732; en la misma línea glosan jurisprudencia elaborada con el código anterior en aquellas sedes **Mares Roger y Martínez Lluesma**, pág. 185, calificando el inciso que nos ocupa de ‘subtipo agravado’. Contra la idea de ‘trasplantar sin más’ las elaboraciones de estas sedes al delito de rapd, **Fernández García y López Moreno**, págs. 623 s.

<sup>5</sup> En esta línea **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905, se limita a entender que el 455.2 demuestra la mayor gravedad de violencia o intimidación respecto de la fuerza en las cosas, criticando su equiparación penológica en el número primero. Una lectura diferente, entendiendo que la restricción de la aplicación del 455.2 a violencia e intimidación responde a que sólo en estas modalidades es posible poner en peligro ‘la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de terceros’, sin extraer de ello conclusiones acerca de la gravedad de las diferentes modalidades del 455.1, en **González Rus**, “Delitos...”, pág. 489, a quien sigue **Mestre Delgado**, “Delitos...”, pág. 613.

<sup>6</sup> ‘Mayor peligrosidad’ para **Fernández García y López Moreno**, pág. 623, sin concretar a qué refieren dicho peligro, y sin ver ‘muy justificado el sentido de este tipo agravado’.



vida, la integridad o la salud' bien del sujeto pasivo, bien de terceros, derivado de la utilización de tales medios.<sup>7</sup> Así, en lógica consecuencia, al contenido de injusto previsto en el art. 455.1, que no abarca directamente la protección de la integridad del sujeto pasivo,<sup>8</sup> se acumularía en el supuesto del número segundo un peligro para bienes de esta índole; y, sin embargo, la importancia de esta inclusión no resulta valorada por los distintos autores con la misma importancia. No se discute que violencia e intimidación se integran en el primer apartado cuando 'tengan lugar mediante gestos, gritos, el uso de las manos o cualquier otra parte del cuerpo o la utilización de instrumentos no peligrosos para la vida, la salud o la integridad de las personas', y en el segundo cuando se emplean armas u objetos con 'idoneidad objetiva para la lesión de tales bienes jurídicos';<sup>9</sup> sin embargo, la naturaleza jurídica del motivo de distinción no resulta pacífica.

Mientras para unos se trataría de un 'tipo cualificado' o 'subtipo agravado',<sup>10</sup> para otros estaríamos ante una 'agravación' sin incidencia directa en la configuración esencial del tipo.<sup>11</sup> Es esta última, destacadamente, la postura de GONZÁLEZ RUS, para quien a diferencia de lo que acontece con el delito de robo en esta sede no estamos ante 'una primera exigencia de intimidación y una agravación posterior', 'sino que es la peculiar manera de integrar el elemento típico violencia o intimidación lo que da lugar a la mayor punición' y no cabe así

---

<sup>7</sup> González Rus, "Delitos...", pág. 492, a quien sigue Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613. De peligro 'para la vida o la salud de la víctima, pero sin incluir cualquier otra clase de peligros', matizando la posibilidad de alcanzar a terceros y protestando que la 'agravante específica' no resulte en esta sede de redacción 'tan explicativa como otros textos del mismo código donde se tiene en cuenta', Martín Canivel, págs. 144 s.

<sup>8</sup> Sobre este punto vid. supra 4.B.II.

<sup>9</sup> Los entrecomillados son de Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613.

<sup>10</sup> Las denominaciones de este orden son las más frecuentemente utilizadas, aunque a menudo sin argumentación ninguna; vid. Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162; Fernández García y López Moreno, pág. 623; Landecho Velasco/Molina Blázquez, pág. 461; López Barja de Quiroga, "La Administración...", pág. 539; Mares Roger y Martínez Lluésma, pág. 185; Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613; Del Moral García, pág. 1777; Quintero Olivares, "Art. 455", pág. 1343.

<sup>11</sup> En esta línea, sin especial argumentación, Martín Canivel, pág. 144; Moyna Ménguez, pág. 910; y Vázquez Iruzubieta, pág. 600.

hablar de tipo cualificado, sino de ‘una simple agravación’.<sup>12</sup> Sobre esta construcción volveré inmediatamente en mi toma de postura; baste, por ahora, con señalar que al estudiar el fundamento de la agravación el autor en cuestión no duda en señalarlo en la incidencia en el contenido de injusto.

### **8.A.II.- Toma de postura.**

La especial previsión del número segundo del art. 455 responde a mi juicio, efectivamente, a la generación de un peligro para la integridad de los sujetos pasivos de la acción. Supone así, sin salir del ámbito que corresponde al delito de realización arbitraria del propio derecho, una incidencia en el contenido de injusto que se compadece mal con la idea de *circunstancia*,<sup>13</sup> por cuanto afecta a la configuración esencial del tipo: nos hallamos, pues, ante una modalidad típica, subtipo o tipo cualificado; en definitiva, ante una construcción distinta de la del 455.1 ya en su configuración básica.<sup>14</sup> El ‘uso de armas u objetos peligrosos’ no puede, pues, leerse en el sentido de un mero añadido circunstancial, porque modifica decisivamente el contenido de injusto.

---

<sup>12</sup> **González Rus**, “Delitos...”, pág. 492, planteando para la construcción del robo problemas de *bis in idem*.

<sup>13</sup> Sobre el concepto jurídico-penal de ‘circunstancia’, y especialmente sobre la inviabilidad de conceptualizar como circunstancias en sentido estricto elementos con importante incidencia en el contenido de injusto, **González Cussac, J.L.**, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (1988), págs. 53-96 (esp. págs. 94-96); vid. asimismo **Borja Jiménez, E.**, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español* (2002), pág. 14 (más extensamente en su trabajo *Teoría general de las circunstancias modificativas* (en prensa)); y **Orts Berenguer, E.**, *Atenuante de análoga significación* (1978), págs. 25-40. En esta misma línea, en sede de delito de robo, **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pág. 410.

<sup>14</sup> Y a la cual, por ende, no será aplicable en cuanto tal el régimen de comunicabilidad previsto en el art. 65.2 CP (pese a la práctica jurisprudencial (por todas, STS de 18-IX-2000 (A7996)) que asume, v.gr., **Suárez González, C.**, “Art. 242” (G. RODRÍGUEZ MOURULLO y A. JORGE BARREIRO (eds.), *Comentarios al CP* (1997)), pág. 696; y de la que con razón protestan **Muñoz Conde y García Arán**, pág. 549). Cuestión distinta es que de la aplicación de las reglas generales se sigan en este punto los mismos resultados (vid., en sede de robo, **De Vicente Martínez, R.**, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (2002), págs. 98-101; **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pág. 410; y STS de 24-IV-2000 (A3299)).

De las diferentes ocasiones en que el código atiende al uso de armas u objetos ‘peligrosos’, en la cualificación de la modalidad básica de lesiones se especifica que el peligro (el ‘concreto’ peligro) debe entenderse referido a ‘la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado’;<sup>15</sup> y en la cualificación de las agresiones sexuales se precisa que las armas u objetos han de ser ‘susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150’ del CP.<sup>16</sup> El código no hace siempre formulaciones tan expresas; pero la falta de referencia explícita en las redacciones de otras sedes (‘armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré’, sin mayor concreción, en el delito de robo violento o intimidatorio; ‘armas u otro medio peligroso’, sin más, en el de atentado)<sup>17</sup> no supone que quepa en ellas buscar un contenido de peligro distinto:

---

<sup>15</sup> Art. 148.1º del CP. Téngase en cuenta, en cuanto a la inclusión de la salud psíquica, que dicho peligro se predica en esta sede de ‘armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas’. Para afectar la psique del sujeto es ciertamente posible recurrir a métodos tanto físicos como psíquicos (vid. la sistematización que, siguiendo a SHAALAN, plantea **Grima Lizandra, V.**, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos* (1998), págs. 131 s.); lo que parece difícil es concebir armas u objetos que *per se* resulten peligrosos para la salud psíquica sin serlo para la física. Entiendo, en consecuencia, que en cuanto a armas y medios materiales u objetos se refiere el peligro será, en principio, para esta última.

<sup>16</sup> Art. 180.1.5º del CP. Aquí se acota a las lesiones cualificadas; pero ha de considerarse que la agravación prevista en las lesiones básicas no podrá atender como ‘peligro’ a lo ya realizado en el resultado lesivo, con lo cual su ámbito de aplicación se ciñe a los mismos supuestos del 180.1.5º (pretender aplicar el 148.1º a supuestos en que se emplearen objetos con potencialidad lesiva superior a la realizada, pero que no excedería del marco del 147, sería castigar más gravemente el peligro de una progresión lesiva que la efectiva realización de la misma, lo que no parece en modo alguno aceptable; vid., en esta línea, **Tamarit Sumalla, J.M.**, “Art. 148” (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 95). La limitación al peligro de lesiones cualificadas que se sigue del art. 180.1.5º por el tenor del precepto y del 148.1º por la estructura del tipo no parece en principio, sin embargo, aplicable a otros casos si no concurren razones semejantes; robo, atentado o rapd podrían cualificarse por el empleo de objetos susceptibles de causar lesiones básicas, aunque resulten dudosamente adecuados para las cualificadas. Cuestión distinta es que pueda o no afirmarse la existencia de armas u objetos asimilados cuya potencialidad lesiva no permita alcanzar lesiones cualificadas.

<sup>17</sup> Respectivamente, arts. 242.2 y 552 del CP. A mi juicio, el carácter equiparable del peligro que supongan los medios respecto del integrado por las armas, explicitado en el ‘igualmente’ del art. 242.2, debe entenderse implícito en el art. 552. No así el requisito de que se ‘llevarén’, que sólo en la primera sede resulta exigible; volveré sobre estos extremos, en cuanto al delito de rapd afecta, infra, B.II y C.III.

las armas y los medios u objetos asimilables son en sí peligrosos,<sup>18</sup> en cuanto tales, para la vida, la salud o la integridad.<sup>19</sup> Y este es también, a mi juicio, el peligro al que se refiere el número segundo del art. 455: las ‘armas u objetos peligrosos’ son ‘peligrosos’ para la integridad del sujeto intimidado o sobre el que se ejerce violencia. Precisamente porque no hay sujeto cuya integridad pueda ponerse en peligro esta modalidad no se prevé en los casos de mera fuerza en las cosas.<sup>20</sup>

Ahora bien: de la afirmación de que las armas u objetos cuyo uso da lugar a la agravación han de ser peligrosos para la integridad no se sigue necesariamente que sea éste el motivo de la agravación, y es preciso detenerse a argumentar este extremo antes de darlo por sentado. De hecho, la abundante jurisprudencia en sede de robo apunta en una triple dirección:<sup>21</sup> la ‘perversidad’ manifestada por el delincuente, la influencia subjetiva sobre la víctima y el riesgo objetivo para la integridad.<sup>22</sup> Sin embargo, en mi opinión las dos primeras alternativas no resultan aceptables, y debe acudir a la tercera. Sin cuestionar que la exigencia en aquella sede de que el objeto en cuestión fuera ‘llevado’ por el delincuente apunta en alguna medida a la decidida intención del autor,<sup>23</sup> no me

---

<sup>18</sup> Tanto las armas como los medios u objetos; vid. infra B.II.

<sup>19</sup> De hecho, cuando la lesión de estos bienes jurídicos se ha materializado íntegramente, la referencia no es ya a ‘medios peligrosos’ sino a los concretos medios empleados; vid. las previsiones que para homicidio y lesiones imprudentes se sientan en los arts. 142.2, 152.2 y 621.5 del CP. En cuanto a la compatibilidad de esta afirmación con la previsión del art. 148, vid. la interpretación sostenida infra, C.II.

<sup>20</sup> En esta línea, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 489; y siguiéndole **Mestre Delgado**, “Delitos...”, pág. 613.

<sup>21</sup> Para una exposición crítica con cita de jurisprudencia reciente, **Jareño Leal, A.**, “El ‘uso de armas’ en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*” (LL 2-I-2001), págs. 3-4.

<sup>22</sup> La doctrina, sin embargo, se inclina abrumadoramente por esta última vía; vid. por todos **De Vicente Martínez, R.**, “Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas” (*Actualidad Penal* 1997), pág. 835, y *El delito...*, pág. 82.

<sup>23</sup> Vid. en esta línea, apuntando ‘una especial predisposición en el sujeto’, sin perjuicio de concluir que ‘con todo, el fundamento último y principal es el incremento del riesgo para los bienes personales de la víctima o de los que acuden en su auxilio’, **González Rus, J.J.**, “Lecc. 19: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)” (M. COBO DEL ROSAL (ed.), *Curso de DP español PE I* (1996)), pág. 625. Vid. asimismo, argumentando sobre el incremento

parece –si es que puede determinarse con precisión su contenido- que un factor como la ‘perversidad’ pueda influir en la pena a imponer en un estado social y democrático de Derecho.<sup>24</sup> En cuanto a la ‘peligrosidad subjetiva’, tampoco resulta a mi juicio aceptable la construcción que apunta como fundamento agravatorio la merma de la sensación de seguridad del sujeto pasivo,<sup>25</sup> el reforzamiento de la intimidación o la inhibición de la posible intervención de terceros; en definitiva, no se trataría sino de momentos especialmente intensos de intimidación,<sup>26</sup> respecto de los cuales la ‘peligrosidad’ de armas u objetos se desdibuja y pierde sentido requerirla.<sup>27</sup> En suma, a mi juicio el fundamento de la agravación por uso de armas u objetos peligrosos está efectivamente en la peligrosidad de los mismos; es decir, en que añaden al tipo básico respecto del que se formulan (construido como delito de lesión) un elemento de peligro para la integridad –y, a través de ésta, la salud o la vida- del sujeto pasivo.

La modalidad del delito de realización arbitraria del propio derecho prevista en el art. 455.2 del CP se construye, así, y a diferencia de la modalidad del número primero, como pluriofensiva en sentido estricto.<sup>28</sup> Junto a la lesión del monopolio estatal en el uso ordinario de la fuerza, se configura un *plus* de

---

de peligro *ex ante* en atención a la mayor reflexión y probabilidad de uso, De Vicente Martínez, *El delito...*, pág. 80.

<sup>24</sup> En esta línea Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 3; y De Vicente Martínez, “Los delitos...”, pág. 835, y *El delito...*, pág. 82. En la medida en que se opte decididamente por atender a la imputación subjetiva del hecho al autor y no al reproche moral, creo que no es preciso mayor comentario. Contra, carga tintas en ‘la mayor perversidad o degradación’ Madrigal Martínez-Pereda, C., “Art. 242.2” (I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.), *CP de 1995* (1998)), pág. 1204.

<sup>25</sup> Crítica con esta orientación jurisprudencial Valmaña Ochaíta, S., *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas* (1993), pág. 87.

<sup>26</sup> Vid. Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 3; Soriano Soriano, J.R., *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto* (1993), págs. 59 s. y 90; De Vicente Martínez, *El delito...*, pág. 82; y Vives Antón y González Cussac, “IV”, pág. 409.

<sup>27</sup> En este sentido, en sede de robo, Muñoz Conde, *PE*, pág. 386.

<sup>28</sup> Precisamente en esta línea, atendiendo al proceso legislativo de descomposición de los delitos complejos en sede de robo, aboga por ‘dar un paso más’ y suprimir en ellos la agravante específica que nos ocupa De Vicente Martínez, “Los delitos...”, págs. 829 y 836, y *El delito...*, pág. 96. El problema práctico, sin embargo, se plantearía a mi juicio de optar por esta vía (sea en robo o en rapd) ante la frecuente inescindibilidad de violencia-intimidación y uso de armas

peligro para la integridad del sujeto, de forma que sólo la concurrencia cumulativa de ambas afectaciones explica por entero el contenido de injusto.

Sin embargo, es preciso destacar que la violencia o intimidación y el uso de armas u objetos peligrosos no se presentan escindidos; es más, que el precepto requiere que estos últimos se usen ‘para la intimidación o violencia’. Así, debe entenderse a mi juicio y en la línea que propone GONZÁLEZ RUS que en definitiva no se trata en la estructura típica del 455.2 del CP de dos momentos fácticos diferenciados, sino de ‘la peculiar manera de integrar el elemento típico violencia o intimidación’.<sup>29</sup> Pero esta ‘peculiar manera’ supone una incidencia en los bienes jurídicos afectados y la entidad de dicha afectación que en mi opinión, y contra lo que defiende el autor citado, no puede conceptuarse de mera ‘agravación’ sin incidencia esencial en el tipo. Sigue tratándose de violencia o intimidación para la realización de un derecho propio, pero de violencia o intimidación concretamente peligrosas para la integridad del agredido en virtud de un criterio objetivo legalmente tasado; el salto cualitativo en sede de contenido de injusto impide entender que nos encontremos ante una mera modulación de gravedad dentro del mismo marco que en el número primero. El paso a la pena superior en grado refuerza, a mi juicio, esta estimación.<sup>30</sup>

---

(vid. seguidamente en el texto), que dificulta recurrir a concursos de delitos sin incurrir en *bis in idem*, produciéndose sin embargo un *plus* de afectación de bienes jurídicos.

<sup>29</sup> González Rus, “Delitos...”, pág. 492. Por cierto que no acabo de entender por qué el autor excluye la posibilidad de entender que es esto mismo lo que sucede en el delito de robo cualificado del art. 242.2 en la modalidad de uso ‘al cometer el delito’, y señala para la infracción patrimonial problemas de *bis in idem* que no ve en el delito de rapd (cf. “Lecc. 19”, pág. 626), cuando además aquí se acude a la pena superior y allí sólo a la mitad superior.

<sup>30</sup> Pena que por cierto en aplicación del art. 70.1.1ª del CP resultará, a mi entender, multa de 12 a 18 meses; y no multa de 12 a 15 meses como proponen Landecho Velasco/Molina Blázquez, pág. 461.

**8.B.- CONCEPT OF 'WEAPONS OR DANGEROUS OBJECTS'. \*\***

Everytime the Spanish Penal Code increases the punishment of an act because of weapons having been used on it (except for the case of the crime of 'rebellion'<sup>31</sup>), dangerous 'objects' or 'ways' appear associated to weapons, having all of them the same legal consideration. It is quite easy to find the reason for such a rule: the use of things which are potentially as harmful as weapons, but cannot be strictly considered as such, allows to reach the same result as arms, and must not escape from the increasing of the punishment. So, even when the object used is not a 'weapon' in a strict, technical sense, the legal punishment will be increased.

This structure involves two important points: The concept of weapon itself and the difference to be found between weapons and dangerous 'objects or ways'. Besides, which grade of 'danger' is required and how can it be proved must be determined. Next paragraphs try to answer these questions.

***8.B.I.- Weapons and objects.***

If we want to differentiate between weapons and other methods or objects, we must start by defining what a weapon is. But if we look in a dictionary for the meaning of weapon we can find it as an 'instrument, way or machine whose destination is offending or defending'.<sup>32</sup> So, given that such a destination is not necessarily a natural, exclusive and stable one, we just need a

---

\*\* De acuerdo con la normativa del Doctorado Europeo, los apartados siguientes han sido redactados en una lengua europea no oficial en la Universidad en que se defiende la tesis. Para comodidad del Tribunal se incorpora una versión española íntegra de este capítulo en Anexo (págs. 439 ss.) -el texto correspondiente a este punto está en las págs. 450 ss.-.

<sup>31</sup> Article 473.2 of Spanish Penal Code. Dangerous objects are not associated to weapons in the cases the Code punishes with suspension of weapons licence; the reason is here quite evident, as 'dangerous objects' differ from weapons on their not requiring a weapon licence. And so the punishments list of article 33 Penal Code does not foresee a punishment with 'suspension of dangerous objects licence'.

<sup>32</sup> Real Academia Española, "arma", 1.

suitable thing and an accidental use (not necessarily in a physical way).<sup>33</sup> In the end, in this way any method or object used as an arm is in fact a weapon. And so it is nonsense to add other dangerous methods or objects to weapons to make punishment heavier: everytime they are used as weapons, they are weapons themselves.

The Spanish regulation about weapons<sup>34</sup> cannot answer our question either,<sup>35</sup> this time because of an opposite reason: as it works with a case-system, the definitions given in article 2 ‘for this regulation’ are not trying to define ‘weapon’, but to differentiate some groups of arms according to the specific rules it provides to any of them. Trying to find a definition by addition of all regulated shorts of arms involves a confusion between the concept of weapon and the existence of a use and possession regulation, and anyway as this would be just an accumulation of case-definitions, all objects made to offend and defend which are not listed in the regulations could never be weapons. Except for the case we accept in an extensive sense the rule given in article 4.1.h), which includes among ‘forbidden weapons’, at the end of a long list, ‘any other instrument specially dangerous for people physical integrity’. But in this case it becomes impossible again to set a difference between ‘weapons’ and dangerous ‘methods’ or ‘objects’.

Because of these reasons, and considering that ‘weapons’ and ‘objects’ will be equally punished, Courts generally do not try to distinguish difference between these two groups. They frequently punish by using ‘weapons or dangerous objects’ in a general formulation, escaping from a difficult question.<sup>36</sup> So in many judicial decisions we can find long lists of ‘weapons’, carefully

---

<sup>33</sup> See **Moliner**, “arma”, 1. y 3., giving as example ‘his pen is a weapon’.

<sup>34</sup> Real Decreto 137/1993, of 1-29<sup>th</sup> (B.O.E. of 3-5<sup>th</sup>). Following considerations can also be extended to the former regulation, Real Decreto 2179/1981, of 7-24<sup>th</sup>; see **Soriano Soriano**, page 35 (following very next the text of the regulation but at the end decidedly opting for a semantic definition, see page 48).

<sup>35</sup> In fact, scholars and jurisprudence reject this way of reasoning when studying robbery; see **De Vicente Martínez**, *El delito...*, page 85; and STS of 2-8<sup>th</sup>-2000 (A309).



pointing out that they include blade arms together with firearms (in fact, knock objects can also be found), at the end of which it is frequently added that the same treatment must be given to ‘dangerous objects’, followed by an again never ending list.<sup>37</sup> *De lege lata* this way of definition does not represent an important problem, as long as in these long lists we can find a decisive principle, not to difference between weapons and objects, but to difference between weapons or dangerous objects and any other objects. I think we can find that principle attending to the ‘dangerousness’ that I will study in the next paragraph.

Anyway, if we want to find a difference between ‘weapons’ and ‘dangerous objects’ (because of the possibility of future different regulations, or considering that the rebellion crime requires a difference<sup>38</sup>) I think we must consider the natural destination of the object. Things made to offend or defend are weapons, and instruments created for some other use which are accidentally used for defense or offence are not weapons, but eventually dangerous methods or objects.<sup>39</sup> As it can sometimes be truly hard to set this difference, and weapons are not always more dangerous than other objects used to attack or defend, current rules which put on the same level weapons and other dangerous objects seem to be reasonable.

### ***8.B.II.- The dangerousness of ‘weapons or dangerous objects’.***

Article 455.2 of the Spanish Penal Code concerns the use of weapons or ‘dangerous’ objects. I have just asserted that this dangerousness must refer to a danger for the health of the attacked or intimidated person (vid. supra A.II); anyway, some questions must be emphasized.

---

<sup>36</sup> See Soriano Soriano, page 34.

<sup>37</sup> See Goyena Huerta, pages 141-154; Soriano Soriano, pages 27-124; and De Vicente Martínez, *El delito...*, pages 87-90.

<sup>38</sup> About illegal possession of weapons offences (articles 563 and following of Penal Code), as they strongly follow regulations about weapons this problem exists no more.

<sup>39</sup> See Soriano Soriano, pages 52 and 74.

Firstly, and even when the text of the law could be read in another sense, dangerousness must be required both of weapons and of other objects whose use can be relevant. If we are increasing punishment because of the generation, in accumulation to the basic offence, of a *plus* of danger for health, it is obvious that this can only be made when the objects used are in fact dangerous for health.<sup>40</sup> If a ‘weapon’ is not dangerous for health, its use will not increase punishment. It can be discussed if a weapon which results to be harmless in a concrete case is in that case a weapon or not; but anyway such a ‘weapon’ can never increase punishment according to article 455.2 of Penal Code.

And so, jurisprudence which excludes increasement of punishment because of having used ‘weapons’ whenever those weapons were simulated, discharged or disabled arms must be thoroughly praised;<sup>41</sup> in these cases, an increasement of punishment could only be justified on a subjective basis. And it is quite reasonable in these cases to study if that simulated weapon, used as a knock object, could be considered to be not an arm but a dangerous object<sup>42</sup>— how to prove this dangerousness is a different and important question, that I will study later on (*infra*, II.2).<sup>43</sup>

Anyway, both weapons and objects must be dangerous for health. In fact, they must imply a similar degree of dangerousness. Spanish Penal Code sets twice (articles 180.1.5° and 242.2) this requirement of an ‘equal dangerousness’

---

<sup>40</sup> Emphasizes objective danger, studying robbery, **Fernández Rodríguez, M.D.**, *El robo con fractura exterior* (1997), page 68.

<sup>41</sup> See **González Rus**, “Delitos...”, page 492; **Goyena Huerta**, page 143; **Soriano Soriano**, pages 59 f.; **De Vicente Martínez**, “Los delitos...”, page 835, y *El delito...*, page 84. Following from this point, punishment cannot be increased whenever the attributes of the ‘weapon’ have not been proved; see SSTS of 4-29<sup>th</sup>-1998 (A4248), 5-22<sup>nd</sup>-1998 (A4432), 11-30<sup>th</sup>-1998 (A9684), again 11-30<sup>th</sup>-1998 (A9220), 11-4<sup>th</sup>-1999 (A8096), 1-31<sup>st</sup>-2000 (A725), 4-17<sup>th</sup>-2000 (A2554), 2-21<sup>st</sup>-2001 (A1278), 2-22<sup>nd</sup>-2001 (A480), 3-8<sup>th</sup>-2001 (A3211), and 4-23<sup>th</sup>-2001 (A3566). But this was not always the opinion of jurisprudence; see STS of 7-5<sup>th</sup>-1997 (A7255).

<sup>42</sup> So, ‘unconditionally’, **Soriano Soriano**, page 65. See v.gr. SSTS of 2-8<sup>th</sup>-2000 (A309), 2-16<sup>th</sup>-2001 (A1274) and 3-8<sup>th</sup>-2001 (A3211).

<sup>43</sup> Anyway, I can advance I accept the proposal posed by **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, page 4: the ‘use’ as a knock object requires a clear intention in that way, the objective ‘hardness’ of the

between weapons and objects that increase punishment together with weapons; many other times this is not expressly required, but it is logical to understand that it continues to be so. If the increasing of punishment is due to an increase of danger for health, ways and objects whose use has the same treatment as weapons have to mean a dangerousness as important as weapons. A match or a wood toothpick can be dangerous in some way, but cannot be put on the same level as a gun or a knife. Such a comparison would totally lack of proportion.

Starting from this point, two more questions must be answered: which people can be subject of the danger for the health coming from the use of weapons or instruments that increase the punishment, and how to measure that dangerousness

#### ***8.B.II.1.- Object of the 'danger'.***

When defining robbery, the Penal Code states that using weapons will be an aggravating circumstance according to article 242.2 both when made on purpose to commit robbery and when used to scape, even if it affects people without direct relationship to the offence.<sup>44</sup> In the offence studied in this work the text of the law is not so explicit; in fact, the requirement of the use of weapons or similar objects to be 'for violence or intimidation' (vid. infra C) can be understood as a limitation of the uses integrating the aggravating circumstance.

That's why many opinions reject the possibility of including in the aggravating circumstance the use of weapons or dangerous objects to assure

---

thing is not enough to proof. See, generally about dangerous instruments, **Fernández Rodríguez**, page 70.

<sup>44</sup> There are different opinions about article 242.2: for most scholars, it requires in all cases the use of weapons or equally dangerous methods (see v.gr., considering other possibilities to be out of proportion, **Goyena Huerta**, page 154); a minor opinion states that when people without relationship to the offence are attacked this attack is enough to increase punishment even when it was made without weapons (**González Rus**, "Lecc. 19", pages 625 f.; **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pages 78 and 96-98, though admitting the weakness of this interpretation (page 98); and **Sánchez-Ostiz, P.**, "Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones" (LL 10-18<sup>th</sup>-2001), page 3). Anyway, there is no discussion about the fact that attacking with weapons people without relationship to the offence does increase punishment.

escaping or to attack pursuers, punishing those cases according to other offences.<sup>45</sup> And some authors ask themselves if using weapons against ‘people helping the victim, whenever this attack becomes necessary for intimidation or violence against the victim’ can be included.<sup>46</sup>

Considering that article 455.2 is just a form of the offence punished in article 455.1, I think the use of weapons or dangerous objects required in 455.2 is the one that we can accept to be always within the structure of the of 455.1. I mean, violence or intimidations must be used as means to enable the right’s exercise possible, acting out of the legal ways, and using to do so weapons or dangerous objects. The required ‘dangerousness’ of weapons or similar objects has to be understood as a danger for the health of the ones who suffer the offence, which are not always those against which the defendant affirms to have a right.<sup>47</sup> It is anyway necessary that violence or fear have been used to make possible what the author thinks to have a right to reach. If used on some other purpose, as injuring with malice,<sup>48</sup> or without logical connection with putting a right into effect, weapons or similar objects do not fulfill the requirements of article 455.2, but eventually those of other offences instead. Using those instruments to escape, attack pursuers or people coming to help the victim can only be punished in 445.2 when these acts appear within the structure of 455.1; if they come after the end of the offence or independently of the purpose of making his right possible, they must be separately punished, where appropriate.

#### ***8.B.II.2.- Dangerousness of the object.***

Knowing that the required danger has to be a danger for the health of those who suffer the action, we must settle what kind of dangerousness is required and how this danger can be proved.

---

<sup>45</sup> Fernández García y López Moreno, page 624; Martín Canivel, page 145.

<sup>46</sup> Martín Canivel, *ibidem*, pointing that ‘an extensive interpretation against the interest of the offender can never be made, but, at the same time, we must consider if it is possible to make differences where the Law makes no difference’.

<sup>47</sup> See *supra* 5.B.I and 7.B.I.a.

About the kind of danger required, I think a concrete danger for health has to be found and proved. An authomatical application of 455.2 must be rejected.<sup>49</sup> The Spanish Penal Code requires expressly a 'concrete' danger in article 148.1<sup>st</sup>, and in an indirect way (fixing the injures the instrument has to be able to cause) in article 180.1.5<sup>th</sup>; in other descriptions the law is not so explicit, as in this case, but I think the sense is the same. All violence or fear involves a danger of an hostility progression resulting in wounds; weapons or dangerous objects mean no change about this except for the case they truly increase the possibility or the importance of the damages to the health. The increasement of punishment of article 455.2 must only be applied whenever they do so.

The existence of this concrete danger is a consequence of two accumulative elements: the instrument's objective suitability to injure, and the dangerous use of that object.<sup>50</sup> Neither an innocuous object -even used in a threatening way- nor an instrument of great injure suitability but used in a completely harmless way can aggravate the offence. The last of these possibilities, objective suitability for injuring together with an innocuous use, can generate some practical difficulty, as it is not easy to settle the effective danger produced with such an instrument; anyway, the proof's difficulty is not an excuse to prove the fact. Of course, not all dangerousness is eliminated just by the absence of remotion of easy and quickly removable security devices (i.e. gun locks<sup>51</sup>); but this element cannot be totally disregarded. And, even being in

---

<sup>48</sup> González Rus, "Delitos...", page 492.

<sup>49</sup> It is contrarywise quite frequent to find that authomatism in jurisprudence about robbery, and it has been logically criticized by scholars. See De Vicente Martínez, "Los delitos...", page 837, and *El delito...*, pages 84, 92 y 96; and Jareño Leal, "El 'uso'...", pages 2 and 4.

<sup>50</sup> Objective danger of the instrument (*supra*, B.II) and danger corresponding to the use given to it (*infra*, C.I.a) must be related to each other. The text studies this second point just to point the important connexion between the two. In this way, objective and intentional elements have to be considered cumulatively, as De Vicente Martínez, *El delito...*, page 88, points out.

<sup>51</sup> As well as showing closed clasp knives (so, even using arguments I have to reject, STS of 12-29<sup>th</sup>-1992 (A10535)). And, as long as they can be considered dangerous objects (see SSTS of 2-3<sup>th</sup>-1998 (A418), 4-21<sup>st</sup>-1998 (A3786) and 12-30<sup>th</sup>-1998 (A10073); and Climent Durán, C., "Las jeringuillas como instrumento peligroso para cometer el delito de robo" (RGD July 1991,

practice: very complicated, experience and ability of the author in using that instrument have to be considered in relationship with the concrete use developed. Trying to cause fear by shooting the only bullet of a gun on the wheel of a parked motorbike where the victim is seated can be much more dangerous when made by a man who has no experience with guns -he can easily fail- that when made by an expert in target shooting; a very heavy flail can be harmful when used by a weak and inexperienced man, and deadly harmful when used by a strong person who knows how to take profit of it...

In short: all circumstances must be taken in consideration to evaluate the produced danger, in order to decide whether to punish as 455.1 or as 455.2. If 'dangerousness' has to be recognized both in weapons and in objects, when the 'weapons' of objects are not dangerous the article 455.2 must not be applied.<sup>52</sup>

Finally, it is important to reject the opinion of jurisprudence when it measures the dangerousness of used objects attending to the produced injures.<sup>53</sup> Resulting wounds resulting can be independently punished themselves (vid. infra C.II); but when wounds have been caused it is not possible anymore to speak about 'danger' anymore, as this danger has been carried out in a specific injure.<sup>54</sup> And 455.2 does not refer to injures, but to danger of injure which has not yet come to injure. If all the danger has become injure, it can be punished -where appropriate- as a separate offence, but never as an aggravating circumstance attending to a danger. Punishing by article 455.2 requires the proof of a *plus* of

---

pages 129-135); see also article 630 of Penal Code), syringue needle hoods. So **Goyena Huerta**, page 146.

<sup>52</sup> About this theme, *supra*, B.II.pr.

<sup>53</sup> For example STS of 12-22<sup>nd</sup>-1998 (A10060), that on a case where the nature and properties of the 'appliance' used could not be proved, it was anyway a dangerous way 'something able to blow and hurt as related'. Accepting this reasoning **Goyena Huerta**, page 146. See, in a similar way, about robbery, SSTS of 11-30<sup>th</sup>-1999 (A8725), 5-27<sup>th</sup>-2000 (A4140) and 10-6<sup>th</sup>-2000 (A9511).

<sup>54</sup> **González Rus**, "Lecc. 19", page 625; and **Jareño Leal**, "El 'uso'...", page 4.

danger.<sup>55</sup> That's why produced wounds cannot by themselves prove dangerousness: they are proof of the effective injure, not of the danger of progression to a greater injure.<sup>56</sup> Punishing, on basis of produced injures, these injures and the danger of injure, is punishing twice because of the same thing.

Punishing danger requires an adequate proof of its existence. Injures produced can of course provide elements to argue in favour of the dangerousness of the object which caused such an injury; this is anyway just an inference of elements that have to be combined with others to reach a global dangerousness evaluation. To extract danger just from produced injures cannot prove more danger than the one already materialized in the concrete produced wounds, and it is not possible to punish because of such a danger when we punish the produced injure separately.

### **8.C.- THE 'USE' FOR VIOLENCE OR INTIMIDATION.**

The offence that we are studying requires that weapons or dangerous objects 'have been used'; and, besides, that use has to be made 'for violence or intimidation'. Because of this legal requirement, three different points have to be settled: what is to be considered 'use' and which relationship can we find between use and violence or intimidation, which punishment must be given to the cases where the use of these objects causes injures, and finally if the possession of the used weapons can be punished as an independent offence.

Each one of the next three paragraphs studies one of these questions.

---

<sup>55</sup> About this argument, considering more possibilities, *infra*, C.II. See, arguing in this way about robbery, *Vives Antón y González Cussac*, "IV" page 415; and *Soriano Soriano*, page 103; but see, again about robbery, *Muñoz Conde*, *PE*, pág. 386.

<sup>56</sup> See *Jareño Leal*, "El 'uso'..." page 3.

**8.C.I.- The 'use' of weapons or dangerous objects.**

Article 455.2 of Spanish Penal Code requires that the author 'uses for intimidation or violence' weapons or dangerous objects. This involves three different questions: what is 'use' and when can we find an use, when is that use pointing at typical intimidation or violence,<sup>57</sup> and which relationship can be found between use of weapons and intimidation or violence.

About the first point, current and old laws about robbery require a difference between 'use' and 'carry' an object potential to injure. And this difference becomes important in 455.2, as here 'use' is required but previous carrying is not necessary. Just carrying weapons or dangerous objects becomes so totally irrelevant as long as it cannot be considered to be use.<sup>58</sup> It seems to be out of discussion that the use of weapons or objects requires having them under our control; the point is when possession is just carriage and when becomes use.

**8.C.I.a.- 'Make use'.**

Use things is make them useful for some purpose.<sup>59</sup> It is common opinion that carrying weapons is not the same as make use of them in the sense required in 455.2;<sup>60</sup> the answer is not so clear in the cases where the weapon is shown. While some authors affirm that showing is a way of use,<sup>61</sup> other authors say that 'use means take profit according with its destination (shoot, injure, puncture, cut, knock, ...)'.<sup>62</sup>

But the typical structure from article 455.2 requires this use to be 'for violence or intimidation' and never with another purpose. And, as violence or

<sup>57</sup> In the sense explained supra, cap. 7.

<sup>58</sup> González Rus, "Delitos...", page 492.

<sup>59</sup> Real Academia Española and Moliner, definitions of 'to use'.

<sup>60</sup> This opinion is also affirmed when studying robbery; i.e. De Vicente Martínez, "Los delitos...", page 835.

<sup>61</sup> I.e, on robbery offence, Fernández Rodríguez, page 68; Goyena Huerta, page 147; ATS of 6-18<sup>th</sup>-1997 (A4845) and STS of 3-8<sup>th</sup>-1999 (A2664).

<sup>62</sup> González Rus, "Delitos...", page 492. Studying robbery, Quintero Olivares, G., "Art. 242" (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2<sup>a</sup> ed., 1999)), page 502; and De Vicente Martínez, "Los delitos...", page 836, and *El delito...*, pages 93 f.



intimidation here have to be ordered to make possible something the author thinks to have a right to reach, whenever the author wants to injure that violence is no more the violence of article 455, but -if case- the violence of an injure offence.<sup>63</sup> I think that using weapons or dangerous objects to injure with malice can never be something to punish according to article 455, but a different, injure offence. And so, 'make use' from article 455.2 has to be something different of wounding or trying to wound - as it was in any case necessary, as article 455.2 accepts, besides than use for violence, use for intimidation.

If 'use' could only be make of the weapon develop all its injure suitability, article 455.2 could never be applied, because the fact must always be punished as a committed or attempted injure offence. About weapons, an use 'according to its destination' can scarcely escape of this (except for the cases of use 'according to its destination' but on an unsuitable object -i.e. shooting to intimidate in an innocuous direction-; but the result of such an argument is not acceptable: shooting to the air the only bullet of a gun would be 455.2, and showing a knife very near the face of the victim would be just 455.1, even being the danger bigger in the second case).

I think the basis must be so: 'use' an object dangerous for health means making it useful in some way that makes the health of someone be in danger.<sup>64</sup> In this way, the aggravating circumstance and its reason become coincidental: there is an use when the danger which bases the aggravation is generated.

---

<sup>63</sup> See supra 7.A.II.b.

<sup>64</sup> Always the health of some other person. The danger for the own health does not fulfill the danger required in article 455.2, firstly because it can never be considered to integrate typical violence or intimidation (see supra cap. 7). I.e., if the author asks for payment pointing out that he will commit suicide if he is not paid, even putting into his mouth a charged shootgun, he is not integrating the offence of article 455. On the contrary, studying robbery, Soriano Soriano, pág. 80.

Anyway, it is important to distinguish among the concrete danger of the use given to the object (this is the one studied here) and the objective dangerousness of the instrument (supra, B.II).

Accepting this opinion, all automatism becomes impossible: all circumstances (suitability of the object, situation, concrete use made, ability and intention of the author...) must be taken in consideration to decide if the required danger was generated or not. The objective dangerousness of the weapon or object is so, besides than a condition, an element to consider in order to evaluate the generated danger, but it is never enough to decide whether there was danger or not. And just showing the weapon can be typical use or not depending on how much danger it represents:<sup>65</sup> it is not the same showing a closed penknife in a bag or wearing a gun in its holster than shooting near the victim or putting the knife so near his body that any struggle causes wounds.

#### ***8.C.I.b.- 'Use' and 'intimidation or violence'.***

Accepting this concept of 'use', and considering that in 455.2 it has to be made 'for violence or intimidation', we must settle if this use and violence or intimidation are the same or different things.

It is important, before that, to reject the opinion of QUINTERO OLIVARES, when he affirms that 'even when the law doesn't express it, as it is impossible' in article 455.2 could never be accepted more than an 'use of weapons or dangerous ways' going longer than 'intimidative violence, as if there is a concrete aggression it must be punished separately as it attacks an object of protection which is not protected in article 455'.<sup>66</sup> I think the basis of this is quite reasonable, as long as in 455.2 can never be included aggressions in order to injure; but the wide formulation he makes is not acceptable. What he sets out is not something not expressed by the law, but something against the law (which expressly speaks about 'violence' besides from intimidation). As long as we can find a way to give to that 'violence' a meaning different from intimidation, it

---

<sup>65</sup> I think this doesn't make unuseful 455.1, and the danger considered in 455.2 was not included in 455.1; on the contrary, about these two points, studying robbery, De Vicente Martínez, "Los delitos...", page 836, y *El delito...*, page 93.

<sup>66</sup> Quintero Olivares, "Art. 455", page 1343. Also restricting 455.2 to an 'intimidatory or exhibitory' use, Fernández García y López Moreno, page 624.

must be made. The point is whether a violence being more than intimidation and not arriving to injure can be found;<sup>67</sup> and I think yes. Physical constraint without wound is violence, and not intimidation nor injure. This violence (which is not an ‘intimidative’ one) is the one required in article 455.2 of the Spanish Penal Code when weapons or dangerous objects have been used to cause it. So i.e. when the author immobilizes the victim putting a knife in his neck instead of using his hand: there is violence, use of a weapon and danger to the health of the victim.

And so, the relationship between use of weapons or dangerous objects and violence or intimidation must be settled both referring to violence or intimidation as typical elements of the offence of article 455.2 and about the minor offence of slight menace with weapons or dangerous instruments. These are two different questions.

#### ***8.C.I.b.1.- As typical elements of article 455 of the Penal Code.***

Article 455.1 requires as objective element the violence or intimidation. Article 455.2 refers to use of weapons or dangerous objects, directed to violence or intimidation. Are there two different elements (use and violence or intimidation)? Or is it an only complex element ?

Weapons or objects, the law says, have to be used *for* intimidation or violence. It does not mean that use has been all violence or intimidation (i.e., where someone menaces and besides later on shows a knife): but it is possible that the only violence or intimidation has been the use of the weapon (i.e., if the author aims his gun to the victim and takes the thing that he demands without any word). In the first example, it is possible to separate violence or intimidation and use of weapons as a *plus*; but the requirements of article 455 are fulfilled too

---

<sup>67</sup> The exclusion of injures from content of 455.2 has been argued in the paragraph before; not because of affecting a different object of protection (so the author whose work is commented) - see supra A.II-, but because here is only acceptable danger with malice for danger, never injure nor danger with injure malice. About danger malice without injure malice, in general, **Moreno Alcázar**, pages 440-442; and **Silva Sánchez, J.-M.**, “Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la ‘conducción suicida’” (LL 1998-3, pages 970-980). Studying

in the second case, where both moments cannot be separated. Even more, if two immediate moments of intimidation or one of intimidation and another of violence is considered to be an only offence of article 455 if it is possible to find an only action,<sup>68</sup> even in the first case given in example violence and use of weapons are connected in a way it is not possible to separate them.

The right answer to the question is, I think, to understand we are not looking at two different typical elements (violence or intimidation, on a hand, and use of weapons, on the other hand), but there is an only complex element: the special sort of violence or intimidation generated when a weapon or dangerous object is used for them. Violence or intimidation without weapons are punished in 455.1; if objects specially dangerous for health are used that violence or intimidation are the ones of 455.2, which is not an addition from use of weapons to 455.1, but a concrete and special way to make violence or intimidation appear.<sup>69</sup>

#### ***8.C.I.b.2.- Minor offence of slight menace with weapons or dangerous objects.***

Article 620.1° of the Penal Code punishes as a minor offence ‘slightly menacing another person with weapons or dangerous objects [...] except for the case the fact is a major offence’. As major offences can never be punished according to 620.1°, double punishment is not possible. So, it has to be settled how must be punished the fact of menacing with weapons to make possible an own right, as a major or as a minor offence. The answer to this question is the same given in chapter 7.<sup>70</sup>

The intimidation typical according to 455.1 is the one that, developed with some other purpose different than making possible an own right, would be punished as an offence. Being the use of weapons in 455.2 just an special way of

---

injure offences, **Carbonell Mateu y González Cussac**, “Lesiones”, page 130. Insisting on practical difficulty of the distinction of these differences **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, page 3.

<sup>68</sup> So supra, 7.A.II.a.

<sup>69</sup> Near from this argument, even considering the difference is ‘just an aggravation’ and denying the possibility of considering 455.2 a qualified offence, **González Rus**, “Delitos...”, page 492.

developping that violence or intimidation, the punishment according to 455.2 is only possible when that violence or intimidation is so to be an offence. When it is so slight it cannot be an offence, it can be punished according to the minor offence of article 620.1º, but it can never be 455.2.

There is a third possibility, whenever violence or intimidation were important enough to be an offence without using weapons nor dangerous objects, and besides of that the author menaced slightly with weapons or dangerous objects. This slight menace is not enough to fulfill the ‘use’ of 455.2.<sup>71</sup> Are there a major and a minor offence to be separately punished, or just an offence of 455.1? If we can recognize two different facts, they must be separately punished; if there is an only fact, we can just punish as 455.1 (620.1º can never punish a fact which is a major offence).

#### ***8.C.II.- The use ‘for intimidation or violence’ and the injures produced.***

In the paragraphs before I asserted that the violence or intimidation using weapons or dangerous objects punished in 455.2 cannot be made with the intention to injure, as these cases have to be considered committed or attempted offences against health or life. But there is a complicated possibility: from an use of weapons or objects without intention of injure can result injures.<sup>72</sup>

The answer for these cases can not be found in an authomatical way.<sup>73</sup> The injure results can be manslaughter with or without malice,<sup>74</sup> severe injures with

<sup>70</sup> See supra 7.A.II.c.

<sup>71</sup> Supra, 8.C.I.a.

<sup>72</sup> I am just applying to 455.2 what I affirmed about 455.1 supra, 7.A.II.b; considering of course the differences imposed by the use of weapons.

<sup>73</sup> Even when the lawyer insists on the independent punishment of violence (so the Spanish Penal Code for robbery) it is under discussion the exact meaning of this rule (just a call of attention about the possibility of concurrence of offences for **Sánchez-Ostiz**, passim; **Sanz Morán, Á.**, “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el CP de 1995” (*LH-Torio López* (1999)), page 510), affirmation from concurrence of offences to resolve according to ‘general rules’ for **Álvarez García, F.J.**, “Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242 del CP” (*LL 1997-I*, pages 1823-1832) and **De Vicente Martínez**, “Los delitos...”, page 829), or *ex lege* answer to the problem imposing always a

malice (articles 149 and 150 of the Penal Code), basic injures with malice (article 147 –eventually aggravated according to article 148, without this aggravation,<sup>75</sup> or in the milded sort of article 147.2-), or injures without malice.<sup>76</sup> And, besides, it is always possible to punish according to 455.1 or to 455.2 of Penal Code. It is important to be careful.

When it is possible to find two different facts, the problem becomes quite easy to solve. We can punish the injure offence and 455.1 or 2 independently. And, as we are punishing two different facts, with an independent proof and independent elements, there is no problem of *bis in idem*: the injure punished is not materialization of the danger required in 455.2, but a different fact.

The question becomes more complicated when it is not possible to find two different facts: an only fact on which the author had the purpose to make possible an own right but he injured all, some or one of the victims. Two different answers can be given: punishing an only offence or accumulating punishments. And, as we settled when studying 455.1,<sup>77</sup> it is not possible to increase punishment because of the purpose of make possible something the author thinks to have a right to reach; but it is not possible either to forget an important part of the caused damage. If the victim is an only one, or being more than one all them become injured, it is enough to punish these injures. If in an only act one or more victims -but not all them- have been injured, there is an

---

material concurrence of offences for **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, page 4, and **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, page 402)(see SSTs of 11-30<sup>th</sup>-1997 (A7168), 5-13<sup>th</sup>-1998 (A4414), 4-27<sup>th</sup>-1999 (A3324), 11-18<sup>th</sup>-1999 (A8871) and 18-II-2000 (A872). 455.2 has not special cautions for this case, so we must apply general rules.

<sup>74</sup> Depending on the possibility of recognizing an eventual malice for injures within the malice of danger (see **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, page 4, and STS of 4-20<sup>th</sup>-2001 (A2093)), or not. In the late case, if the object used was strictly a weapon, it is possible to punish with suspension of weapons licence according to article 142.2 of the Penal Code.

<sup>75</sup> Even having used dangerous weapons or objects, if all danger materialized in injure it is not possible to aggravate injures because of using those instruments anymore. See *supra* note 16.

<sup>76</sup> In the same conditions as for manslaughter (see note 74), and being possible to apply article 152.2 of the Penal Code if a firearm was used.

<sup>77</sup> See *supra* 7.A.II.b.

ideal concurrence between the injure offence and 455.1 (if the injure materializes all the danger of the object used) or 455.2 (if not).<sup>78</sup>

If the caused injures are just to be punished as minor offences (with oder without malice; articles 617.1 and 621 of the Penal Code),<sup>79</sup> the concurrence of offences must be settled in the same way we would do in case we were punishing by the violent offence which concerns the same case when the author did not have the typical purpose of article 455.

### 8.C.III.- 'Use' and 'possession'.

Article 455.2 does not require weapons or dangerous objects to have been carried by the author, as robbery demands.<sup>80</sup> There is no problem to punish

---

<sup>78</sup> About the wounded person the excess of the danger in relationship to the caused injures can decide punishment according to article 148.1° of the Penal Code (as it punishes the danger of an injure progression; see **Jareño Leal**, "El 'uso'...", pages 3 f., followed by **De Vicente Martínez**, *El delito...*, page 108; and **Sánchez-Junco Mans, J.**, "Art. 148" (I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.), *CP de 1995* (1998)), page 980); but never punishment according to 455.2 or 242.2, as these punish a danger which in this case doesn't exist anymore as it has already been materialized in injure. This is the principle to decide between 148.1° and 455.2 or 242.2; and not the punishment each of them allows to reach (See **Álvarez García**, "Delitos...", page 1824, and **Tamarit Sumalla**, "Art. 148", page 96)(but see **Sánchez-Ostiz**, page 3, or **Goyena Huerta**, page 151, quoting jurisprudence). See STS of 11-30<sup>th</sup>-1997 (A7168).

Anyway, I think when **Fernández García y López Moreno**, page 624, affirm all concurrence of offences will be with 455.1, they forget the possibility of more than victim. But the answer cannot be either the one **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pages 103 ff., settles for robbery, punishing always an aggravated offence: in this way we fall into automatism -something that DE VICENTE criticizes- and perhaps in *bis in idem*. See **González Rus**, "Lecc. 19", page 625; finding in robbery as many facts as victimis, but requiring proof of danger in using objects for each one, **Sánchez-Ostiz**, page 3.

<sup>79</sup> In this case, it is possible to suspend weapons licence, according to article 621.5 of the Penal Code.

<sup>80</sup> See article. 242.2 of Penal Code, punishing use both 'in commission of the offence and when escaping', but just where the weapon or instrument was carried on by the author (see, i.e., **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pages 80 and 92; SSTS of 11-4<sup>th</sup>-1998 (A8951) and 2-21<sup>st</sup>-2001 (A1278) –but see the old jurisprudence (see **Soriano Soriano**, pages 110-114), propounded again by **BACIGALUPO ZAPATER** in his separate reasoning to STS of 2-21<sup>st</sup>-2001 (A1278), understanding 'carry' as 'have'; I think this interpretation is not acceptable, even when it can reach reasonable results in some aspects-). Finds in 'carried' a restriction of typical possible 'ways' in robbery **González Rus**, "Lecc. 19", page 627.

The authors point out that it is anyway impossible to punish according to aggravated offence whenever the 'use' is made after the complete offence has been committed; see **Goyena Huerta**, page 150; and **Vives Antón y González Cussac**, "IV", page 413.

according to 455.2 when the weapons or instruments have been taken where the fact develops,<sup>81</sup> even after the start of the offence, as long as they have been used for intimidation or violence with the typical purpose.

The only problem here is whether it is possible or not to punish the author, besides, because of illegal possession of weapons.<sup>82</sup> I think the answer to this question comes from the typical structure from illegal possession of weapons offences: ‘possession’ requires some length of time and stability which is not proved when the weapon appears just for a concrete offence.<sup>83</sup> If possession from time before can be proved, the answer can be different; but anyway in this case there are two different facts.

To get a weapon and to use it for violence or intimidation in order to make an own’s right possible, and doing so, does not seem to be enough to satisfy the requirements of the illegal possession of weapons offences.

---

<sup>81</sup> As **Bentabol Manzanares**, page 86, and **Fernández García y López Moreno**, page 624, point out. Doubtful, **Martín Canivel**, page 145.

<sup>82</sup> In the cases, of course, the weapon fulfills the requirements of articles 563 ff. of the Penal Code.

<sup>83</sup> See **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pages 413 s., followed by **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pages 108 f. The same reasoning is accepted by the current jurisprudence (as points out **González Rus**, “Lecc. 19”, page 626), even when in the past authomatical concurrence was quite frequently settled (even now, **Madrigal Martínez-Pereda**, page 1206; and **Suárez González**, page 697; see i.e. STS of 10-4<sup>th</sup>-1996 (A7827)). See the interesting work of **Soriano Soriano**, pages 114-124.





III



## Capítulo 9

### Problemas concursales.

*A.- DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD. I.- Homicidio y lesiones. II.- Otros delitos. B.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. I.- Detenciones ilegales y secuestros. II.- Amenazas y coacciones. C.- DELITOS CONTRA OTROS BIENES JURÍDICOS EMINENTEMENTE PERSONALES. I.- Delitos contra la integridad moral, la libertad sexual y el honor. II.- Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. D.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO. I.- Delitos que requieren ánimo de lucro. II.- Delitos que no requieren ánimo de lucro. E.- OTROS DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS. I.- Delitos de incendio. II.- El delito contra el sentimiento religioso del art. 523 CP. III.- Delitos de atentado. IV.- Delitos de tenencia ilícita de armas. F.- FALTAS. I.- Faltas contra las personas. II.- Faltas contra el patrimonio. III.- Faltas contra el orden público.*

La importante problemática concursal que plantea el delito de realización arbitraria del propio derecho ha sido ya abordada en notable medida al hilo del estudio de los elementos típicos que a mi juicio permiten resolver cada una de las cuestiones. El presente capítulo, pues, tiene más de recapitulación que de aportación novedosa; pero conviene, en mi opinión, volver sobre la cuestión por dos órdenes de razones.

En primer lugar, la claridad sistemática y la armonización de las diversas soluciones propuestas exige una visión de conjunto que difícilmente puede lograrse con la remisión a comentarios dispersos en sedes varias. Conviene, pues, agrupar lo disperso y sistematizar como argumento autónomo lo apuntado en *obiter dictum*. En segundo lugar, determinados problemas específicos de algunos delitos de difícil deslinde práctico con el que nos ocupa requieren cierto detenimiento, que no podía dedicarles en los capítulos precedentes sin descentrar la cuestión que se trataba. Esta es, a mi juicio, la sede adecuada.

Vuelvo así con frecuencia sobre cuestiones ya tratadas; y, en cuanto así sea, remitiré la argumentación al lugar en que se desarrolla; me interesa sólo

subrayar las conclusiones y comentar algunos problemas conexos en los que no había podido aún detenerme.

La estructura del capítulo es en consecuencia sencilla: los epígrafes responden a los diferentes grupos de delitos cuyos problemas concursales con el de realización arbitraria del propio derecho se estudian, siguiendo esencialmente la sistemática del código.

### **9.A.- DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD.**

La cuestión relativa al régimen concursal de los resultados lesivos contra la vida o la integridad producidos al ejercer violencia para realizar un derecho propio ha sido ya repetidamente tratada. Me limito pues, en este apartado, a una breve recapitulación de carácter general, a la que añado un segundo epígrafe dedicado a problemas específicos inherentes a dos formulaciones típicas que el código incluye, por más que con criterio discutible, en estas rúbricas.

#### ***9.A.I.- Homicidio y lesiones.***

En los capítulos precedentes me he ocupado de subrayar que no cabe en la violencia constitutiva del delito de realización arbitraria del propio derecho una actuación intencionalmente encaminada a lesionar la vida o la salud del sujeto pasivo. Para empezar, porque la orientación final de la conducta violenta a la realización de un derecho propio debe reconocerse de acuerdo con criterios normativos de adecuación que imponen una cierta proporción en los medios empleados al efecto;<sup>1</sup> proporción que debe negarse si lo que se pretende directamente es lesionar. Así, las acciones lesivas con dolo directo deberán

---

<sup>1</sup> Vid. supra 5.A.II.b.1 y 7.A.II.a. En línea semejante señalan **Fernández García y López Moreno**, pág. 625, que en la violencia desproporcionada que produce resultados lesivos la realización del derecho es sólo un móvil, y el dolo concurrente es el de lesionar.

castigarse conforme a las infracciones de lesión correspondientes, y no cabe plantear en estos casos concurso alguno con el delito que nos ocupa.

La cuestión es más compleja cuando se plantea una violencia encaminada a la realización de un derecho propio -y, por ende, sin intención directa de lesionar- que desemboca en unidad de hecho en un resultado lesivo.<sup>2</sup> La violencia implica, casi siempre, un dolo de peligro de lesión; y así, dependiendo del caso, podrá entenderse que el resultado producido queda cubierto por dolo eventual,<sup>3</sup> por imprudencia o (excepcionalmente) por mero caso fortuito.<sup>4</sup> En los dos primeros casos se plantea un problema concursal; y he afirmado ya en las páginas anteriores que a mi juicio debe resolverse como concurso de normas en tanto la violencia se refiriera sólo al o a los sujetos lesionados.<sup>5</sup>

Este es, a mi juicio, el criterio a seguir en cuanto respecta a los delitos contra la vida dolosos o imprudentes (homicidio de los arts. 138 y 142 del CP y también aborto de los arts. 144 y 146 del cuerpo punitivo, en la medida en que se produzcan en los términos que precisaba en el párrafo anterior), y a las lesiones dolosas o imprudentes constitutivas de delito en sus diferentes modalidades (arts. 147, 148, 149, 150 y 152 del CP, también en aquellos términos; criterio que creo extensible, en su caso, a las lesiones al feto dolosas o imprudentes de los arts. 157 y 158 del CP).

---

<sup>2</sup> Evidentemente, si se quiebra la unidad de hecho la cuestión es mucho más sencilla, resolviéndose en concurso real de delitos.

<sup>3</sup> Sobre este extremo, vid. n. 74 al cap. 8.

<sup>4</sup> En caso de intervención de varios sujetos, será preciso además atender a las reglas de autoría y participación; reconduce la cuestión a comisión por omisión la STS de 17-XII-90 (A9526), cuando entiende que el acusado (acreedor que se sirvió de terceros) ha de responder de las lesiones producidas, porque al provocar la agresión se situó en posición de garante, y luego no hizo nada para evitar que se produjeran lesiones.

<sup>5</sup> Vid. supra 7.A.II.b y 8.C.II, sobre la base de que concluir otra cosa es incrementar la pena por la finalidad de realizar un derecho propio. Contra, estiman concurso ideal de delitos Colás Turégano, *El delito...*, pág. 172; González Rus, "Delitos...", pág. 492; y Martín Canivel, pág. 144; concurso de delitos Landecho Velasco y Molina Blázquez, pág. 461; Muñoz Conde, *PE*, pág. 907; Serrano Gómez/Serrano Mañillo, pág. 825.

Cuando la violencia alcance a más sujetos que los lesionados, si se entiende que puede afirmarse la unidad de hecho, la solución pasará por un concurso ideal de delitos (supra, 8.C.II).

### 9.A.II.- Otros delitos.

Dos delitos que el texto legal incluye en el título relativo a las lesiones merecen aquí consideración separada: el maltrato familiar y la riña tumultuaria de los arts. 153 y 154 del CP.

En cuanto al primero, que no es en propiedad un delito de lesiones, construye la estructura típica centrándose junto a la convivencia o vinculación en la nota de la habitualidad.<sup>6</sup> Esto, unido a la previsión de una cláusula concursal específica ('sin perjuicio...'), impone algunas precisiones en cuanto a la posibilidad de concurso con el delito de realización arbitraria del propio derecho. La determinación de la habitualidad atiende entre otras cosas al número de actos violentos (art. 153 párrafo 2), pero no se confunde con ellos; por el contrario, un solo acto violento encaminado finalmente a la realización de un derecho propio integra ya el delito de realización arbitraria del propio derecho. Y habrá en su caso tantos delitos contra el monopolio estatal en el uso de la fuerza como diferentes actuaciones violentas o intimidatorias con la finalidad de realizar un derecho propio concurren, en tanto se presenten escindidas e independientes; esto es, en la medida en que sea posible reconocer varios hechos aisladamente considerados, sin perjuicio de la posibilidad de reconocer *además* un hecho integrado precisamente por la habitualidad, por la generación de una situación estable de violencia, el castigo del cual se rige por la cláusula concursal específica prevista en el precepto que lo recoge.

En cuanto respecta a la riña tumultuaria del art. 154 del CP, cuya presencia en la rúbrica dedicada a las lesiones responde más a razones históricas que de

---

<sup>6</sup> Vid. Campos Cristóbal, R., "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar" (*Revista Penal* jul. 2000, págs. 15-30), con abundante bibliografía; Carbonell Mateu y González Cussac, "Lesiones", pág. 140; Muñoz Conde, *PE*, págs. 121-123; Olmedo Cardenete, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico* (2001), págs. 64 y 91 ss., con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales; y Tamarit Sumalla, J.M., "Art. 153" (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), págs. 105-107.

otro orden,<sup>7</sup> sólo desde el entendimiento del mismo como delito de peligro para la salud puede defenderse su ubicación entre los delitos que atienden directamente a este bien jurídico.<sup>8</sup> No responde, pues, a resultados lesivos efectivos, y no es posible aplicarle los criterios sentados en el epígrafe precedente. Pero es que, además, tampoco plantea problemas concursales con la realización arbitraria del propio derecho: la idea de acometimiento tumultuario se aviene mal con la de empleo de violencia para la realización de un derecho propio, por cuanto implica una agresión bilateral o multilateral confusa y no una reclamación unilateral y finalmente orientada. Se trata, así, de ámbitos distintos: si en el curso de una reclamación se produce un acaloramiento de varios sujetos intervinientes que acaba por traducirse en agresión tumultuaria armada, podremos acudir al delito del art. 154... pero precisamente por ello estaremos fuera del ámbito correspondiente al art. 455.

### **9.B.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.**

El deslinde entre el ámbito correspondiente a los delitos contra la libertad y a las modalidades violenta e intimidatoria del delito de realización arbitraria del propio derecho resulta de importancia capital para la adecuada comprensión del delito que nos ocupa. En los capítulos precedentes han sido varias las referencias a esta cuestión; vuelvo, una vez más, sobre ella, separando dos bloques que merecen, a mi juicio, consideraciones diversas.

---

<sup>7</sup> Muñoz Conde, *PE*, pág. 121.

<sup>8</sup> Vid. en esta línea Tamarit Sumalla, J.M., "Art. 154" (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), págs. 108 s.



**9.B.I.- Detenciones ilegales y secuestros.**

La conducta prevista en los arts. 163 y 164 del CP priva al sujeto pasivo de su libertad de movimientos durante un periodo de tiempo prolongado; más o menos dilatado, pero que en todo caso va más allá del carácter puntual que corresponde a los delitos de amenazas y coacciones. Y el delito de realización arbitraria del propio derecho contrae su ámbito propio al empleo de la fuerza finalmente orientado a la realización de un derecho propio. La primera pregunta, al plantear la posibilidad de concursos entre estos tipos penales, es si puede existir un ámbito de coincidencia o instrumentación entre ellos.

No me parece cuestionable que la motivación de quien comete un delito de detenciones ilegales o secuestro pueda relacionarse con la realización de un derecho propio; la *manus iniectio* del derecho romano clásico no es, en definitiva, sino una institucionalización formalizada de esta estructura.<sup>9</sup> Sin embargo, la cuestión no es si es posible privar de libertad a otro para realizar un derecho propio, sino en qué medida puede reconducirse esa privación de libertad a la 'violencia' del art. 455 del CP. Y el primer problema es que las detenciones ilegales y secuestros no exigen necesariamente empleo de violencia en el sentido en que la requiere el delito que nos ocupa.<sup>10</sup> Aún más: aun cuando se emplee violencia o intimidación para privar de libertad al sujeto, podrán reconocerse concretos y puntuales actos violentos o intimidatorios distinguibles de la privación de libertad en cuanto estado duradero, cuyo castigo se resuelve generalmente por consunción con el de esta última.

Pues bien, a mi juicio, es preciso partir de que a privar de su libertad a otro nadie puede tener derecho. Y el recurso a la fuerza para lograr la privación prolongada de libertad de otro, por más que sea con una finalidad ulterior, no va a encontrar cabida en el delito de realización arbitraria del propio derecho. La

---

<sup>9</sup> Valiño, págs. 63 s.; vid. asimismo, sobre la *manus iniectio*, págs. 119-121.

violencia, intimidación o fuerza en las cosas típicas de acuerdo con el art. 455 del CP son las directamente encaminadas a la realización de un derecho propio, no las orientadas a la consecución de fines ilegítimos por más que estos últimos sí quieran orientarse finalmente a la realización de un derecho; cuando menos, no si la relación entre medios y fines resulta carente de toda conexión razonable o notablemente desproporcionada. Lo cual, a mi juicio, sucede en este caso.<sup>11</sup>

Sólo la privación de libertad necesaria en un marco proporcionado para la realización del derecho podría encontrar cabida en el delito que tiene por objeto este estudio; pero ésta, a mi juicio, encontrará más adecuado acomodo en el delito de coacciones que en el de detenciones ilegales o secuestros.<sup>12</sup>

### **9.B.II.- Amenazas y coacciones.**

La relación con los delitos de amenazas y coacciones debe plantearse, evidentemente, en términos diversos de los propuestos respecto de las detenciones ilegales y secuestros. Como la realización arbitraria del propio derecho, también los delitos cuya relación con ella estudiamos ahora se construyen a partir de un acto violento o intimidatorio; desde el punto de vista material objetivo, los supuestos incardinables en una u otra sede pueden resultar idénticos.<sup>13</sup> El elemento diferencial, pues, ha de ser necesariamente la finalidad de realizar un derecho propio; finalidad que como elemento subjetivo del injusto

---

<sup>10</sup> Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L., "Delitos contra la libertad II" (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), págs. 169 s. Sobre la definición de la violencia típica en la rapd, supra, 7.A.II.b.

<sup>11</sup> En esta línea supra, 7.A.II.a y nota 45 en 7.A.II.b. Vid., en línea coincidente con lo que aquí propongo, el rechazo contundente de llevar a rapd las detenciones ilegales de la STS de 31-III-2000 (A3490).

<sup>12</sup> El concurso de delitos entre detenciones ilegales y rapd que siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA plantean Serrano Gómez/Serrano Maíllo, pág. 825, no es imposible; pero tampoco será frecuente, dado que exigiría dos hechos escindidos: si la violencia va a detenciones ilegales, no constituirá rapd. La solución de la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821), que aplica el art. 77 del CP a secuestro y rapd, no me parece satisfactoria por ninguna de las dos vías que prevé dicho precepto: la 'necesidad' del medio me parece más que cuestionable, y si el hecho es único creo preferible acudir al concurso de normas (otra cosa, en definitiva, es incrementar la pena del secuestro porque el autor quería realizar un derecho y no lograr un lucro injusto).

que es habrá de reconocerse de acuerdo con criterios normativos, lo que impone la necesidad de una cierta proporción entre la violencia o intimidación ejercidas y el derecho cuya realización se pretende por este medio.<sup>14</sup>

La solución, pues, sentado este criterio diferencial, es la del concurso de normas a resolver en favor del delito de realización arbitraria del propio derecho cuando concurra el elemento subjetivo específico.<sup>15</sup> Y esto, tanto para las amenazas (condicionales básicas del art. 169.1º, o -en su caso- cualificadas del art. 170.1; y las previstas en el 171.2 y 3 del CP), como para las coacciones (art. 172 del CP).<sup>16</sup> Llevar estos supuestos al concurso de delitos sería incrementar la

---

<sup>13</sup> Así **Beneytez Merino**, pág. 4256.

<sup>14</sup> Vid. supra 5.A.II, y nuevamente 7.A.II.a. Creo que en esta línea debe leerse la condición de que la fuerza empleada no 'exceda de los límites normales de la actuación del derecho' que exigen para castigar por rapd y no por robo **Fernández García y López Moreno**, pág. 625; por más que la expresión sea imprecisa, ya que los 'límites normales' se exceden siempre que se recurre a la fuerza actuando fuera de las vías legales.

<sup>15</sup> Si quiere resolverse el concurso en virtud de la regla de especialidad del art. 8.1ª del CP, es preciso afirmar la pertenencia de ambas 'especies' a un género común (que en este caso no podría encontrarse sino en ser ambas delitos violentos), y afirmar la 'generalidad' de una de ellas; así, v.gr., **Colás Turégano**, *El delito...*, págs. 143-147 y 162-172, entendiendo que son todos ellos 'delitos coercitivos' y que amenazas y coacciones juegan en este grupo la función de tipos genéricos de recogida (como afirmara ya **Torío López**, pág. 19); con menos detalles, acuden al principio de especialidad **Beneytez Merino**, pág. 4256; **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 162; y **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 824.

Si, por el contrario, se entiende que no pertenecen a más género común que el de los delitos, y que no hay entre ellos más relación de 'generalidad' que la frecuencia estadística, el concurso de normas habrá de resolverse por subsidiariedad tácita (8.2ª in fine), porque sólo entendiendo que el Código hace subsidiaria la aplicación de amenazas y coacciones respecto de la del delito de rapd se abre un espacio de aplicación posible a las modalidades violenta e intimidatoria de esta última infracción, y el principio de vigencia impone acoger esta solución.

Acude tanto a subsidiariedad como a especialidad la SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33); a relación de género a especie la SAP de Las Palmas de 5-X-2000 (AA3331). Señalan una relación de especialidad, sin aclarar en qué principio lógico apoyan el criterio axiológico, **González Rus**, "Delitos...", págs. 487 y 491; y **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 907. Con el código anterior, **De la Mata Barranco**, *La rapd*, pág. 65, señalaba que 'la violencia o intimidación aparece consumida, de forma privilegiada' en el delito de rapd, sin explicar el funcionamiento exacto de este criterio consuntivo.

<sup>16</sup> Acuden a la especialidad para 'coacciones menos graves (constitutivas de delito), o leves (constitutivas de falta)', rechazando sin embargo el criterio para aplicar el tipo de coacciones o el de robo si la coacción es grave basándose en un argumento penológico **Fernández García y López Moreno**, pág. 625.

pena por la finalidad de realizar un derecho propio, posibilidad que he rechazado repetidamente en este trabajo.<sup>17</sup>

Sólo un último extremo relativo a esta cuestión. El art. 171.1 del CP prevé el castigo como delito de las amenazas de un mal no constitutivo de delito ‘cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida’; lo que excluye la conminación con males no delictivos para realizar derechos. Exista o no efectivamente el derecho, quien pretende realizarlo amenazando con males no constitutivos de delito no puede integrar dolosamente el tipo del art. 171.1; y tampoco, a mi juicio, el del art. 455.<sup>18</sup> Si tal como he afirmado (supra, 7.A.II.c) la intimidación de la realización arbitraria del propio derecho ha de ser tal que, de no mediar la finalidad de realizar un derecho propio, sería constitutiva de delito, cuando no sea posible encuadrarla en ningún tipo del libro II no cabrá afirmar el delito que nos ocupa.<sup>19</sup>

### 9.C.- DELITOS CONTRA OTROS BIENES JURÍDICOS EMINENTEMENTE PERSONALES.

La realización del propio derecho empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas puede dar lugar a hechos que suscitan una importante problemática concursal con varios preceptos destinados a la tutela de bienes jurídicos referidos a diferentes facetas de la persona. En el presente apartado pretendo ocuparme siquiera someramente de los que atienden a la integridad moral, la libertad sexual o el honor, en un primer epígrafe, y dedicar un segundo a los relativos a la inviolabilidad domiciliaria.

<sup>17</sup> Ya supra, 1.B.II, y repetidamente después en el texto.

<sup>18</sup> Supra, 7.A.II.c, esp. n. 62, con referencias bibliográficas.

<sup>19</sup> Con los matices expuestos supra, 7.A.II. Cuestión distinta es la posibilidad de castigarla como falta cuando concurren todos los requisitos típicos, sobre la que volveré infra, F.

**9.C.I.- Delitos contra la integridad moral, la libertad sexual y el honor.**

El recurso a atentar, aun con la finalidad de realizar un derecho propio, contra la integridad moral, la libertad sexual o el honor del sujeto pasivo escapa en todo caso, a mi juicio, del ámbito correspondiente al delito de realización arbitraria del propio derecho. Degradar a una persona, atentar contra su libertad sexual o menoscabar su honor no pueden estimarse medios proporcionados para la realización de un derecho propio;<sup>20</sup> no creo que quepa, además, reconducirlos a la violencia, intimidación o fuerza en las cosas que recoge el tipo del delito que nos ocupa;<sup>21</sup> y desde luego a realizar estos hechos nadie puede tener un derecho.

Así, cuando el agente integre alguna de las conductas tipificadas como trato degradante en el art. 173 del CP, como delito contra la libertad sexual en el título VIII del libro segundo, o como delito de calumnia o injuria de los arts. 205 y 208 del cuerpo punitivo, deberá castigarse esta infracción en cuanto tal y no podrá plantearse reconducirla al ámbito de la realización arbitraria del propio derecho, por más que el autor pretenda alegar la finalidad de hacer posible algo que crea que en Derecho le corresponde. Sólo cuando aparezcan actos violentos, intimidatorios o de fuerza en las cosas proporcionados y finalmente orientados a la realización del derecho podrá acudir al tipo del art. 455;<sup>22</sup> si en el curso de esta actuación violenta o intimidatoria el agente integra alguna de las infracciones que rubrican el presente epígrafe incurre en una infracción radicalmente diversa, y es preciso escindir los hechos y castigarlos por separado.

---

<sup>20</sup> En los términos requeridos supra, 5.A.II.b.1 y 7.A.II.a.

<sup>21</sup> Tal como las definía supra, cap. 7.

<sup>22</sup> Téngase en cuenta que el reconocimiento de esta orientación final no depende de la libre afirmación del sujeto, sino de que sea reconocible como tal de acuerdo con criterios normativos (supra, 5.A.II.a.2.IV y 5.A.II.b.1).

### ***9.C.II.- Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.***

Tal como afirmaba en las líneas precedentes respecto de otros bienes jurídicos personalísimos, a violar la intimidad domiciliaria de otro nadie puede tener derecho. En este punto, a mi juicio, los delitos que rubrican el presente epígrafe (tanto el allanamiento de morada de personas físicas del art. 202 como el de domicilio de personas jurídicas, despachos profesionales, oficinas, establecimientos mercantiles o locales abiertos al público del art. 203 del CP)<sup>23</sup> y el de realización arbitraria del propio derecho no presentan problema ninguno de deslinde. Sin embargo, es importante distinguir dos órdenes de cuestiones que obligan a ponerlos en relación, y matizar esta afirmación:

Por una parte, han de considerarse aquellos supuestos en que el sujeto activo, con la finalidad de realizar un derecho propio y empleando ilegítimamente violencia, intimidación o fuerza en las cosas, entra para ello en domicilio o morada ajenos. En estos supuestos, el allanamiento tiene carácter instrumental y contingente: se produce sólo para lograr otra finalidad -con la que no se confunde-, y esta finalidad podía haber sido alcanzada de otro modo. Quien penetra en casa de su deudor para tomar allí con violencia el dinero debido podría también haber reclamado por la fuerza fuera del domicilio del agredido. Precisamente por ello, porque la lesión cumulativa de la intimidad domiciliaria<sup>24</sup> es un añadido extraño al tipo de realización arbitraria del propio derecho, como también lo es el recurso a la fuerza para realizar el derecho respecto de los delitos

---

<sup>23</sup> Subrayan la estrecha conexión entre ambos delitos, por todos, **Carbonell Mateu, J.C.**, y **González Cussac, J.L.**, "Lecc. XV: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio" (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), pág. 303; y **Morales Prats**, "Del allanamiento...", pág. 380.

<sup>24</sup> Sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, vid. la bibliografía a que remitía en la n. 102 al cap. 4.

de allanamiento,<sup>25</sup> no puede pretenderse la consunción y deberá plantearse un concurso real de delitos.<sup>26</sup>

Por otra parte deben considerarse una serie de casos en que la escisión entre el momento de realización del derecho y el del allanamiento no resulta tan sencilla. Así, los supuestos en que la entrada en domicilio ajeno se presenta como única posibilidad para la realización de un derecho propio, esto es, los supuestos en que el allanamiento es de carácter instrumental necesario para la realización arbitraria del derecho; v.gr., el del sujeto que atraviesa violentamente la morada construida ocupando toda una franja longitudinal de la superficie del fundo sobre el que tenía servidumbre de paso. Junto a ellos, los casos en que allanamiento y actividad violenta encaminada a la realización del derecho se presentan en el caso concreto en unidad de hecho; como el del sujeto que atraviesa el fundo sirviente cruzando el salón de la casa construida contra su derecho en una parte del predio, tras forzar las puertas de las cristaleras y sin más acto de fuerza. Y finalmente aquellos en que la realización del derecho propio lograda por la fuerza consiste precisamente de algún modo en acceder a la morada ajena; como por ejemplo en el caso del arrendador que quiere desahuciar al inquilino moroso y recuperar la posesión del inmueble.<sup>27</sup> Pues bien: en todos estos casos la solución del concurso real resulta insatisfactoria, con graves riesgos de incurrir en *bis in idem*; y el recurso a las previsiones del art. 77 acaba por incrementar la pena como consecuencia de la finalidad de realizar un derecho propio, lo que equivale a

---

<sup>25</sup> No así el uso de fuerza para penetrar en la morada o domicilio (arts. 202.2 y 203.2 CP), pero cuando la entrada no resulte necesaria para la realización del derecho esa fuerza no integrará rapd, sino sólo allanamiento, por más que seguido de una reclamación o ejecución no violenta y por ende atípica en tanto no persista en sus efectos el empleo de fuerza. En este último caso, la solución es por el contrario un concurso de delitos (como plantea Colás Turégano, *El delito...*, pág. 162).

<sup>26</sup> Necesariamente concurso real, puesto que parto del supuesto en que no hay unidad de hecho ni carácter necesario del medio empleado: no cabe acudir al art. 77 del CP. Castiga ambas infracciones en concurso real, sin plantearse otras posibilidades, la SAP de Madrid de 26-VI-1998 (AA3183).

afirmar que es más grave penetrar en morada ajena para realizar un derecho que hacerlo con cualquier finalidad no tutelada por el ordenamiento. Pero es que antes de plantear el concurso de delitos es preciso descartar el concurso de normas; y a mi juicio estos supuestos se resuelven precisamente por esta vía, atendiendo como criterio decisorio al elemento prevalente: en la medida en que la realización del derecho consistiera en o requiriera absolutamente el allanamiento, estaremos ante un delito del art. 455 del CP, quedando desplazado el castigo por aquel título en atención al elemento subjetivo que guiaba al autor. Cuando se tratara de un medio no necesario, y la violencia resulte indisociable del allanamiento, se castigará tan sólo el delito contra la intimidad; la finalidad del agente podrá ser tomada en cuenta por el tribunal al concretar discrecionalmente la pena, pero no alcanza a alterar esencialmente el atentado contra un bien jurídico inconexo con el derecho alegado y que no era necesario lesionar a los efectos perseguidos.

#### 9.D.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.

El amplio título decimotercero del código recoge entre sus previsiones numerosos delitos cuya relación con el que nos ocupa resulta importante precisar. Esto resulta evidente en aquellos tipos que requieren, siquiera en ocasiones eventual y no necesariamente, empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas: se atiende aquí a hechos que podrían intentar calificarse de acuerdo con el art. 455 del CP, y es importante aclarar hasta qué punto es posible hacerlo. Pero también respecto de otros delitos que no implican recurso alguno a la fuerza, y

---

<sup>27</sup> Este último caso había sido planteado ya supra, 4.B.IV.b; es generalmente aceptada la tipicidad de acuerdo con la actual redacción del delito de rapd del desahucio violento, como señalaba allí, n. 101.



sin embargo resultan más gravemente penados que el de realización arbitraria del propio derecho, es preciso sentar algunas aclaraciones y precisar el ámbito de aplicación de éste y aquéllos: y ha de encontrarse un elemento distintivo más allá del recurso a la fuerza, si no se quiere llegar a la absurda conclusión de que recurrir a la fuerza puede convertirse en elemento de minoración de la respuesta penal a un acto.

Pero, por encima de esta cuestión, un elemento diferencial de singular importancia permite escindir los delitos en cuestión en dos grandes grupos: aquellos que requieren expresamente ánimo de lucro, y aquellos cuya formulación legal no incorpora este elemento. Las importantes diferencias entre ambos conjuntos, para empezar en cuanto respecta al criterio que resuelve el problema concursal, aconsejan acoger este criterio para dividir en dos epígrafes el presente apartado.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> El criterio ha de ser necesariamente distinto para quienes entienden que ánimo de lucro y ánimo de realizar un derecho propio son género y especie (BAJO FERNÁNDEZ) o no resultan incompatibles (DE LA MATA BARRANCO)(vid. supra 2.B.II.c y 5.A.II.b.3); resolviéndose para estos autores por vía de negación de la afectación de la propiedad en cuanto bien jurídico-penal en determinados supuestos, precisamente aquellos en que el recurso a la fuerza se tipifica como *rapd* (vid. v.gr. De la Mata Barranco, *La rapd*, págs. 70 s. y 92). Recapitula estas posturas, asumiendo cumulativamente el criterio de falta de afectación de la propiedad y el de incompatibilidad entre el ánimo de lucro y el de hacerse pago, Colás Turégano, *El delito...*, págs. 147-162 (quien por cierto señala además, n. 2 en pág. 28, la subsidiariedad como regla para resolver el conflicto de normas; pero de aceptarse los otros argumentos de la autora no queda ya a mi juicio espacio para aplicar esta regla).

Sin embargo, estas construcciones resultan incompatibles con la posición aquí adoptada respecto del elemento subjetivo del tipo (supra, cap. 5), porque aceptando su concurrencia y con ella el encuadre típico aun cuando el derecho no exista en modo alguno, en tanto el sujeto así lo crea, no será posible negar en todo caso que se afecte la propiedad. Desde este punto de partida, si no quiere aceptarse bien la incompatibilidad entre elementos subjetivos (infra, I), bien la relación de subsidiariedad tácita (infra, II), los mismos resultados aquí propuestos podrían alcanzarse negando el dolo de afectación de la propiedad (siempre, claro está, que se postule que en los supuestos de existencia del derecho ésta no se ve perturbada de modo penalmente relevante). Demostrar o rechazar esto último exige un estudio que, tal como aquí se entiende, escapa del ámbito correspondiente al estudio del delito de *rapd*; obviaré, pues, la cuestión, que a mi juicio corresponde a la disciplina de los delitos patrimoniales, contentándome con plantear esta vía alternativa y remitir a las obras de BAJO y DE LA MATA.

### 9.D.I.- Delitos que requieren ánimo de lucro.

De la caracterización del ánimo de lucro y el deslinde entre éste y el de realizar un derecho propio me he ocupado ya con algún detenimiento en la sede correspondiente.<sup>29</sup> Baste aquí con subrayar que existe una incompatibilidad conceptual entre ambos elementos subjetivos, de forma que afirmar la presencia de uno es negar la del otro y viceversa.<sup>30</sup>

Así, la distinción entre los supuestos a calificar como realización arbitraria del propio derecho y los correspondientes a delitos violentos con ánimo de lucro (los robos de los arts. 237 a 242 del CP; y la extorsión del art. 243) se cifra precisamente en el elemento subjetivo: aun cuando todos los demás extremos del hecho resulten idénticos,<sup>31</sup> la finalidad de lucro sin título o de conseguir algo a lo que se cree tener derecho permiten distinguir netamente ambos grupos de casos.<sup>32</sup>

Pero la incompatibilidad entre el ánimo de lucro y el de realizar un derecho propio tiene asimismo consecuencias respecto de todos los delitos no violentos que requieren ánimo de lucro. En efecto, si la finalidad de realizar un derecho propio resulta esencialmente incompatible con la correspondiente a estos delitos, es preciso concluir que el sujeto que pretende, aun actuando fuera de las vías legales, realizar un derecho que cree corresponderle, no puede integrar infracciones de esta naturaleza. Aun cuando en su actuación dé lugar a hechos que objetivamente serían susceptibles de ser calificados como tales, faltará siempre el elemento subjetivo necesario para que concurra el tipo; afirmación que vale para el delito de hurto de los arts. 234 y 235 del CP, como también para la estafa de los arts. 248 y 250, el delito contra la propiedad intelectual de los arts. 270 y 271, y el delito societario del art. 291 del código. A diferencia de los

---

<sup>29</sup> Supra, 5.A.II.b.3.

<sup>30</sup> Es doctrina mayoritaria, con matices diversos; vid. por todos **González Rus**, "Delitos...", pág. 491, con argumentos sistemáticos.

<sup>31</sup> Lo que es perfectamente posible, como subrayan en cuanto al robo **Beneytez Merino**, págs. 4253 y 4256; y la SAP de Barcelona de 28-IV-2000 (AA968); o, en cuanto a la extorsión, la STS de 23-I-1998 (A84).

supuestos que estudiaba en el párrafo anterior, aquí no será posible castigar los hechos como delito de realización arbitraria del propio derecho, por cuanto no se ha producido el recurso a la fuerza esencial a este delito (vid. supra cap. 7): sencillamente, han de quedar impunes, constituyendo meros ilícitos civiles.<sup>33</sup> Si esta impunidad es o no deseable es una cuestión político-criminal atendible,<sup>34</sup> pero en ningún modo permite obviar que, tanto por vía del delito contra la administración de justicia como por vía de los delitos patrimoniales, faltan elementos esenciales a los tipos correspondientes y no es posible su aplicación. En todo caso, el principio de proporcionalidad impone que no pueda castigarse el hecho no violento con igual o mayor severidad que el violento, y eso es precisamente lo que sucedería si pretendiéramos llevar estos supuestos a uno u otro grupo de delitos. Sólo la previsión legislativa de un delito de realización arbitraria clandestina o fraudulenta de derechos, castigado con pena menor de la del vigente art. 455, permitiría una respuesta penal proporcionada; si un precepto de este orden sería o no deseable es una cuestión *de lege ferenda* y discutible:<sup>35</sup> *de lege lata* la conducta debe quedar impune.

#### **9.D.II.- Delitos que no requieren ánimo de lucro.**

Si el ánimo de lucro proporcionaba, respecto de los delitos a los que me refería en el anterior epígrafe, un criterio diferencial claro para resolver el concurso de normas con la realización arbitraria del propio derecho, la cuestión

---

<sup>32</sup> En cuanto a los posibles supuestos intermedios configurados sobre la toma de más de lo debido, vid. la solución propuesta supra, 5.A.II.b.3.

<sup>33</sup> En esta línea me he pronunciado ya supra, 7.A.II.a.

<sup>34</sup> Especialmente si se tiene en cuenta que la posibilidad de compensación puede frustrar absolutamente cualquier reclamación civil, consolidando al agente en el logro de lo arbitrariamente obtenido, como señalaba también en n. 35 al cap. 7.

<sup>35</sup> En favor su contaría con el incremento de seguridad jurídica que supone vetar la realización clandestina o fraudulenta de derechos; en contra, con la peligrosa cercanía al ámbito de las infracciones de bagatela y la elevada probabilidad de obligar al juez penal a entrar a resolver cuestiones civiles complejas en que se entrecruzan derechos y compensaciones varias. Vid. además las consideraciones críticas desarrolladas supra, 3.C.III, respecto de estos modelos de rapd.

ha de plantearse necesariamente en otros términos respecto del abultado número de infracciones patrimoniales que no requieren expresamente este elemento subjetivo.<sup>36</sup> Sin embargo, en la medida en que algunos de estos delitos implican un recurso a la fuerza, y éste puede haberse destinado finalmente a la realización de un derecho, es preciso sentar un criterio que resuelva la cuestión.

Los delitos de daños de los arts. 263 y siguientes, por su parte, resuelven el problema en cuanto a ellos afecta al prever la definición residual del art. 263 una cláusula de subsidiariedad expresa. Si es posible calificar el hecho como realización arbitraria del propio derecho, el tipo de recogida de los delitos patrimoniales no ejercerá su función, y el conflicto de normas queda salvado por la regla segunda del artículo octavo del código.<sup>37</sup>

La usurpación violenta o intimidatoria del art. 245.1 del CP no prevé una cláusula semejante.<sup>38</sup> Sin embargo, a mi juicio la solución ha de ser la misma, entendiendo ahora que la subsidiariedad resulta ‘tácitamente deducible’ de la

---

<sup>36</sup> Salvo, claro está, que se concluya que sí lo requieren efectivamente; lo cual es probablemente posible respecto de varias de ellas (así por ejemplo, respecto del hurto de posesión y la usurpación, **Vives Antón, T.S., y González Cussac, J.L.**, “Delitos contra el patrimonio III” (*Derecho penal PE* (3ª ed., 1999)), pág. 385; y “Delitos contra el patrimonio VI” (*ibidem*), pág. 434), pero a mi juicio no para todas. En cualquier caso, no pretendo plantear aquí una cuestión que excede con creces del marco de este trabajo: obviaré cualquier consideración al respecto, tratanto conjuntamente todos los preceptos que no hacen referencia expresa al ánimo de lucro; si se concluye respecto de alguno de ellos la necesidad de este elemento subjetivo, basta con trasladar a su ámbito las soluciones propuestas en el epígrafe anterior.

<sup>37</sup> Contra, para **Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 173, si en la rapd se producen ‘daños de consideración el concurso de leyes dará paso al de delitos’. Criterio que en principio no comparto: a mi juicio, en tanto los daños entren en la fuerza típica del art. 455, jugará la cláusula de subsidiariedad expresa del art. 263 del CP; cuestión distinta es que la magnitud de los daños resulte excesiva o desproporcionada, en cuyo caso no puede quedar cubierta por el elemento subjetivo del tipo y estaremos ante un único delito de daños o (ahora sí) ante un concurso de delitos.

<sup>38</sup> Como tampoco la no violenta del 245.2, en la que sin embargo puede darse cabida a supuestos de fuerza en las cosas. En esta línea creo que yerra **Beneytez Merino**, pág. 4253, al señalar falta de coordinación entre rapd y usurpación, afirmando: ‘No tiene sentido que la ocupación de un inmueble ajeno, empleando fuerza en las cosas, no sea punible y, en cambio, sea punible la ocupación de un inmueble propio, empleando fuerza en las cosas, cuando el inmueble esté arrendado, por ejemplo, y el arrendatario se haya ausentado sin pagar la renta.’

ley:<sup>39</sup> si la finalidad de realizar un derecho propio supone con carácter general una minoración del contenido de injusto del hecho que en defecto de esta finalidad sería punible por otro título, es preciso entender que cuando dicha finalidad concorra el art. 455 desplazará la aplicación del otro precepto en cuestión, so pena de acabar por dejar sin contenido el delito contra la administración de justicia.<sup>40</sup>

En suma: los delitos patrimoniales violentos o intimidatorios, en cuanto no requieran ánimo de lucro, deberán en principio resolver el concurso con el de realización arbitraria del propio derecho partiendo de la base de que la sistemática del código impone tácitamente un carácter subsidiario a los primeros.<sup>41</sup>

Pero, a su vez, los delitos patrimoniales y socioeconómicos no violentos que no requieren ánimo de lucro plantean los mismos problemas de proporcionalidad que en el epígrafe anterior señalaba respecto de la posibilidad de castigar como delitos patrimoniales o por vía del art. 455 del CP las realizaciones arbitrarias de derechos no violentas: aplicarlos es castigar igual o más duramente a quien no emplea violencia que al que lo hace.<sup>42</sup> Para

---

<sup>39</sup> El mismo resultado, sin aclarar las razones de su conclusión, alcanza **Martín Canivel**, pág. 140.

<sup>40</sup> Valga también aquí la argumentación señalada respecto de amenazas y coacciones supra, B.II, n. 15.

<sup>41</sup> Esta misma solución extendía con el CP anterior a todos los delitos contra la propiedad, requirieran o no ánimo de lucro, partiendo de que el ánimo de hacerse pago nunca desplaza a éste, **Rodríguez Montañés**, pág. 245 s. (vid. págs. 241 ss.).

<sup>42</sup> Este razonamiento penológico alcanza, además de a los citados seguidamente en el texto y en la n. siguiente, al delito de apropiación indebida del art. 252, a los delitos relativos a la propiedad industrial de los arts. 273 ss., a los delitos relativos al secreto de empresa de los arts. 278, 279 y 280 (no así, por resultar el atentado contra la intimidad irreconducible a la finalidad de realización de un derecho propio, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197, 199 y 200), a los delitos societarios de los arts. 290, 292 y 295, y a la receptación de los arts. 298 y 301 del CP (pero no a la del art. 299, que requiere una nota de habitualidad difícilmente compatible con la idea de realización puntual de un derecho); y puede extenderse, con todos los matices que los respectivos límites mínimos y máximos de las respectivas multas imponen, al hurto de cosa propia del art. 236, a la alteración de términos o lindes del art. 246, y a las defraudaciones de los arts. 255 y 256. No sucede lo mismo con la distracción del curso de aguas del art. 247, ni con la apropiación indebida del 254; sin embargo, dejar impunes los

evidenciarlo con un ejemplo valga el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas del art. 262, en el que la concurrencia de violencia resulta eventual al tratarse de un tipo alternativo.<sup>43</sup> Si alguien, con la finalidad de realizar un derecho propio (v.gr., para hacerse con la propiedad de la cosa debida que ha sido puesta a licitación como consecuencia de otros pleitos de su deudor), amenaza a los otros postores para que no pujen, el castigo por realización arbitraria del propio derecho no podrá exceder de multa de doce meses; si por el contrario elige una vía menos violenta y les convence de que la subasta tiene lugar en otro edificio logrando así que se ausenten, no cabe acudir al art. 455, y si castigamos por el 262 la multa será doble y se le añadirán prisión e inhabilitación. Esta construcción no tiene sentido.

A mi juicio, la salida pasa por aceptar que los delitos patrimoniales y socioeconómicos,<sup>44</sup> en tanto su supuesto de hecho sea susceptible de orientarse a la realización de un derecho propio en términos de razonable proporción, sólo podrán aplicarse cuando no quepa entender que concurre la finalidad característica del delito que es objeto de este trabajo. En suma, se ha de entender que la finalidad de realizar un derecho propio supone un salto axiológico que hace prioritaria la aplicación del art. 455 del CP,<sup>45</sup> y si el hecho, concurriendo el

---

supuestos anteriores en la línea que propongo seguidamente en el texto y castigar éstos precisamente por prever menor pena no parece tener ningún sentido.

<sup>43</sup> Como sucede también respecto de la usurpación no violenta del art. 245.2 del CP en cuanto a la fuerza en las cosas.

<sup>44</sup> Y no sólo estos; podría apuntarse la misma solución, v.gr., respecto de los delitos del título XIV, cuando se pretenda realizar un derecho contra el fisco o la Seguridad Social. Por supuesto, sólo en tanto pueda afirmarse la finalidad de realizar un derecho propio y además el delito no violento en cuestión no suponga una afectación de bienes jurídicos inconexos que no puedan entenderse finalmente orientados en este sentido dentro de un marco de razonable proporcionalidad; así sucedería, a mi juicio, v.gr., en el supuesto de que el agente incurra en un delito de falsedad del título XVIII del código, por más que sea con carácter instrumental, en tanto pueda tener efecto respecto de terceros.

<sup>45</sup> En esta línea, con el CP anterior, Rodríguez Montañés, pág. 245.

elemento subjetivo del tipo,<sup>46</sup> no presenta el recurso a la fuerza que éste reclama, debe entenderse atípico.<sup>47</sup>

### **9.E.- OTROS DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.**

Del nutrido abanico de preceptos del libro segundo que pueden plantear en supuestos concretos una problemática concursal con el delito que nos ocupa, algunos han merecido en las líneas precedentes la atención de un epígrafe separado y otros han visto reducido el espacio a ellos dedicado a una mera referencia en nota al pie. La amplitud del art. 455, que presenta problemas de deslinde con todos los delitos que requieren violencia, intimidación o fuerza en las cosas, y además obliga desde el punto de vista sistemático, dado lo reducido de la pena a imponer, a coordinar esta figura con los demás delitos no violentos, obliga a renunciar a toda pretensión de exhaustividad. Sin embargo, no quisiera concluir el presente capítulo sin apuntar siquiera respecto de ciertos tipos algunos extremos que me parecen especialmente importantes.

#### ***9.E.I.- Delitos de incendio.***

Es posible que el agente, con la finalidad de realizar su derecho, se sirva del fuego. Y, en este caso, es preciso decidir si el castigo procedente es el previsto en el art. 455 del CP, en los delitos de incendios,<sup>48</sup> o un concurso de delitos de una y otra naturaleza.

---

<sup>46</sup> Finalidad de realizar un derecho propio que puede resultar incompatible con el dolo referido a algunos delitos, como la sustracción de cosa propia a su utilidad social y cultural del art. 289 del CP.

<sup>47</sup> Con todos los problemas que respecto de la vía civil señalaba en el epígrafe anterior, y las mismas cuestiones político-criminales en cuanto a la posible conveniencia de tipificar la rapta clandestina o violenta.

<sup>48</sup> Cap. II del tit. XVII del CP, en distintas modalidades.

Comenzando por esta última posibilidad, un argumento ya reiterado en este capítulo obliga a rechazarla: castigar por incendio doloso y por realización arbitraria del propio derecho un mismo hecho sería afirmar que es más grave incendiar para realizar un derecho que hacerlo sin motivo alguno o para realizar una injusticia. Lo que no parece tener ningún sentido; pero es que además, a mi juicio, no sería posible.

No lo sería, porque el delito al que se dedica este estudio exige que se empleen violencia, intimidación o fuerza en las cosas con la finalidad de realizar un derecho propio. Y a mi juicio ni en la violencia, entendida como empleo de fuerza física sobre personas, ni en la intimidación, cabe un incendio en cuanto tal.<sup>49</sup> Y, quiera o no entenderse que un incendio puede constituir fuerza en las cosas,<sup>50</sup> en todo caso lo que a mi juicio no cabe es entenderlo proporcionadamente orientado a la finalidad de realizar un derecho. Entiéndase bien, no cuestiono que el fuego pueda emplearse como instrumento para cometer el delito del art. 455 del CP; lo que afirmo es que si ese fuego alcanza el peligro que lo convierte en incendio,<sup>51</sup> no puede entenderse nunca proporcionadamente orientado a la realización de un derecho. Fuego e incendio no son lo mismo; y el fuego, que puede ser instrumento de una realización arbitraria de derechos,<sup>52</sup> cuando alcanza el carácter de incendio deja de servir como elemento típico del art. 455.

Todo ello, naturalmente, partiendo del supuesto de que no pueda reconocerse otro acto violento, intimidatorio o de fuerza que prender fuego: si pueden deslindarse dos acciones, nada impide el doble castigo; en otro caso, el incendio doloso se castiga como tal y no como realización arbitraria de derechos. Queda, naturalmente, una tercera posibilidad: que el autor se sirva del fuego

---

<sup>49</sup> Sobre estos elementos, vid. supra 7.A.II.b y c.

<sup>50</sup> En los términos en que la definía supra, 7.A.II.d; donde por cierto (n. 71) planteaba ya esta cuestión, dejándola abierta.

<sup>51</sup> Vid. Moreno Alcázar, cap. V, y esp. págs. 499-517.



como medio de fuerza en las cosas o instrumento intimidante y provoque imprudentemente un incendio. Y en este caso, a mi juicio, debemos acudir a un concurso de delitos entre los previstos en los arts. 358 y 455 del CP.

### ***9.E.II.- El delito contra el sentimiento religioso del art. 523 CP.***

El art. 523 del CP prevé entre los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos el impedimento, interrupción o perturbación de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro, realizado con violencia, amenaza, tumulto o ‘vías de hecho’, con diferente penalidad en función de que se produzca en lugar destinado al culto o en cualquier otro lugar. Se trata, en definitiva, de proteger la libertad de culto de las comunidades religiosas legalmente tuteladas, respondiendo en este punto por vía penal al imperativo del art. 16.1 de la CE, del mismo modo que respecto de la libertad de culto de los individuos lo hace el art. 522 del CP.<sup>53</sup>

Pues bien: un sujeto puede, con la finalidad de realizar un derecho propio, impedir, interrumpir o perturbar recurriendo a la fuerza actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de una confesión religiosa protegida por el art. 523. No es, ciertamente, norma general, pero tampoco resulta inconcebible; piénsese, v.gr., en el arrendador que ante el repetido impago pretende desahuciar violentamente a sus inquilinos en el único momento en que puede hallarlos en el local arrendado para ser destinado al culto: cuando penetran procesionalmente a celebrar actos de culto. No puede cuestionarse el dolo respecto de la conducta tipificada como delito en el título XXI del código, toda vez que la arrendador le consta que los arrendatarios, como comunidad religiosa, celebran actos de culto; pero tampoco cabe negar la finalidad de realizar un derecho propio, toda vez que

---

<sup>52</sup> V.gr., cuando el propietario del fundo dominante queme controladamente y sin peligro adicional la cerca que impide el ejercicio de su servidumbre de paso.

<sup>53</sup> Respecto del bien jurídico protegido en estos delitos vid. las consideraciones de Morillas Cueva, “Los delitos...”, págs. 1354-1358.

lo único que mueve al agente es lograr el desahucio que en Derecho procede, por más que sea actuando violentamente fuera de las vías legales.

Castigar por ambos delitos, cuando el acto violento sea único, sería incrementar la pena por la finalidad de realizar un derecho. A mi juicio, en estos casos, es preciso sopesar cuidadosamente las circunstancias: en tanto prevalezca la finalidad de realizar un derecho propio, el castigo correspondiente es el previsto en el art. 455 del CP; en tanto el atentado contra la libertad de culto (v.gr., al haber elegido el acreedor el momento en que ésta se afectaba, cuando hubiera podido sin especial dificultad acudir en otra ocasión o esperar al fin del culto), el art. 523 del CP. Claro está que esto último, cuando los actos se realizaran en lugar no exclusiva y específicamente destinado al culto, dará lugar a un castigo más leve del previsto en el delito contra la administración de justicia; pero el problema no es aquí tanto la articulación de la solución al problema concursal cuanto la pena prevista por el legislador en tutela de la libertad de cultos. Sólo entendiendo el texto legal de forma que la ‘violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho’ no puedan ser *per se* sino constitutivas de falta, y castigando en otro caso el delito contra la libertad individual cometido, se explica lo moderado de la pena aquí prevista; pero, de entenderse así, el problema concursal desaparece, porque el recurso a la fuerza que no encuentre asidero en un delito violento del libro segundo no basta para afirmar el de realización arbitraria del propio derecho.<sup>54</sup>

### **9.E.III.- Delitos de atentado.**

Los delitos de atentado previstos en los arts. 550 y siguientes del CP se construyen sobre la base de la resistencia o acometimiento a la autoridad, a sus agentes o a funcionarios públicos. No parece difícil, pues, reconocer en ellos un momento de fuerza; y puede acontecer que el sujeto actúe para lograr algo a lo que cree tener derecho. Sin embargo, creo que la peculiaridad del sujeto pasivo

(autoridad, agente de ésta o funcionario público, todos ellos en relación a su función en cuanto tales) permite desplazar en todo caso la aplicación del art. 455 del CP, y castigar el delito de atentado.

En estos casos no estamos ya ante una lesión del monopolio estatal en el uso de la fuerza: estamos ante una resistencia u oposición activa a la fuerza estatal. No es que se intervenga por la fuerza sin garantías, es que se agrede a los garantes del orden estatal. Esto resulta de por sí suficiente para excluir la aplicación del delito que estudiamos, pero además debe tenerse en cuenta que precisamente al oponerse a la autoridad resultará con frecuencia difícilmente verosímil que el sujeto actúe con la convicción de que aquello que pretende le corresponde en Derecho.<sup>55</sup>

Así, si el agente emplea violencia o intimidación contra la autoridad o sus agentes, deberá acudir al cap. II del tít. XXII del CP, y no al delito de realización arbitraria del propio derecho.

#### **9.E.IV.- Delitos de tenencia ilícita de armas.**

En cuanto a los delitos de tenencia ilícita de armas de los arts. 563 ss. del CP, en el capítulo anterior he afirmado ya que el empleo de un arma para la intimidación o violencia típicas en el delito de realización arbitraria del propio derecho no basta por sí para colmar las exigencias de los arts. 563 y siguientes del CP.<sup>56</sup> La idea de ‘tenencia’ exige una cierta estabilidad, siquiera tendencial en

---

<sup>54</sup> Vid. supra 7.A.II.a, b, c y d.

<sup>55</sup> Téngase en cuenta que en el ámbito de la delincuencia por convicción el sujeto sabe que el ordenamiento no ampara su pretensión, por más que la crea legítima o moralmente imperativa y esté dispuesto a arrostrar las consecuencias de perseguirla incluso incurriendo en responsabilidad penal. Responde, pues, a un ámbito distinto al del delito de rapd. Sobre la compleja problemática de la ‘delincuencia por convicción’ y la ‘delincuencia por conciencia’, que escapa al objeto de este estudio, baste con remitir a las obras de **Baucells i Lladós, J.**, *La delincuencia por convicción* (2000); **Pérez del Valle, C.**, *Conciencia y Derecho penal* (1994); y **Tamarit Sumalla, J.M.**, *La libertad ideológica en el Derecho penal* (1989); todos ellos con profusas referencias bibliográficas.

<sup>56</sup> Vid. supra 8.C.III.

el ánimo del sujeto,<sup>57</sup> que se aviene mal con el empleo puntual que no sea continuación de un estado anterior ni se prolongue tendencialmente hacia el futuro.

Esto no es óbice, naturalmente, para que puedan estimarse ambos delitos si el supuesto de hecho demuestra la realización arbitraria, por una parte, y la tenencia, por otra; lo que no puede pretenderse es que de la mera demostración de que para la intimidación o violencia se empleó un arma se siga inmediatamente la afirmación de un delito de tenencia ilícita de armas.<sup>58</sup>

### 9.F.- FALTAS.

Al estudiar los elementos objetivos del tipo del art. 455 del CP insistí en que para integrar la violencia, intimidación o fuerza en las cosas que requiere el precepto es preciso que éstas pudieran encontrar encuadre típico, de faltar la finalidad de realizar un derecho propio, en otra sede del libro segundo del CP.<sup>59</sup> La posibilidad de elevar conductas que no exceden del ámbito de las faltas a la categoría de delito precisamente por concurrir la finalidad de realizar un derecho propio no me parece en modo alguno aceptable, y no voy a volver ahora sobre ella.

Lo que planteo aquí, y quedó ya en buena medida apuntado en los caps. 7 y 8,<sup>60</sup> es cuál debe ser la solución a seguir cuando se integra un delito de

---

<sup>57</sup> En esta línea debe entenderse, a mi juicio, la exigencia jurisprudencial y doctrinal de ‘animus possidendi’ (vid. v.gr. **García Albero, R.**, “Art. 563” (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999), pág. 1596).

<sup>58</sup> En este sentido resulta criticable la escasa argumentación de la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821), que castiga como coautores de ilícita de armas a quien aportó un revólver al hecho y a otro que lo esgrimió durante parte del evento y en cuyo domicilio fue hallado tras la detención policial, agravando la pena al primero y no al segundo por estar las marcas de fábrica del arma borradas.

<sup>59</sup> Vid. supra 7.A.II.a.

<sup>60</sup> Vid. 7.A.II.b, c y d; 8.C.I.b.2; y 8.C.II.

realización arbitraria del propio derecho y al hacerlo *además* se desarrollan conductas constitutivas de falta.

### **9.F.I.- Faltas contra las personas.**

En cuanto a faltas contra las personas respecta, nos interesan aquí las de homicidio imprudente (art. 621.2), lesiones dolosas e imprudentes (arts. 617.1 y 621.1, 3, 4 y 5), malos tratos (art. 617.2), amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves (art. 620.2º), y amenaza leve con o empleo en riña de armas u objetos peligrosos (art. 620.1º del CP). En los capítulos precedentes he tenido ocasión de pronunciarme sobre todas ellas, señalando repetidamente un mismo criterio: aquel que fuera de aplicación en la misma situación al concurso con el delito que sancionaría el uso de la fuerza ejercido de no concurrir la finalidad de realizar un derecho propio.

En lo que a las infracciones de lesión respecta, ha de rechazarse la posibilidad de integrar en la realización arbitraria del propio derecho una actuación intencionadamente encaminada a lesionar; pero nada obsta a que de una actuación violenta dirigida a realizar un derecho propio puedan seguirse consecuencias lesivas imputables a título de imprudencia o de dolo eventual derivado del dolo directo de peligro inherente al actuar violento.<sup>61</sup> Y estas consecuencias pueden merecer la calificación de faltas, bien en forma de homicidio imprudente, bien como lesiones dolosas o imprudentes. Pues bien, a mi juicio, si esto sucede la solución será en todo caso la que hubiera correspondido al delito violento que recogería la conducta de faltar la finalidad de realizar un derecho propio.<sup>62</sup> Solución que en cuanto al homicidio por imprudencia leve se refiere generalmente se traducirá en un concurso de delitos; en lo que afecta a las lesiones, las soluciones pueden ser más dispares, sobre todo

---

<sup>61</sup> En la línea que señalaba supra, cap. 8, n. 74 y 76.

<sup>62</sup> Como indiqué ya antes, 7.A.II.b y 8.C.II. Apunta **González Rus**, "Delitos...", pág. 492, la solución del concurso ideal para estos casos.

atendiendo a la entidad de la lesión y la posibilidad de escindirla del hecho violento que se castiga como delito.<sup>63</sup>

Las faltas de malos tratos, amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves, por su parte, responden a conductas que yendo en la línea de las previsiones del art. 455 del CP no resultan sin embargo por sí mismas de suficiente entidad para afirmar un delito de realización arbitraria del propio derecho. Cuando se presenten por sí solas, aun desarrolladas con la finalidad de realizar un derecho propio, se castigará la falta como tal (a falta de previsión normativa que modere expresamente la consecuencia jurídica), sin perjuicio de la posibilidad de moderar la pena dentro del marco punitivo correspondiente en atención a la finalidad que guiaba al sujeto.<sup>64</sup> Pero, y este es el caso que aquí nos interesa, cuando aparezcan conductas tipificables como falta en el curso de la actuación violenta, intimidatoria o de fuerza en las cosas que merece propiamente la calificación de delito de realización arbitraria del propio derecho, la solución será la que habría correspondido al delito violento que permita calificar el hecho como recurso típico a la fuerza de acuerdo con el libro segundo del código.<sup>65</sup> Lo que en principio se resolverá en consunción allí donde las infracciones en cuestión sean de la misma naturaleza (delito violento y falta violenta, delito intimidatorio y falta intimidatoria...),<sup>66</sup> en tanto no se presenten claramente escindidos en el relato fáctico; dando lugar cuando no sea así y la neta distinción entre una y otra o la entidad de la conducta reconducida a falta lo aconsejen a un concurso de infracciones.

---

<sup>63</sup> Concluye por acudir al concurso ideal entre rapd y falta de lesiones, tras una argumentación no excesivamente clara, la SAP de Barcelona de 28-IV-2000 (AA968).

<sup>64</sup> Supra, 7.A.II.a. En esta línea la SAP de Toledo de 5-II-2001 (AA33), que castiga por falta de coacciones, a mi juicio acertadamente en cuanto al razonamiento... salvo que lamentablemente lo hace allí donde no hay violencia ninguna (ni de mayor, ni de menor entidad; la espiritualización de la violencia que postula la sentencia me parece inaceptable), sino sólo retención condicional de géneros entregados previamente para reelaboración y que los agentes se niegan a devolver hasta que se les satisfaga una deuda.

<sup>65</sup> Ya así supra, 7.A.II.b y c.

<sup>66</sup> Señalan en general la consunción como criterio respecto de estas faltas Colás Turégano, *El delito...*, pág. 173; y González Rus, "Delitos...", pág. 492.

Finalmente, en cuanto a la amenaza leve con armas u objetos peligrosos, la solución es la que proponía en el capítulo anterior (supra, 8.C.I.b.2) por las razones allí expuestas: en tanto el recurso a la fuerza constitutivo de delito y la amenaza con armas se presenten en unidad de hecho, la cláusula de subsidiariedad expresa del 620.1º impone castigar sólo por delito; cuando aparezcan escindidas, puede plantearse un concurso de infracciones.

### ***9.F.II.- Faltas contra el patrimonio.***

El libro tercero del código incorpora bajo esta rúbrica una serie de infracciones que por regla general no son sino trasuntos menores de las previsiones del título XIII del libro segundo. Así, las soluciones correspondientes serán, en principio, las mismas que señalaba para sus correlatos (supra, D); si bien es preciso tener en cuenta que aquí no puede mantenerse el criterio de subsidiariedad sobre el argumento de que de no acogerse éste se vaciaría de contenido el art. 455, toda vez que el recurso a la fuerza que sólo puede calificarse como falta en ningún caso iba a poder castigarse como delito de realización arbitraria de derechos.

De cualquier manera, en tanto la infracción requiera ánimo de lucro, ha de entenderse necesariamente que la concurrencia de la finalidad de realizar un derecho propio resulta radicalmente incompatible con éste, de forma que no será posible aplicar la falta; cuando no haya recurso a la fuerza o éste no sea de entidad suficiente para encontrar acogida en el libro segundo del código, el hecho quedará impune. Siempre, claro está, que la finalidad de realizar un derecho propio se extienda a los hechos cuya calificación como falta se plantea; si la falta patrimonial aparece como añadido a la actividad desarrollada con esta finalidad, y fuera del marco de la realización del derecho, nada impide estudiar la concurrencia del ánimo de lucro y alcanzar una solución de concurso de infracciones.

Si, por el contrario, se trata de infracciones que no precisan de ánimo de lucro (como v.gr. los daños del art. 625), aun cuando el problema no pueda plantearse en los mismos términos que en sede de delitos patrimoniales violentos sin ánimo de lucro (supra, D.II), las conclusiones han de ser parecidas. Porque el argumento que en todo caso persiste es el de proporcionalidad: si los delitos patrimoniales no violentos sin ánimo de lucro han de quedar impunes, no tiene ningún sentido castigar las faltas patrimoniales no violentas. Sólo respecto de las faltas patrimoniales que no requieran ánimo de lucro e impliquen un recurso a la fuerza<sup>67</sup> puede plantearse el castigo, en los mismos términos en que se planteaba respecto de las faltas contra las personas.

### ***9.F.III.- Faltas contra el orden público.***

Por último, en cuanto respecta a las faltas contra el orden público, conviene siquiera hacer unas brevísimas consideraciones, en propiedad remisiones a lo ya argumentado, relativas a las previsiones de los arts. 634 y 635 del CP.

Comenzando por esta última, que es en definitiva una modalidad no violenta de la conducta tipificada en el art. 203, a mi juicio pueden hacerse extensivas las consideraciones que respecto del delito realizaba en su lugar (supra, C.II). En cuanto a la primera, que no es en propiedad sino una especie menor de atentado a la autoridad, procede aplicar los mismos criterios señalados para estas infracciones (supra, E.III).<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Esto es, la de daños del art. 625, y (si se defiende que no requiere ánimo de lucro; contra esta posibilidad, en sede del correspondiente delito, y con expresa referencia a la atipicidad de la sustracción por el acreedor para uso con la finalidad de hacerse pago del vehículo del deudor, **Vives Antón y González Cussac**, “VI”, pág. 425) la del 623.3 con fuerza en las cosas.

<sup>68</sup> La estimación cumulativa del delito de rapd y de una falta de desobediencia al resistirse el autor a la detención que plantea la SAP de Murcia de 14-III-2000 (AA821) no me parece incorrecta; pero téngase en cuenta en todo caso que se están sancionando dos hechos distintos.





## Capítulo 10

### Otras cuestiones.

*A.- IMPUTABILIDAD Y EXIGIBILIDAD. I.- Inimputabilidad. II.- Causas de inexigibilidad. II.a.- Estado de necesidad excusante. II.b.- Miedo insuperable. B.- PERSEGUIBILIDAD. C.- PENALIDAD. I.- La pena a imponer. II.- Circunstancias modificativas. II.a.- Eximentes incompletas y atenuantes analógicas con éstas. II.b.- Otras atenuantes. II.c.- Circunstancias agravantes. II.d.- La circunstancia mixta de parentesco. D.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS. I.- Responsabilidad civil derivada del delito. II.- Consecuencias accesorias.*

No debe ponerse punto final a este estudio sin antes plantear algunas cuestiones de importancia que quedan todavía en el tintero. El presente capítulo se destina a abordar estos temas.

Pretendo, pues, dedicar un primer apartado a cuestiones de imputabilidad y exigibilidad, comprobando la posible aplicación a este delito de las diferentes causas de inimputabilidad e inexigibilidad previstas en el código.

Un segundo y brevísimo apartado se destina a realizar algunas consideraciones sobre la posible conveniencia de someter estos delitos al régimen de persecución privada, semiprivada o semipública.<sup>1</sup>

Se aborda seguidamente un tercer apartado dedicado a la penalidad asignada a la realización arbitraria de derechos del art. 455 del CP. Se dedica aquí un primer epígrafe a desarrollar algunas consideraciones generales en torno a la pena de multa como sanción penal, para abordar inmediatamente en un segundo número la aplicabilidad de las distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal previstas en los arts. 21 a 23 del CP.

Finalmente, se desarrollan algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada del delito de realización arbitraria del propio

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de delito privado, semiprivado, semipúblico y cuasipúblico, **Alonso Rimo, A.**, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido* (2002), págs. 197-200.

derecho, y unos brevísimos apuntes sobre la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias en los supuestos de comisión de este delito.

Se trata en suma, y como resulta evidente, de recoger algunos temas pendientes que corresponden en sentido estricto a sedes sistemáticas dispares, sobre los que conviene hacer algunas precisiones pero que no van a ser objeto de especial desarrollo.

### **10.A.- IMPUTABILIDAD Y EXIGIBILIDAD.**

En cuanto a cuestiones de imputación subjetiva se refiere, hasta el momento me he limitado a constatar la evidencia de que estamos ante una infracción dolosa que no admite título de imputación imprudente<sup>2</sup> y a estudiar diferentes supuestos de error.<sup>3</sup> Queda por plantear la aplicabilidad de las diferentes causas de inimputabilidad e inexigibilidad legalmente previstas al delito de realización arbitraria del propio derecho; el primer epígrafe del presente apartado se destina a este fin.

El sujeto que actuando fuera de las vías legales, para realizar un derecho propio, emplea violencia, intimidación o fuerza en las cosas, puede ser inimputable o actuar en circunstancias que no hagan exigible una conducta diferente. Sin embargo, conviene repasar una por una las diferentes causas legales de inimputabilidad e inexigibilidad y verificar su compatibilidad con los requisitos típicos del art. 455 del CP.

#### ***10.A.I.- Inimputabilidad.***

La imputabilidad del sujeto, su capacidad de comprender la ilicitud de su actuación y de actuar conforme a esta comprensión, puede verse excluida por

---

<sup>2</sup> Supra, 5.C.pr.

<sup>3</sup> Vid. supra 5.C, 6.C y 7.D.

padecer anomalías o alteraciones psíquicas (art. 20.1º del CP), por intoxicación o síndrome de abstinencia (art. 20.2º del CP), o por alteraciones en la percepción (art. 20.3º del CP).<sup>4</sup>

En línea de principio, ninguna de esas eximentes resulta radicalmente incompatible con la realización arbitraria de derechos; sin embargo, el elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 455 del CP impone ciertas precauciones. Para poder afirmar la presencia de un delito de realización arbitraria del propio

---

<sup>4</sup> Si el régimen de la menor edad penal de los sometidos a la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es consecuencia de una presunción *juris et de jure* de inimputabilidad, si los ‘escalones’ de responsabilidad son una gradación de imputabilidad, si estamos ante una exclusión del ámbito subjetivo de aplicación de la ley basada en razones político-criminales ajenas a la posibilidad de imputar subjetivamente el hecho o si estamos ante una combinación de diversos factores es cuestión que escapa al objeto de este estudio y en la que no voy a entrar (vid. al respecto, con ulteriores referencias bibliográficas, **Cuello Contreras, J.**, *El nuevo Derecho penal de menores* (2000), pág. 51; **De la Cuesta Arzamendi, J.L.**, “Imputabilidad y nuevo CP” (*LH-Torio López* (1999)), pág. 304; **González Zorrilla, C.**, “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad” (*DJ* 1983-I, págs. 161-181); **Matallín Evangelio, A.**, “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la LO 5/2000” (*EPC* 1999-2000, págs. 55-102); y **Sánchez García de Paz, M.I.**, *Minoría de edad y derecho penal juvenil* (1998), *passim*). En cuanto aquí interesa, baste señalar que los menores pueden integrar el delito que nos ocupa, y que no podrán imponérseles por ello medidas privativas de libertad salvo que la infracción concorra con otras conminadas con privación de libertad.

Ciertamente el art. 8 de la LO 5/2000 no prevé expresamente el supuesto de que el CP no castigue con pena privativa de libertad; pero a mi juicio la única solución coherente con su tenor es ésta. De todas formas, aun cuando no quisiera interpretarse en este sentido el precepto será preciso concluir que nunca puede imponerse una medida más gravosa de la que podría imponerse a un adulto por el mismo hecho: así se sigue tanto de la normativa internacional (Resolución 40/33, de 29-XI-1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), art. 17.1.a: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”) como con especial contundencia de la jurisprudencia del TC (STC 36/1991, de 14-II (B.O.E. de 18-III), f.j. 7º: las medidas a imponer a menores han de sujetarse a principios “implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”; asume y aplica nuevamente esta doctrina del Pleno la Sala Primera en la STC 61/1998, de 17-III (B.O.E. de 22-IV)). Pese a que el desafortunado circunloquio que emplea la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 al rechazar la finalidad retributiva, ‘como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción’, haya inducido a algún autor a creer que se rechaza expresamente el principio de proporcionalidad (**Dolz Lago, M.-J.**, *La nueva responsabilidad penal del menor* (2000), págs. 36 s., aludiendo confusa e indistintamente a principios y fines; a quien sigue en este punto **Matallín Evangelio**, “La capacidad...”, pág. 84), no puede entenderse en este sentido.

derecho el sujeto ha de obrar con la finalidad de realizar un derecho propio actuando fuera de las vías legales. Si el trastorno que haría aplicable la eximente es de entidad tal que no permite entender que el sujeto presenta la finalidad típica, la exención de responsabilidad deberá predicarse no del delito que nos ocupa, que no podrá afirmarse por faltar un requisito típico esencial, sino respecto del delito ordinario correspondiente al ilegítimo empleo de fuerza correspondiente; sin perjuicio, naturalmente, de que la consecuencia última sea la imposibilidad de imponer pena.

En suma: sólo cuando quepa afirmar que el sujeto actúa con la finalidad de realizar un derecho propio, y sin embargo no es capaz de comprender la ilicitud de su actuación o de ajustar su conducta a esta comprensión, estaremos ante un delito de realización arbitraria del propio derecho al que será aplicable una eximente por razones de inimputabilidad del autor. En este caso, no puede aplicarse pena, y en cuanto a la responsabilidad civil derivada del hecho se aplicarán las previsiones del art. 118.1.1ª y 2.ª del CP.<sup>5</sup>

#### ***10.A.II.- Causas de inexigibilidad.***

Dos son las situaciones legalmente previstas que podrían dar lugar a la integración del tipo de realización arbitraria del propio derecho en circunstancias en que no sería exigible al autor comportarse de otra manera: el estado de necesidad excusante y el miedo insuperable. Las abordo por separado.

##### ***10.A.II.a.- El estado de necesidad excusante.***

En el capítulo primero me pronuncié, con la doctrina dominante, en favor del entendimiento del estado de necesidad como eximente que puede desempeñar, según los casos, la función de causa de justificación o de causa de inexigibilidad; y en el capítulo sexto afirmé la posibilidad de aplicarla como

---

<sup>5</sup> La aplicación de medidas de seguridad (Tít. IV del libro primero del CP, para adultos; para menores de 18 años, el art. 5.2 de la LO 5/2000 prevé la aplicabilidad de medidas terapéuticas) requeriría una previa demostración de peligrosidad que no parece evidente en quien comete un delito de rapd.

causa de justificación al delito de realización arbitraria del propio derecho.<sup>6</sup> Aceptada esta última posibilidad, nada obsta a mi juicio en línea de principio a la posibilidad de aplicar a este delito la eximente en cuanto causa de inexigibilidad.

Quien en situación de necesidad recurre a la fuerza para realizar un derecho propio, produciendo con ello un mal de la misma entidad que el que intentaba evitar,<sup>7</sup> cuenta en su contra con la previa distribución de bienes realizada por el ordenamiento, que impide justificar el hecho. Pero el art. 20.5º del CP cubre estos supuestos, en tanto se den sus requisitos; no ya como hechos justificados, pero sí al menos en cuanto supuestos de inexigibilidad de una conducta distinta.

#### *10.A.II.b.- El miedo insuperable.*

En cuanto al miedo insuperable, pueden hacerse extensivas, con los correspondientes matices, las afirmaciones que respecto de las causas de inimputabilidad hacía más arriba (supra, I). En línea de principio no resulta incompatible con el delito de realización arbitraria del propio derecho, siempre que su concurrencia no se resuelva en negación del elemento subjetivo del tipo que el art. 455 del CP requiere.

Se quiera cargar tintas en el ‘miedo’ en cuanto sensación subjetiva o en la ‘insuperabilidad’ en cuanto condición objetiva, la compatibilidad del miedo insuperable con el delito que nos ocupa viene acotada por el margen de coexistencia posible entre la situación de inexigibilidad propia de esta eximente y la pervivencia del elemento subjetivo correspondiente al delito que estudiamos.<sup>8</sup> En el momento en que la primera desplace al segundo, sin perjuicio de seguir eximiendo de responsabilidad penal por miedo insuperable, nos moveremos

---

<sup>6</sup> Supra, 1.A.III.b y 6.B.I.

<sup>7</sup> Por poner un ejemplo de laboratorio, valga el del naufragio que, tras el naufragio a una considerable distancia de la costa y antes de avistar el barco que los rescata a ambos, arrebatada por la fuerza a su deudor el salvavidas que había comprado y pagado la víspera, y que sin embargo había quedado en depósito en posesión del transmitente, que ahora se negaba a entregarlo.

necesariamente en el marco de otro delito: aquel destinado a reprimir el correspondiente recurso a la fuerza cuando no concurre la finalidad de realizar un derecho propio.

### **10.B.- PERSEGUIBILIDAD.**

El delito que nos ocupa es en nuestro ordenamiento perseguible de oficio. Sin embargo, entre los diferentes modelos de Derecho comparado son varios los que exigen un impulso de parte para la persecución del delito correlativo.<sup>9</sup> Y no ha faltado entre nosotros alguna propuesta que apunta en la línea de ‘someter la persecución de estos delitos al menos al régimen de denuncia previa, salvo que los hechos afecten a los intereses generales, de modo similar a la legislación italiana.’<sup>10</sup>

La cuestión, pues, es si sería o no deseable *de lege ferenda* limitar la persecución de este delito a los supuestos en que sea de alguna forma impulsada por el sujeto pasivo de la acción (denuncia o querrela), o si ha de condicionarse el castigo a la falta de manifestación contraria de éste (perdón). Y, a mi juicio, la respuesta a esta cuestión es negativa.

No debe perderse de vista que, en última instancia, nos encontramos ante una respuesta penal al recurso a la fuerza ilegítima por el particular. Los delitos que se ocupan de reprimir ordinariamente la actuación ilegítima y violenta son

---

<sup>8</sup> ‘Pervivencia’ del elemento subjetivo que no exige ‘exclusividad’ del fin, en tanto pueda seguir reconociéndose en la acción la finalidad típica; así ya supra, 5.A.II.b.1.

<sup>9</sup> Se exige ‘querrela’ en Italia (3.B.III), México (3.B.V.a), Grecia (3.C.II.b) y, si no concurre violencia, en Brasil (3.C.pr.); ‘denuncia’ en El Salvador (3.B.V.c); ‘instancia de parte’ en Venezuela (3.B.V.e). Téngase en cuenta, en todo caso, que los diferentes sistemas procesales pueden otorgar sentidos diferentes a las mismas locuciones, o semejantes a expresiones diversas (vid. v.gr., respecto de la *querrela* italiana, Alonso Rimo, pág. 521).

<sup>10</sup> Fernández García y López Moreno, pág. 627. Por cierto que no deja de ser curioso que cuestionen la afectación de intereses generales quienes ven el art. 455 del CP un delito pluriofensivo que alcanza, entre otras cosas, a la ‘potestad del Estado en orden a la resolución de conflictos’.

generalmente, en nuestro sistema, infracciones perseguibles de oficio;<sup>11</sup> y parece razonable que así sea, porque hay un interés general en evitar el recurso a la fuerza por los particulares. Sólo cuando aparezcan intereses dignos y necesitados de tutela que lo aconsejen debe someterse esta persecución pública al previo impulso del agraviado (denuncia);<sup>12</sup> y, a mi juicio, estos intereses no concurren.

Desde las interpretaciones del art. 455 del CP en términos de realización por la fuerza de un derecho puede sentirse la tentación de releer el hecho típico en términos de conflicto privado que sólo por vía de excepción adquiere relevancia pública; construcción con la que resultaría acorde una concepción semiprivada de la infracción que la sometiera a régimen de previa denuncia y admitiera sobre ella la eficacia del perdón del ofendido.<sup>13</sup> Pero quien entienda como se ha propuesto en este trabajo que el delito de realización arbitraria del propio derecho consiste propiamente en un ejercicio ilegítimo de fuerza, respecto del cual la realización del derecho es sólo una finalidad a la que orienta el sujeto el actuar violento y cuyo efecto es de minoración y no de fundamentación del contenido de injusto,<sup>14</sup> no podrá aceptar este argumento. Si, en definitiva, se trata de evitar que los ciudadanos recurran arbitrariamente a la fuerza, se trata de una

---

<sup>11</sup> En efecto, de entre los delitos violentos dolosos sólo los que atentan contra la libertad sexual (art. 191 del CP) exigen denuncia del agraviado o su representante legal, o querrela del Ministerio Fiscal (vid. sobre esta última posibilidad *Alonso Rimo*, págs. 184-186), sin que el instituto del perdón del ofendido despliegue respecto a ellos sus efectos, convirtiéndose así en infracciones cuasipúblicas. Todos los demás delitos violentos dolosos son infracciones de persecución pública; sólo la violencia dolosa constitutiva de falta tiene carácter semiprivado (arts. 620 párrafo 2 y 639).

<sup>12</sup> Lo que en nuestro Derecho sucede sólo, entre los delitos violentos, con los que afectan a la libertad sexual, por razones de tutela de la víctima y permitiendo excepcionalmente el impulso del Fiscal mediante querrela. En ningún caso, ante violencias dolosas constitutivas de delito, se requiere querrela del ofendido ni se da eficacia al perdón.

<sup>13</sup> Naturalmente, esto implicaría asumir la relación entre tutela de bienes jurídicos privados e infracciones privadas y entre tutela de bienes jurídicos colectivos y persecución de oficio; vinculación que dista de resultar claramente aceptable. En el texto me limito a rebatir la premisa menor, negando en todo caso que nos encontremos ante la tutela penal de un hecho cuya relevancia se acota al ámbito privado; para una discusión crítica de las diferentes fundamentaciones posibles en materia de no persecución de oficio y perdón del ofendido, *Alonso Rimo*, págs. 279 ss. y 528 ss.

<sup>14</sup> Vid. *supra* I.B.II, 4.C.I.b, 5.A.II.b.2 y 7 pr.



cuestión de interés general respecto de la cual sólo razones excepcionales pueden condicionar la actuación de los órganos estatales. Y no concurren estas razones; no más que en cualquier delito de amenazas, coacciones o daños.

El elemento subjetivo del tipo se traduce en una minoración del contenido de injusto y en una modulación de la sanción a imponer; pero no tiene por qué sustraer el delito del régimen de persecución de oficio.

Eso sí: del mismo modo que no me parece aceptable la pretensión de dejar en manos del sujeto pasivo de la acción la persecución del hecho, tampoco creo que sea el acusado, 'en todo caso', quien deba asumir 'la carga de la prueba' y demostrar los requisitos de la realización arbitraria para no ser castigado por delito conminado con pena más grave.<sup>15</sup> La finalidad de realizar un derecho propio debe reconocerse en la acción: la alegue o no el acusado, cuando se hallen indicios de la misma deberá investigarse de oficio; y si es alegada deberá ser objeto de prueba y discusión en el juicio oral. Una cosa es que de todo ello se siga la imposibilidad de estimarla concurrente, y otra muy distinta que esta demostración sea carga de la defensa y el juzgador no deba de oficio proceder a verificarla.

### **10.C.- PENALIDAD.**

El presente apartado se destina a desarrollar algunas observaciones sobre la pena correspondiente al delito de realización arbitraria del propio derecho. Se trata, sencillamente, de hacer unas consideraciones básicas relativas a la pena de multa como sanción penal, sin pretensión ninguna de exhaustividad; y de abordar cuando menos *prima facie* la aplicabilidad de las diferentes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a este delito.

---

<sup>15</sup> Como entiende, por tratarse de un 'tipo sumamente privilegiado', la STS de 31-III-2000 (A3490).

Pretendo, en ambos órdenes, sólo una somera aproximación; pero conviene, sobre todo en la primera sede, no dejar en el tintero ciertas precisiones.

### **10.C.I.- La pena a imponer.**

Sobre y contra la pena de multa como sanción penal se han vertido muchas y encendidas opiniones.<sup>16</sup> Valga, por todas, la crítica de FERRAJOLI, para quien la pena pecuniaria resulta ‘aberrante’ desde varios puntos de vista: es ‘impersonal’, injusta tanto con el reo que no paga como con el tercero que paga; ‘desigual’, sin que el sistema de cuotas resulte correctivo suficiente a la desigual incidencia de la multa entre los ciudadanos en función de su patrimonio; y ‘desproporcionada’, al resultar siempre por debajo del límite mínimo que justifica la irrogación de la pena.<sup>17</sup> Ante semejantes inconvenientes, la solución pasa para el citado autor por cambiar la pena por otra más grave o relegar la infracción al ámbito administrativo al que debería corresponder toda multa; en definitiva, opina, todos los delitos sancionados con pena pecuniaria, prevean o no sanción privativa de libertad alternativa, debían ser despenalizados:<sup>18</sup>

‘ningún bien considerado fundamental hasta el punto de justificar la tutela penal puede ser monetarizado, de modo que la previsión misma de delitos sancionados con penas pecuniarias evidencia o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o, más frecuentemente, un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental).’

---

<sup>16</sup> Incluyendo algunas decididamente favorables; vid. v.gr. Gracia Martín, L. (ed.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (2ª ed., 2000), págs. 138-140; y Mapelli Caffarena, B., y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito* (3ª ed., 1996), págs. 159 y 161 s.

<sup>17</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón*, § 31.4, págs. 416 s. Ha de subrayarse, además, que la ‘desigualdad’ de esta pena presenta graves problemas de proporcionalidad cuando se plantea como correctivo de la no satisfacción de la multa impuesta una responsabilidad personal subsidiaria traducida en privación de libertad (art. 53 del CP); vid. Boix Reig, J., “Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria” (*CPC 1977-III*), págs. 40 s.; Jareño Leal, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa* (1994), págs. 226 s.; y Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, págs. 168 s.

<sup>18</sup> Ferrajoli, *ibidem*, § 33.6, pág. 477. En línea semejante propone v.gr. Portilla Contreras, “Principio...”, pág. 745, la despenalización de todas las conductas conminadas con multa o pena corta privativa de libertad.

La propuesta es sugestiva y probablemente en parte preñada de razón; cuando menos, en cuanto afecta a la existencia de excesos de prohibición y a algunos problemas inherentes a la pena pecuniaria en cuanto tal. Sin embargo, no deben ocultarse ciertos problemas graves que presenta. Porque, por una parte, el principio de prohibición de exceso impide acudir a una sanción más grave cuando baste a la tutela con una multa,<sup>19</sup> por importante que sea el bien a tutelar; la pretensión de un Derecho penal mínimo no puede postularse a costa de una exasperación innecesaria de la respuesta punitiva. Y, por otra parte, relegar las sanciones pecuniarias al ámbito administrativo no significa castigar menos los mismos hechos, sino con frecuencia castigarlos con menos garantías.

Es cierto que ‘las sanciones pecuniarias administrativas hace tiempo que han superado en carga aflictiva a las procedentes del orden jurisdiccional penal’,<sup>20</sup> sin que hayan bastado a evitarlo previsiones legislativas en sentido contrario.<sup>21</sup> Quizá, sencillamente, haya de ser así; pero de ahí a postular la despenalización de todos los ilícitos penales conminados con multa hay un paso importante, que afecta a la concepción misma del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.<sup>22</sup> Lo que indudablemente no sirve de nada es un mero fraude de etiquetas; y relegar la infracción penal al ámbito administrativo sin que esto suponga más cambio que la pérdida de las garantías inherentes al proceso no me parece un avance.<sup>23</sup>

En todo caso, y en cuanto aquí importa, el problema se ciñe a dilucidar si la realización arbitraria del propio derecho prevista en el art. 455 del CP entraña

---

<sup>19</sup> Por todos, Cobo del Rosal y Vives Antón, pág. 85.

<sup>20</sup> Díez Ripollés, “El bien jurídico...”, pág. 13.

<sup>21</sup> Hasta su efectiva derogación el art. 603 del precedente CP fue largo tiempo inaplicado.

<sup>22</sup> Una tercera vía, la del Derecho penal ‘de dos velocidades’, es propuesta v.gr. por Silva Sánchez, *La expansión...*, págs. 115-127.

<sup>23</sup> En palabras de Cuello Contreras, “Presupuestos...”, págs. 478 s.: “Mientras se siga viendo en el DP el ‘maximum’ de intervención del Estado en la esfera del individuo, inconscientemente quizá, estaremos abocados a aceptar indiscriminadamente cualquier alternativa no penal. Los resultados, ya hemos visto algunos, pueden ser contrarios a los deseados.”

lo que el autor italiano denominaba ‘exceso de prohibición’ o ‘defecto de punición’. Y se trata de dos cuestiones distintas.

En cuanto a la primera, afirmar un ‘exceso de prohibición’ significaría que se está llevando al Derecho penal una conducta que encontraría mejor acomodo y solución más adecuada por otra vía o en otras ramas del ordenamiento.<sup>24</sup> En cuanto a esto último, los mismos argumentos señalados al rechazar la conveniencia de someter la persecución del delito a impulso de parte (supra, B) resultan a mi juicio aplicables para rechazar la superfluidad del precepto por tratarse de conflictos que deban resolver otras disciplinas; el recurso ilegítimo a la fuerza es una cuestión penal que debe recibir una respuesta penal. En cuanto a la posibilidad de acudir a otros preceptos penales, que haría innecesario el precepto, creo que afirmar esto sería desatender la minoración del contenido de injusto que el elemento subjetivo del tipo representa, dando lugar a soluciones menos satisfactorias que las que se alcanzan con el actual sistema.<sup>25</sup> En suma, creo deseable el mantenimiento del precepto.<sup>26</sup>

En lo que respecta al posible ‘defecto de punición’, a mi juicio, éste no puede afirmarse ni negarse sino desde la constatación de los efectos de la pena a imponer; sólo desde un punto de vista estricta y exclusivamente retributivo puede pretenderse una valoración meramente ideal y abstracta de la idoneidad de una pena para determinado delito. Sin embargo, no dispongo de datos empíricos que permitan valorar la eficacia de la pena de multa.<sup>27</sup> He de limitarme, pues, a dos

---

<sup>24</sup> Como entendían respecto del precepto correlativo en la PANCP Magaldi y García Arán, págs. 1158 y 1178.

<sup>25</sup> Valgan de punto de contraste el sistema alemán, supra, 3.A, y las consideraciones críticas allí desarrolladas.

<sup>26</sup> En cuanto a las otras posibilidades para alcanzar resultados semejantes, el recurso a una atenuante genérica o la definición de específicas graduaciones de consecuencias jurídicas en cada delito cuando concurra el elemento finalístico en cuestión, me pronuncié ya en favor del sistema actual, que evita dispersión normativa y posibles desproporciones en las consecuencias jurídicas, en n. 133 al cap. 4. &&

<sup>27</sup> Subrayan la falta todavía de resultados significativos en esta sede -y la escasez de estudios- Jescheck/Weigend, págs. 769 s., señalando que los datos disponibles parecen apuntar en el sentido de que en los delitos penados con multa no se produce mayor reincidencia que en los

sencillas consideraciones, referida una a cuestiones sistemáticas, y la otra a problemas inherentes al carácter pecuniario de la pena indicada.<sup>28</sup> Por una parte, ha de tenerse en cuenta que de la construcción que en este trabajo se defiende respecto del contenido de injusto del delito que tiene por objeto (supra, 1.B.II y 4.C) se sigue la necesidad de asignarle una pena en todo caso inferior a la que corresponde a los delitos por los que se castigaría la misma conducta de desarrollarse sin la finalidad de realizar un derecho propio. Y esto, dado que en ocasiones se resuelve en imponer menor pena de la prevista en delitos castigados con pena de multa (con carácter exclusivo v.gr. en el delito de daños del art. 263; con carácter alternativo v.gr. en las coacciones del art. 172), hace difícilmente sostenible la afirmación de la necesidad de una pena de mayor dureza que la de multa. Por otra parte, apuntando ahora en sentido contrario, ha de tenerse en cuenta que el carácter patrimonial de la pena de multa puede hacerla ineficaz allí donde la comisión del delito genere al delincuente un beneficio patrimonial superior al importe máximo de la multa imponible. Es éste un problema inherente a las penas pecuniarias y difícilmente soslayable, pero es importante tener en cuenta en el delito que nos ocupa, en el que con frecuencia se conecta de algún modo el hecho con un negocio civil respecto del cual se afirma un crédito pendiente en compensación del cual se ha actuado,<sup>29</sup> que de la forma de entender la responsabilidad civil sobre la que ha de pronunciarse el juez penal puede depender la absoluta ineficacia de la conminación penal a partir de ciertas

---

penados con privación de libertad. Se hace eco de la falta de resultados significativos **Gracia Martín** (ed.), pág. 139.

<sup>28</sup> En cuanto a los reparos opuestos por parte de la doctrina a la equiparación penológica de violencia-intimidación y fuerza en las cosas (**Colás Turégano**, *El delito...*, pág. 96; y **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905), la cuestión ha sido ya abordada supra, 7.A.II.d, donde remito ahora.

<sup>29</sup> Crédito que por cierto, precisamente por insatisfecho, no puede alegarse como acreditación de la capacidad económica del reo a la hora de fijar las cuotas de los días-multa, como pretende sin embargo la SAP de Barcelona de 28-IV-2000 (AA968), arguyendo que 'no puede negar capacidad económica quien reconoce dirigir la violencia ejercida a la realización de un crédito propio'.

cuantías. Baste, por ahora, con señalarlo, remitiendo al epígrafe correspondiente (infra, D.I).

### **10.C.II.- Circunstancias modificativas.**

Aceptando, en todo caso, que *de lege lata* el marco penal abstracto correspondiente al delito de realización arbitraria del propio derecho es la pena de multa de seis a doce meses,<sup>30</sup> ha de plantearse todavía la posibilidad de aplicar al mismo cada una de las distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.<sup>31</sup>

#### **10.C.II.a.- Eximentes incompletas y atenuantes analógicas con éstas.**

En cuanto a las atenuantes del art. 21 del CP se refiere, merece especial atención la posibilidad de apreciar eximentes incompletas en el delito de realización arbitraria del propio derecho. Y la respuesta, naturalmente, resulta estrechamente ligada a la admisibilidad en este delito de las diferentes eximentes completas del art. 20 del CP.<sup>32</sup>

En primer lugar, por lo que respecta a las de anomalía o alteración psíquica, intoxicación o síndrome de abstinencia, alteraciones en la percepción y miedo insuperable, los límites de admisibilidad de eximentes incompletas relacionadas con éstas son los ya señalados respecto de las eximentes propiamente dichas: la necesidad de que el trastorno en cuestión no impida que el sujeto actúe con la finalidad de realizar un derecho propio.<sup>33</sup> En tanto se mantenga esta condición, nada obsta a aplicar eximentes incompletas o circunstancias de análoga significación (incluso muy cualificadas, si es que quiere aceptarse esta construcción) con respecto a éstas.

---

<sup>30</sup> De doce a dieciocho meses en el subtipo agravado del 455.2.

<sup>31</sup> Las cuestiones de autoría, participación e *iter criminis* han sido planteadas ya supra, 5.B, 7.B y 7.C.

<sup>32</sup> En cuanto a la construcción de las diferentes eximentes incompletas, su relación con las eximentes completas y la configurabilidad o no de circunstancias de análoga significación con respecto a éstas, valga con remitir al reciente trabajo de Borja Jiménez, *Las circunstancias...*, págs. 16-121, con referencias bibliográficas y un amplio estudio jurisprudencial.

Por otra parte, la respuesta ha de ser necesariamente distinta en cuanto a la exigente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho,<sup>34</sup> en contra de cuya aplicabilidad a este delito se argumentó supra, 6.B.II.a. Ejercicio legítimo y realización arbitraria son dos campos conceptuales incompatibles; no es una cuestión de falta de requisitos, sino de diferencia estructural y axiológica. Además de lo cual, aplicar al tiempo un tipo privilegiado por la concurrencia de la finalidad de realizar un derecho propio y una exigente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho sería tener en cuenta dos veces el *minus* de desvalor que supone la finalidad de realizar un derecho. Este último argumento se extiende asimismo a la posibilidad de aplicar al delito que nos ocupa una atenuante de análoga significación con la exigente incompleta en cuestión; sin embargo, creo que en determinados supuestos esta atenuante analógica sí puede jugar un papel de importancia. No ya en supuestos calificados de acuerdo con el art. 455 del CP, sino precisamente en casos en que subsistiendo siquiera en parte razones que podrían justificar una menor punición ha de acudir a los delitos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza. Así, podría acudir a ella por ejemplo en los supuestos en que, con la finalidad típica, un sujeto se sirve de otros que no la tienen para realizar su derecho por la fuerza: ha de castigársele como inductor del delito común correspondiente, pero tiene sentido atemperar la pena.<sup>35</sup>

En tercer lugar, en lo que respecta al estado de necesidad, habiendo aceptado la aplicabilidad de la exigente a este delito<sup>36</sup> nada parece oponerse a su estimación incompleta; como tampoco, en su caso, a una atenuante analógica en relación a ésta.

---

<sup>33</sup> Vid. supra A.I y A.II.b.

<sup>34</sup> Para una aproximación a la construcción de esta exigente incompleta, Mestre Delgado, *La exigente...*, págs. 205-210.

<sup>35</sup> Este supuesto se había planteado ya supra, 5.B.II.

<sup>36</sup> Tanto como causa de justificación (supra, 6.B.I) como cuanto causa de inexigibilidad (supra, A.II.a).

Y finalmente, en cuanto a eximentes incompletas respecta, la de legítima defensa presenta los mismos problemas estructurales que respecto de la eximente plena destacaba supra, 6.B.I. Resultan difícilmente armonizables la actuación reactiva característica de esta eximente y el marco activo que encuadra el tipo del art. 455 del CP; en tanto no se construyan la eximente incompleta o la atenuante analógica correspondiente de forma que resulten compatibles, no podrá plantearse su aplicación a este delito.

#### **10.C.II.b.- Otras atenuantes.**

Las demás circunstancias previstas en el art. 21 del CP pueden escindirse en dos bloques en cuanto aquí nos interesa; salva siempre, claro está, la circunstancia de análoga significación del número 6º, respecto de la cual no pueden sentarse consideraciones generales, al depender su configuración en el caso concreto tanto de la atenuante a que se refiera la analogía axiológica como de la forma concreta en que se conforme el supuesto cuya correlación se predique. Así, excluidos los ordinales primero y último del art. 21, las circunstancias restantes quedan agrupadas a estos efectos como sigue:

Por una parte, las previsiones de los números 2º y 3º, relativas a la grave adicción y al estado pasional, deben conectarse con las consideraciones esbozadas al estudiar las causas de inimputabilidad e inexigibilidad: en la medida en que suponen una alteración de la motivabilidad normal del sujeto,<sup>37</sup> los límites de su aceptabilidad en el delito del art. 455 del CP vienen marcados por la compatibilidad de ésta con el elemento subjetivo típico. Si bien, preciso es notarlo, tratándose aquí de alteraciones de menor entidad (cuando menos, legalmente menos relevantes), es probablemente más fácil que no presenten problemas en este punto.

---

<sup>37</sup> Vid. **Borja Jiménez**, *Las circunstancias...*, págs. 123-126 y 141-144; y **Matallín Evangelio, A.**, *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante* (1999), págs. 233-285 y 416 s.



Por otra parte, los números 4º y 5º atienden a circunstancias posteriores al hecho típico -confesión a las autoridades y reparación o minoración del daño-, que en nada tienen por qué afectar a sus requisitos y estructura. En esta línea no presentan, a mi juicio, ningún problema de compatibilidad con el delito de realización arbitraria del propio derecho.

Finalmente, volviendo sobre la atenuante de análoga significación, en cuanto se construya en relación a los números 2º ó 3º del art. 21 le serán aplicables las condiciones que respecto de los mismos señalaba; y en cuanto se argumente por referencia a los números 4º ó 5º podrá seguirse respecto de la misma la pauta señalada para éstos.

#### ***10.C.II.c.- Circunstancias agravantes.***

Las distintas agravantes previstas en el art. 22 del CP plantean, respecto del delito de realización arbitraria del propio derecho, diferentes problemas que conviene abordar por separado:

La alevosía ciñe su ámbito de eficacia a los ‘delitos contra las personas’; en esta línea, parece difícilmente aplicable a un delito contra el monopolio estatal en el uso ordinario de la fuerza. Que en éste pueda verse afectada la libertad individual es una afirmación no menos cierta que la de que lo mismo sucede en sede de robo; y, en uno y otro delito, la alevosía no resulta aplicable porque caen fuera del ámbito objetivo de acción de la circunstancia legalmente prevista en el art. 22.1ª del CP.

Otras tres circunstancias, las previstas entre las agravantes como 3ª, 4ª y 5ª, presentan problemas de compatibilidad con el delito de realización arbitraria del propio derecho; no ya por su ámbito objetivo de aplicación, sino por su conciliabilidad con el elemento subjetivo típico de éste. Actuar mediante precio, recompensa o promesa implica moverse en un ámbito conceptualmente diverso del que corresponde al ánimo de realizar un derecho propio;<sup>38</sup> el delito del art. 455 del CP y esta agravante resultan así incompatibles. El incremento innecesario

del padecimiento de la víctima, aumentando deliberada e inhumanamente su sufrimiento, difícilmente permitirá seguir entendiendo que el autor pretende realizar un derecho; bien entendido que esta finalidad ha de leerse en la acción de acuerdo con criterios normativos que exigen una cierta proporción...<sup>39</sup> que precisamente sería inconciliable con la idea de ensañamiento. Y finalmente la agravante que atiende a la comisión por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios impone especial atención: no es conceptualmente inconcebible que el sujeto, por *móviles* discriminatorios, actúe con la *finalidad* de realizar un derecho, entendiendo v.gr. que es intolerable que no se satisfaga su derecho frente al discriminado. Pero sólo en tanto se mantengan ambos extremos será posible agravar el delito de realización arbitraria del propio derecho atendiendo a la agravante 4ª del art. 23; en el momento en que la motivación discriminatoria desdibuje la finalidad de realización de derechos, o dé lugar a una violencia desproporcionada con ésta, resultarán incompatibles. Afirmada por los motivos señalados la incompatibilidad con cualquiera de estas tres agravantes, la solución no será la inaplicación de las mismas, sino el castigo por el delito común correspondiente al empleo de fuerza que se haya producido, agravando la pena por la circunstancia correspondiente.

Finalmente, otras cuatro agravantes no presentan *prima facie* problema de compatibilidad ninguno con el delito que nos ocupa, y pueden resultar aplicables. Son las de disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias (art. 22.2ª), abuso de confianza (22.6ª), prevalimiento del carácter público (22.7ª) y reincidencia (art. 22.8ª del CP).

#### **10.C.II.d.- La circunstancia mixta de parentesco.**

En cuanto a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP, cuando menos son dos las objeciones que en línea de principio podrían plantearse a su aplicabilidad al delito que nos ocupa. Por una parte, se trata de un delito

---

<sup>38</sup> Vid. supra 5.B.I.a.

<sup>39</sup> Vid. supra 5.A.II.b.1 y 7.A.II.a.

destinado a la tutela de un bien jurídico de naturaleza supraindividual (entendido tal y como se ha defendido en este trabajo; vid. supra cap. 4 y esp. 4.C); por otra, y precisamente como consecuencia de lo anterior, el sujeto pasivo del delito no puede ser nunca un particular respecto del que quepan las relaciones a las que atiende la circunstancia modificativa de parentesco.

Sin embargo, ninguno de los dos obstáculos me parece insalvable: resulta perfectamente razonable admitir en el ámbito de eficacia del art. 23 delitos con bienes jurídicos colectivos, en tanto admitan algún referente individual; y la figura del ‘agraviado’ puede reconocerse en estos casos en el sujeto pasivo de la acción.<sup>40</sup> Desde estos presupuestos, nada impide estimar la circunstancia mixta en el delito del art. 455 del CP.

La cuestión es, pues, qué efecto debe tener en estos casos. Y no creo que pueda afirmarse una regla general: la naturaleza y los efectos del delito pueden variar notablemente en función de las diferentes posibilidades de realización típica del delito que nos ocupa, que van de la fuerza en las cosas a la coerción personal pasando por la intimidación, en todos estos supuestos en relación a derechos -efectivamente existentes o sólo creídos tales- de los más diversos contenidos.<sup>41</sup> Las distintas posibilidades, y el papel desempeñado en cada una de ellas por la relación aludida en el art. 23,<sup>42</sup> pueden llevar a resultados que van desde la absoluta inoperancia de la circunstancia (cuya eficacia modificativa se

---

<sup>40</sup> Vid. a este respecto el análisis y las conclusiones de Doval Pais, A., “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas” (*Revista Penal* julio 2000), págs. 31-43, con ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>41</sup> Vid. supra caps. 5 y 7.

<sup>42</sup> Téngase en cuenta además y en todo caso que, dado que el recurso a la fuerza castigado como rapd ha de ser tal que, de llevarse a cabo sin la finalidad de realizar un derecho propio, constituiría delito por otro título (supra, 7.A.II.a), lo que sin esta finalidad resulte impune no puede castigarse por concurrir el elemento subjetivo. Así, la previsión del art. 268 del CP que excluye de responsabilidad en delitos patrimoniales sin violencia o intimidación a ciertos grados de parientes puede desplegar sus efectos con carácter reflejo en el de rapd con fuerza en las cosas: sólo cuando los hechos sean susceptibles de encuadrarse en otro tipo del libro segundo -y en los patrimoniales no cabrán- podrán castigarse por vía del art. 455.

configura en términos facultativos) a atribuirle un carácter agravatorio o por el contrario atenuatorio.<sup>43</sup>

### 10.D.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS.

Por último, quisiera apuntar algunas consideraciones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito de realización arbitraria del propio derecho, y a las consecuencias accesorias que le son aplicables. Con ello, soy perfectamente consciente, entro en materia correspondiente a la disciplina del Derecho civil;<sup>44</sup> pero creo preciso apuntar siquiera algunos extremos, en primer lugar porque afectan directamente a la eficacia o ineficacia de las previsiones penales, y en segundo lugar porque al fin y al cabo se trata de implicaciones jurídicas de la realización arbitraria de derechos penalmente relevante, que es el tema que tiene por objeto este trabajo.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Como afirma **Doval Pais**, *op. ult. cit.*, págs. 42 s., el criterio de la ‘naturaleza’ del delito más que fijar criterios abstractos y generales ‘vendría a introducir [...] unas extraordinarias posibilidades de justicia individual en el caso concreto’.

<sup>44</sup> Cuando menos en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito respecta (en palabras de **Montés Penadés, V.L.**, “Art. 109” (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995 I* (1995)), pág. 575, ‘la cuestión resarcitoria es siempre una cuestión civil’; vid. asimismo **Roig Torres, M.**, *La reparación del daño causado por el delito* (2000), págs. 85-137), cuya regulación en el seno del CP responde a razones meramente históricas (vid. **Guardiola García, G.**, “Significado de la expresión ‘delitos dolosos o culposos’ del art. 121 del CP” (*RGD* marzo-abril 2001), pág. 1754)(el mantenimiento de esta regulación en el CP tiene decididos detractores y defensores -v.gr., por los primeros, **Yzquierdo Tolsada**, págs. 29 ss.; por los segundos, **Roig Torres**, *La reparación*, págs. 137-146 y 349 s.-; en lo tocante a las propuestas *de lege ferenda* de conceptualizar la reparación como sanción penal, vid. el estudio crítico de **Alastuey Dobón, M.C.**, *La reparación del daño a la víctima en el marco de las sanciones penales* (2000), *passim*). En cuanto a las consecuencias accesorias, sin ser calificadas como penas, mantienen un marcado carácter sancionatorio de orientación preventivo-especial (art. 129.3 del CP)(vid. a este respecto, en diferentes sentidos, **De la Cuesta Arzamendi, J.L.**, “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal” (*LH-Barbero Santos I* (2001)), págs. 976-981; **Gracia Martín** (ed.), págs. 385 ss.; **Guinarte Cabada, G.**, “Tít. VI” (T.S. VIVES ANTÓN (ed.), *Comentarios al CP de 1995 I* (1995)), págs. 656 s. y 665 s.; y **Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco**, pág. 219).

<sup>45</sup> Pese a las airadas protestas de **Yzquierdo Tolsada, M.**, *Aspectos civiles del nuevo CP* (1997), págs. 18-23, no puedo coincidir con él en su idea de que los penalistas deban abstenerse de

**10.D.I.- Responsabilidad civil derivada del delito.**

El delito de realización arbitraria del propio derecho se castiga en nuestro código penal con la pena de multa de seis a doce meses; en el subtipo agravado, multa de doce a dieciocho meses. Esto es, la pena a imponer va de un mínimo de 180 a un máximo de 540 cuotas diarias; lo que de acuerdo con los criterios del art. 50.4 del CP supone que puede oscilar entre un mínimo de 216 euros y un máximo de 162.270 euros. Pues bien: tratándose de una sanción que afecta a un valor patrimonial,<sup>46</sup> se presta con mayor facilidad que otras penas a que el agente sopesa y valore costes y beneficios de su acción en términos estrictamente económico-monetarios.<sup>47</sup> Y, si lo que puede obtener con el hecho criminal es más de lo que puede costarle la sanción, la eficacia disuasoria de esta última se desvanece.<sup>48</sup>

Esta argumentación viene al hilo de la responsabilidad civil derivada del delito previsto en el art. 455 del CP porque, es importante no olvidarlo, el agente persigue en él algo que cree debido. Así, si pretende obtener una cosa o utilidad cuyo valor resulte superior al de la multa máxima imponible en el supuesto

---

plantear cuestiones de responsabilidad civil hasta el punto de no dedicarles una sola línea (n. 3 en pág. 20). Una cosa, que no creo que nadie discuta seriamente, es que sean los civilistas los mejor preparados para estudiar en profundidad estas cuestiones; otra muy distinta es que quienes nos dedicamos al Derecho penal debamos hacerlo cerrando los ojos a una materia cuya relación con los institutos penales es estrecha y que puede tener importante influencia en ellos. Quizá pueda cuestionarse (a mi juicio probablemente sin razón) que debamos atender a estas cuestiones en cuanto penalistas; lo que no admite discusión es que como juristas no podemos dejar de hacerlo.

<sup>46</sup> Dejando de lado los posibles efectos infamantes de la pena, que son en todo caso menores que los de las penas privativas de libertad; el mero hecho de que se imponga por una instancia judicial penal no basta para garantizar que la pena retenga 'los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal' (Silva Sánchez, *La expansión...*, pág. 127), cuando menos no puede garantizar que la percepción social sea la misma que la que produce una privación de libertad. Lo que, a mi juicio, en nuestra sociedad no sucede.

<sup>47</sup> No es, sin embargo, un problema exclusivo de esta pena: un sujeto puede decidir que 'vale la pena' sufrir quince años de prisión por el placer de matar a su adversario...

concreto, y en todo caso si es superior a la cantidad de 162.270 euros, le resulta más beneficioso sufrir la sanción que dejar de obtener lo debido. Y es un problema de responsabilidad civil derivada del delito porque precisamente de cómo se conciba ésta y de cómo se conciba el alcance de la competencia del juez penal para resolver ésta puede depender el resultado de la ponderación.

Así, cuando las dificultades procesales, la difícil perseguibilidad jurídica del patrimonio del deudor, la inminencia fáctica del alzamiento de éste con sus bienes u otros motivos semejantes hagan presumir que la vía jurisdiccional no dará lugar a la obtención de lo debido, y en tanto se tenga esperanza de retener tras el delito lo que se ha tomado por la fuerza, puede compensar el recurso a las vías de hecho violentas. Pero sólo precisamente en la medida en que quepa presumir esto último: que lo que se ha tomado por la fuerza se conservará tras el enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Y esta, he afirmado, es una cuestión que depende de cómo se conciba la acción civil *ex delicto* que ha de resolver el juez penal: si se da entrada en ella a todas las excepciones civiles oponibles el acreedor arbitrario, confesando que debe lo que tomó por la fuerza, podrá alegar compensación con su crédito contra el despojado,<sup>49</sup> logrando así retener lo que no podía lograr que le fuera entregado;<sup>50</sup> si, por el contrario, se ciñe su ámbito a la indemnización de los daños producidos por el hecho punible, sin dar entrada a la prueba de excepciones ajenas al delito, se resolverá siempre en devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de éste.

---

<sup>48</sup> Cuando menos en cuanto a la sanción pecuniaria respecta; cuestión distinta es la referida v.gr. a la posible exclusión de la función pública, o -donde se presente como realmente importante- la sanción social asociada a la imposición de una pena criminal.

<sup>49</sup> Si se quiere, dado que la compensación opera *ipso jure* (vid. STS de 14-XI-1984 (A5488)), no se trata tanto de un problema de alegación sino de qué cuestiones que podrían ser objeto del proceso civil puede entrar a resolver el juez penal. En todo caso, el resultado es el mismo.

<sup>50</sup> Téngase en cuenta que una cosa es que pueda lograrse probar la excepción y otra muy distinta que hubiera podido conseguirse judicialmente lo debido; piénsese v.gr. en la cosa arrebatada al deudor justo antes de que se dé a la fuga con ella o la enajene en términos irreivindicables. Por demás, estos supuestos no quedarían nunca justificados por el estado de necesidad, al haber una solución menos grave que apropiarse el objeto: ponerlo en depósito a disposición judicial.

Cobra así sentido, para estos casos, la pretensión de construir la acción civil *ex delicto* de la que ha de conocer el juez penal como una *restitutio in pristinum*;<sup>51</sup> y se evidencia, con carácter general y en otro orden de consideraciones, la necesidad de armonizar las previsiones penales con las de otras ramas del Derecho que atañen al hecho punible.<sup>52</sup>

Los motivos que aconsejan mantener la posibilidad de acumular la acción civil y la penal se ciñen a la reparación de los efectos del hecho típico y antijurídico. Ciertamente, es una posición ‘cómoda’ la de eludir cuestiones civiles complejas y dar al juez penal un campo limitado de competencia que no le obligue a conocer cuestiones complejas;<sup>53</sup> pero la ‘comodidad’ no es la única razón en sustento de esta postura. Admitir la resolución de cuestiones civiles complejas en el seno del proceso penal puede acabar por alejarlo de su objeto,<sup>54</sup> cargando el peso de la prueba en cuestiones ajenas a la responsabilidad criminal y alargando su resolución. Y, además, carece de sentido: para la resolución de cuestiones civiles está la vía procesal civil; la competencia civil adhesiva del juez penal pretende sólo subvenir a los efectos civiles inmediatos del delito, no resolver por cauce extraordinario cuestiones diversas. Por demás, sería francamente descabellado abrir la puerta a un *forum shopping* en que el sujeto

---

<sup>51</sup> Así, en Italia, respecto de la relativa al delito de eapr, **Nuvolone**, pág. 153, dándole un contenido equivalente a los de las acciones de despojo o mantenimiento; contra **Manzini**, *DP*, nº 1791.II, admite todas las excepciones de Derecho civil relativas al derecho que se afirma. Sobre el alcance de la competencia civil adhesiva del juez penal, entre nosotros, **Yzquierdo Tolsada**, págs. 412-420, con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

Por demás, no se trata tanto de restaurar el *statu quo* anterior como de neutralizar el daño producido por el delito, lo que puede resultar difícilmente compatible con la vuelta a la situación anterior (vid., ejemplificando con el delito de apropiación indebida, con abundante cita de doctrina y jurisprudencia a favor y en contra, **Roig Torres**, *La reparación*, págs. 153-155).

<sup>52</sup> Vid., en cuanto a la normativa penal, administrativa y civil para la tutela, en general, **Galgano, F.**, “Civile e penale nella produzione di giustizia” (M. DE ACUTIS y G. PALOMBARINI (eds.), *Funzioni e limiti del Diritto penale: alternative di tutela* (1984), págs. 85-106). En palabras de **Díez Ripollés**, “El bien jurídico...”, pág. 11, ‘desligado el Derecho penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas.’

<sup>53</sup> Vid. las protestas de **Yzquierdo Tolsada**, loc. ult. cit.

<sup>54</sup> En esta línea, cita la STS de 7-VII-1989 (A6137) y la práctica forense alemana **Roig Torres**, *La reparación*, pág. 145 y n. 114 en esa misma pág.

podiera llevar su cuestión civil al tribunal penal de su apetencia jugando con el lugar de comisión de un delito a un precio en cuotas-multa que para el volumen de algunos negocios puede ser un coste razonablemente asumible.

#### **10.D.II.- Consecuencias accesorias.**

Finalmente, en cuanto a las consecuencias accesorias respecta, sólo dos brevísimos apuntes:

El comiso previsto en los arts. 127 y 128 se aplicará con carácter general sin especiales problemas, salvo siempre las consideraciones que en el epígrafe anterior se desarrollaban y que, en cuanto a la pérdida de efectos y ganancias provenientes del delito, pueden hacerse extensivas al comiso.

No se prevén, por el contrario, consecuencias accesorias relativas a las empresas o personas jurídicas para la realización de cuyos derechos se haya cometido el delito.<sup>55</sup> Y parece, por demás, coherente que así sea: estas medidas se aplican allí donde la entidad es medio o instrumento del delito;<sup>56</sup> donde a lo más puede verse beneficiada por éste basta con la previsión relativa a la responsabilidad civil subsidiaria derivada del hecho punible del art. 120.4º,<sup>57</sup> que sí será aplicable en el delito de realización arbitraria del propio derecho cuando corresponda.

---

<sup>55</sup> Respecto de esta posibilidad vid. supra 5.B.I.a. Téngase en cuenta que la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 129 del CP exige la previsión de las mismas en el precepto correspondiente (art. 129.1.pr.), lo que en el art. 455 no sucede.

<sup>56</sup> Vid. v.gr. las previsiones de los arts. 194, 294, 327 y 370 del CP.

<sup>57</sup> Sobre la doctrina jurisprudencial en esta materia, Conde-Pumpido Ferreiro, C., "La responsabilidad civil *ex delicto* en el CP de 1995" (*LH-Barbero Santos I* (2001)), págs. 954 s.





# Conclusiones



## Conclusiones

Del estudio realizado en los capítulos precedentes se sigue que en el delito previsto en el art. 455 del CP español:

### I

La finalidad de realizar un derecho propio es un elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto. Nos encontramos ante un delito cuya penalidad resulta sustancialmente atenuada respecto de los delitos ordinariamente destinados a la represión del uso de la fuerza por el particular, precisamente en atención a que el elemento subjetivo al que el autor orienta el hecho supone una importante minoración del contenido de injusto: la potencialidad lesiva para el agredido del empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas finalmente orientadas a la realización de un derecho es menor que la que resulta inherente al empleo de estos medios con cualquier otra finalidad.

Así, el elemento nuclear constitutivo del injusto es el recurso objetivo a la violencia, intimidación o fuerza en las cosas; nunca la realización del derecho o la finalidad de realizarlo. El problema no es pues el contenido o límites de ejercicio del derecho (que podrían dar lugar, si no se exceden, a la justificación por ejercicio legítimo de un derecho, o si se rebasan a la aplicación de las figuras del fraude de ley, el abuso del derecho, o la *exceptio doli* por atentar contra la buena fe), sino la arbitrariedad violenta a la que acude el sujeto para posibilitar este ejercicio.

### II

El bien jurídico protegido es el *monopolio del estado en el uso ordinario de la fuerza*, que no se identifica con la 'Administración de Justicia' pero aparece

como elemento indispensable para que ésta pueda cumplir su función, y es ejercido por la jurisdicción; lo cual explica la ubicación sistemática del precepto. Este monopolio se articula en el nuestro sistema constitucional para proteger mediatamente otros bienes jurídicos, y se lesiona con todo recurso arbitrario a la fuerza por el particular; sin embargo, allí donde los bienes mediatamente protegidos resulten principalmente afectados, se atenderá a su tutela directa. Sólo cuando aparece la finalidad de realizar un derecho propio, minorando el desvalor de acción, entra en juego el delito previsto en el art. 455 del CP, que atiende a la lesión del bien jurídico colectivo y no a las eventuales lesiones -minoradas- de los bienes individuales.

### III

La finalidad de realizar un derecho propio es un elemento subjetivo del tipo, esto es, un supuesto de incongruencia típica por excedencia subjetiva, que ejerce la función de elemento subjetivo de minoración del contenido de injusto de la conducta objetivamente desarrollada. Así:

- El sujeto ha de pretender realizar un derecho subjetivo, esto es, una libertad de actuación con efectos jurídicos cuyo ejercicio genera un deber para algún, algunos o todos los demás sujetos.

- Esta finalidad ha de leerse en la acción de acuerdo con criterios normativos que a su vez imponen una cierta proporción entre el derecho que se pretende realizar y el recurso a la fuerza empleado; pero es un elemento final subjetivo y no un requisito objetivo del tipo. No es necesario que el derecho en cuestión exista realmente, basta con que resulte abstractamente configurable en nuestro ordenamiento, el sujeto crea en su existencia y pretenda realizarlo con su recurso a la fuerza.

- La concurrencia de esta finalidad supone en todo caso una minoración del desvalor de acción de la conducta, que es menos peligrosa para los bienes jurídicos que cuando el autor pretende algo lisa y llanamente antijurídico, porque

el propósito de realizar un derecho frena y autolimita el alcance del recurso a la fuerza y la peligrosidad de éste.

De todo ello se sigue la incompatibilidad del ánimo de realizar un derecho propio con el ánimo de lucro, entendido como finalidad de incremento patrimonial sin título y a costa de tercero: o se actúa con una finalidad o con la otra.

#### IV

El recurso a la fuerza es el único elemento objetivo requerido por el tipo, que no atiende ya como sus precedentes al apoderamiento de cosas ni a la efectiva existencia de una relación crediticia vencida. Y en este único elemento objetivo radica por entero la constitución del injusto penalmente relevante: si el elemento subjetivo minorra el contenido de injusto, el elemento objetivo ha de determinar la relevancia penal en términos tales que la concurrencia de la finalidad de realizar un derecho propio no la desvirtúe. De esto se sigue, por coherencia sistemática, la necesidad de que la fuerza típica de acuerdo con el art. 455 del CP (violencia, intimidación o fuerza en las cosas, que habrán de serlo de acuerdo con el sentido usual de estos términos) resultara asimismo punible por otro título del libro II del CP si se hubiera desarrollado con una finalidad distinta.

La 'violencia' requerida será, pues, el uso de fuerza física sobre una persona que, de tener lugar sin la finalidad típica, constituiría delito; la 'intimidación', la conminación con un mal próximo o remoto en el tiempo que sea constitutivo de delito contra el interesado o persona a la que se halle vinculado; y la 'fuerza en las cosas', su alteración violenta en términos punibles de acuerdo con el libro segundo del CP.

No es preciso que la violencia o intimidación recaigan sobre el sujeto pasivo del derecho alegado, en tanto puedan entenderse finalmente orientadas a su realización; ni que la fuerza en las cosas se ejerza sobre bienes de aquel,

aunque no podrá entenderse que hay fuerza típica si sólo se afecta a objetos propios o con consentimiento de cuyo titular se actúe.

La consumación se produce con el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, sin requerir en modo alguno la realización del derecho; no obstante, la tentativa resulta configurable, allí donde se haya dado principio a la ejecución sin llegar a ejercer efectivamente violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

## V

La autoría se define por la concurrencia del empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas y el elemento subjetivo del tipo (finalidad de realizar un derecho subjetivo; lo que puede hacer tanto el titular como un representante o mandatario). La coautoría requiere en todos los coautores ambos elementos; en caso contrario, se rompe el título de imputación y cada cual será autor del delito que le corresponda. La autoría mediata requiere de un instrumento no doloso; si el instrumento es doloso sólo él puede ser autor, el ‘hombre de detrás’ es inductor y la calificación como realización arbitraria del propio derecho u otro delito dependerá de que el ‘instrumento’ (esto es, el autor) tenga o no la finalidad de realizar un derecho propio. La cooperación necesaria, así como la complicidad, habrán de referirse al empleo de la fuerza y no sólo a la realización del derecho.

La comisión por omisión no es posible, porque este delito no ‘consiste’ en un resultado en los términos requeridos en el art. 11 del CP.

## VI

La necesidad de que se actúe ‘fuera de las vías legales’ excluye del ámbito típico del art. 455 del CP los supuestos de ejercicio legítimo de derechos. El hecho sería, en cuanto a este delito respecta, atípico, sin perjuicio de que si se plantea la aplicación de otro tipo penal la conducta resulte efectivamente

justificada. Sin embargo, difícilmente se hallará un derecho subjetivo en sentido estricto que faculte para realizarlo por la fuerza, de forma que el inciso queda vacío de contenido práctico, salvo las consecuencias en sede de error: si el sujeto actúa convencido de que su derecho le faculta para recurrir a la fuerza, obra en error de tipo y quedará impune.

La justificación por legítima defensa se aplica a situaciones difícilmente compatibles con los requisitos típicos del delito de realización arbitraria del propio derecho. Nada obsta, por el contrario, a que puedan presentarse supuestos justificados por estado de necesidad. Y el error sobre este extremo deberá recibir el tratamiento previsto para el error de prohibición (art. 14.3 del CP).

## VII

La modalidad prevista en el 455.2 del CP es de carácter pluriofensivo, añadiendo a la lesión del monopolio estatal en el uso ordinario de la fuerza un *plus* de peligro para la integridad del sujeto, de forma que sólo la concurrencia cumulativa de ambas afectaciones explica por entero el contenido de injusto.

Las 'armas u objetos peligrosos' susceptibles de integrar la agravación han de representar un efectivo y concreto peligro para la integridad del agredido o intimidado; peligro que debe leerse de la idoneidad objetivamente lesiva del objeto y del uso efectivamente peligroso que del mismo se haya realizado. En la valoración de este peligro se atenderá a todas las circunstancias concurrentes, sin que las lesiones efectivamente producidas basten por sí mismas para probar el peligro de progresión lesiva.

## VIII

En la solución de los problemas concursales planteables, deberá atenderse a que:

- Las lesiones de la vida o la salud del sujeto pasivo constitutivas de delito, o la tentativa dolosa de las mismas, no pueden encuadrarse en el tipo de



realización arbitraria del propio derecho. En cuanto a lesiones constitutivas de falta, se adoptará la misma solución que sería aplicable al delito violento por el que se castigaría la conducta si faltara la finalidad de realizar un derecho propio.

- Sólo la afectación de la libertad personal necesaria en un marco proporcionado para la realización del derecho encontrará cabida en el tipo del art. 455; lo que en todo caso excluye privaciones de libertad prolongadas en el tiempo.

- Las afectaciones de bienes jurídicos inconexos con la realización del derecho no pueden en ningún caso reconducirse al ámbito del delito que nos ocupa.

- Los delitos que requieren ánimo de lucro y el que es objeto de este estudio atienden a ámbitos conceptuales diferentes; en cuanto a los delitos patrimoniales violentos o intimidatorios que no requieren ánimo de lucro, debe entenderse que la sistemática del código impone a éstos un carácter subsidiario respecto del que nos ocupa, lo que exige a su vez entender que los hechos que objetivamente integran infracciones patrimoniales no violentas llevadas a cabo con la finalidad de realizar un derecho propio deberán considerarse atípicos.

## IX

Las diferentes causas de inimputabilidad e inexigibilidad sólo serán aplicables a este delito en la medida en que su estimación resulte compatible con la afirmación del elemento subjetivo del tipo.

En cuanto a las eximentes incompletas, las referidas a causas de inimputabilidad o inexigibilidad han de recibir las mismas precauciones que las causas a las que se refieren; la incompleta de estado de necesidad no plantea mayores problemas; y las de ejercicio legítimo de un derecho y legítima defensa plantean el problema de la incompatibilidad del delito que nos ocupa con las respectivas eximentes, lo que las hace inaplicables.

Por lo que a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecta, su aplicabilidad a este delito depende fundamentalmente de su compatibilidad con el elemento subjetivo del tipo.



# BIBLIOGRAFÍA



## BIBLIOGRAFÍA

La primera cita en nota al pie, sin ser una cita completa, comprende el título de la obra en la suficiente extensión para permitir su identificación; se indica a continuación entre paréntesis el año, en los artículos precedido por la obra o revista, y en los manuales en su caso por la edición. Las siguientes citas, si se emplea una sola obra del autor, se hacen por sus apellidos; cuando se cita más de una se indica por el principio del título o por la parte del mismo que permita una identificación inequívoca. En los casos en que se manejan varias ediciones de una obra, las citas sin fecha entre paréntesis son de la última edición.

- *Código penal de don Carlos VII: por la gracia de Dios, rey de España: edición oficial*. Imprenta Real, Tolosa, 1875.
- *Los códigos españoles: concordados y anotados*. 12 vols., Publicidad, Madrid, 1847-1851.
- ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant, Valencia, 2000.
- ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil I: introducción y parte general: vol. 2º: la relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996.
- ALESSANDRI, RENZO: "Il possesso delle cose nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *GCCSCsp*, 1950 I, págs. 124-127.
- ALIBRANDI, LUIGI (ed.): *Il codice penale commentato con la giurisprudenza*. 6ª ed., Tribuna, Piacenza, 1997.
- ALIMENA, BERNARDINO: "L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e la lesione colposa", en *RDPP*, 1915 II, págs. 214-217.
- ALIMENA, FRANCESCO: "Il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed il taglio dei fili della condotta elettrica", en *Il foro italiano*, 1934 II, cols. 28-37.
- ALMEIDA SALLES, ROMEU DE (jr): *Curso completo de Direito penal*. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991.
- ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA: "La legislación histórica de orden público", en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 921-940.
- ALONSO RIMO, ALBERTO: *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Tirant, Valencia, 2002.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: "Bien jurídico y constitución", en *CPC*, nº 43, 1991, págs. 5-44.
- "Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242 del CP" (*LL* 1997-I, págs. 1823-1832)
- ALVES DA SILVA, EDEVALDO: *Direito penal: PE*. Bushatsky, São Paulo, 1980.
- AMELUNG, KNUT: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*. Athenäum, Frankfurt a.M., 1972.

- ANCEL, MARC: "Rapport général sur le principe 'nul ne peut se faire justice à soi-même' et ses limites en Droit pénal et en Droit du travail", en *TAHC*, XVIII, 1969, págs. 149-158.
- ANGIONI, FRANCESCO: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Giuffrè Milano, 1983.
- ANTOLISEI, FRANCESCO: "Il problema del bene giuridico", en *Scritti di Diritto penale* Giuffrè, Milano, 1955, págs. 97-128. Publicado anteriormente en *RIDPP*, 1939-3.
- *Manuale di Diritto penale: PG*. 14ª ed. a cargo de L. CONTI, Giuffrè, Milano, 1997.
- *Manuale di Diritto penale: PS II*. 12ª ed. a cargo de L. CONTI, Giuffrè, Milano 1997.
- ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho penal: tomo I: parte general*. Madrid, 1949.
- ARABIA, FRANCESCO SAVERIO: *I principii del Diritto penale applicati al codice italiano*. Napoli, 1891.
- ARAGONA, FILORETO: "Reato plurioffensivo, categoria operativa e non meramente descrittiva: a proposito dei delitti di falso", en *RIDPP*, 1971, págs. 960-975.
- ARAMBURU Y ARREGUI, JUAN DOMINGO DE: *Instituciones de Derecho penal español. arregladas al código reformado en 30 de junio de 1850*. Benito González, Oviedo, 1860.
- ARCAYA, MARIANO: *Código penal comentado y concordado con la jurisprudencia de Instancia y Casación: t. I: art. 1º al art. 374º*. El Cojo, Caracas, 1968.
- ARDIZZONE, SALVATORE: *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*. Giuffrè, Milano, 1975.
- "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *Digesto delle Discipline Penalistiche: vol. IV*. 4ª ed., Utet, Torino, 1990, págs. 311-320.
- "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *Digesto delle Discipline Penalistiche: aggiornamento*. 4ª ed., Utet, Torino, 2000, págs. 260-262
- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Comentarios al código penal colombiano: t. II: PE*. Vol 1, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1983.
- *Comentarios al código penal colombiano: t. II: PE*. 6ª ed., Temis, Bogotá, 1986.
- ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ-VILLARES, J.A.; SANTIAGO RUIZ, A. DE, y GOYENA HUERTA, J.: *Diccionario de Jurisprudencia penal: 120 años de jurisprudencia criminal*. Aranzadi, Pamplona, 1993.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS: "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en *RJCM*, nº 1, 1987, págs. 97-110.
- ARZT, GUNTHER: "Zum Zweck und Mittel der Nötigung", en *VV.AA.: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Gruyter, Berlin, 1974, págs. 823-839.
- "Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr: Zum Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat", en G. GRÜNWARD, O. MIEHE, H.-J. RUDOLPHI y H.-L. SCHREIBER: *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*. Schwartz, Göttingen, 1975, págs. 77-88.
- ARZT, GUNTHER / WEBER, ULRICH: *Strafrecht BT: Ein Lehrbuch in 5 Hefen: LH 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*. 2ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1986.
- ATIENZA, MANUEL: "Una clasificación de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, 1986-87, págs. 29-43.
- BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición", en M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ

## Bibliografía

---

- (eds.): *Comentarios a la legislación penal: t. V, vol. I: La reforma del CP de 1983*. Edersa, Madrid, 1985, págs. 53-89.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, en *ADPCP*, 1975, págs. 355-377.
- “Problemas concursales entre los delitos de robo, coacciones, amenazas condicionales y rapd”, en *Revista de Derecho Público*, 1976, págs. 167-172.
- *La realización arbitraria del propio derecho*. Civitas, Madrid, 1976.
- “El delito de coacciones”, en el colectivo *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. U. de Santiago de Compostela, 1989, págs. 57-72.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, y LOZANO MIRALLES, JOSÉ: “La realización arbitraria del propio derecho”, en el colectivo *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz: vol. I*. Inst. Criminología, Valencia, 1997, págs. 141-153. También publicado en el colectivo *Delitos contra la Administración de Justicia*. Comares, Granada, 1995, págs. 279-301.
- BALZAROTTI, MARIA LUISA: *Manuale pratico del Diritto penale*. 2ª ed., Cedam, Padova, 1999.
- BALLESTEROS LLOMPART, JESÚS: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 3ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1994.
- BARBALINARDO, GUSTAVO: “Un discutibile caso di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose”, en *Giurisprudenza di Merito*, 1994, págs. 126 s.
- BARBERO SANTOS, MARINO: “El bandolerismo en la legislación vigente”, en *ADPCP*, XXIII, 1970, págs. 253-286.
- BATTAGLINI, ERNESTO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante taglio di fili conduttori di energia elettrica”, en *GP*, 1949 II, cols. 681-683.
- “Osservazioni sui limiti della liceità penale della autodifesa privata”, en *GP*, 1951 II, cols. 1277-1280.
- “Osservazioni sul principio ‘qui continuat non attentat’”, en *GP*, 1956 II, cols. 572 s.
- BAUCELLS I LLADÓS, JOAN: *La delincuencia por convicción*. Servei de publicacions de la UAB - Tirant, Valencia, 2000.
- BAUMANN, JÜRGEN: “Zum Zueignungsbegriff: Bemerkungen zu dem Buch von Manfred Maiwald: *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikten*”, en *GA*, 1971, págs. 306-312.
- BAUMANN, JÜRGEN / WEBER, ULRICH / MITSCH, WOLFGANG: *Strafrecht AT: Lehrbuch*. 10ª ed., Giesecking, Bielefeld, 1995.
- BAYARDO BENGOA, FERNANDO: *Derecho penal uruguayo*. FCU, Montevideo, 1977.
- BELING, ERNST: *Die Lehre vom Verbrechen*. Mohr, Tübingen, 1906.
- *Die Lehre vom Tatbestand*. Mohr, Tübingen, 1930; hay traducción de L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CÁRDENAS, *El rector de los tipos de delito*, Reus, Madrid, 1936.
- BELLINI, AUGUSTO: “Sull’esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose”, en *GP*, 1958 II, cols. 85-89.
- BELLONE, PIER MARIO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e servitù di passaggio”, en *GI*, 1959 II, cols. 221-225.
- BENEYTEZ MERINO, LUIS: “Art. 455”, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (ed.): *Código penal: doctrina y jurisprudencia*. Trivium, Madrid, 1997, págs. 4249-4256.



- BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BENTABOL MANZANARES, FERNANDO: *El CP de 1995: resumen práctico de novedades*. Colex, Madrid, 1996.
- BERARD, PETER: *Die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen als strafrechtliches Problem*. Tesis, Heidelberg, 1978.
- BERNSMANN, KLAUS: Zur strafrechtliche Beurteilung der eigenmächtigen ‘In-Pfand-Nahme’”, en *NJW*, 1982, págs. 2214- 2218.
- BERTEL, CHRISTIAN, y SCHWAIGHOFER, KLAUS: *Österreichisches Strafrecht: BT I: §§ 75 bis 168 StGB*. 6ª ed., Springer, Wien-New York, 2000.
- BESELER, GEORG: *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851: nach amtlichen Quellen*. Weidmann, Leipzig, 1851.
- BETEGÓN CARRILLO, JERÓNIMO; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN DE, y PRIETO SANCHIS, LUIS: *Lecciones de teoría del Derecho*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- BETTIOL, GIUSEPPE: “Bene giuridico e reato”, en *Scritti Giuridici, I*. Cedam, Padova, 1966, págs. 318-329. Publicado previamente en *RIDP*, 1938, nº 1.
- BETTIOL, GIUSEPPE / PETTOELLO MANTOVANI, LUCIANO: *Diritto penale: parte generale*. 12ª ed., Cedam, Padova, 1986.
- BINDING, KARL: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts: BT: 1. Band*. 2ª ed., Engelmann, Leipzig, 1902.
- “Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung: Studie für das künftige Strafgesetzbuch”, en *GS*, 76, 1910, págs. 1-86.
- *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die Rechtsmäßige Handlung und die Arten des Delikts: Zweite Auflage: Zweiter Band: Schuld, Vorsatz, Irrtum: Erste Hälfte: Zurechnungsfähigkeit. Schuld*. Meiner, Leipzig, 1914.
- *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die Rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts: I*. Meiner, Leipzig, 1916.
- BIONDI, BIONDO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni - Diritto romano”, en A. AZARA y E. EULA: *Novissimo Digesto Italiano: vol. VI*. Utet, Torino, 1964, págs. 811 s.
- BOBBIO, NORBERTO: “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en N. BOBBIO, G. PONTANARA y S. VECA: *Crisis de la democracia*. Ariel, Barcelona, 1985, págs. 5-25.
- BOCKELMAN, PAUL: “Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht”, en K. ENGISCH y R. MAURACH (eds.): *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag: 15.10.1953*. Beck, München, 1954, págs. 363-382.
- BOHNE, G.: “Anmerkung” a la S. del Reichsgericht de 20-II-1930, en *JW*, 1930, págs. 2548 s.
- BOIX REIG, JAVIER: “Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria”, en *CPC*, 1977, nº 3, págs. 29-52.
- “Protección penal del medio ambiente”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, monográfico *CDJ*, 1994, págs. 113-146.

## Bibliografía

- BONINI, GIOTTO: “La titularità del diritto di querela nel reato di esercizio arbitrario”, en *RP*, 1935, págs. 1168-1171.
- “L’esercizio del diritto che scrimina dal reato di esercizio arbitrario”, en *RP*, 1936, págs. 1149-1154.
- BONOMO, GERARDO: “Passaggio senza titolo ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GP*, 1951 II, cols. 659-662.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: “El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, en el colectivo *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz: vol. I*. Inst. Criminología, Valencia, 1997, págs. 225-280.
- *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Tirant, Valencia, 2002.
- *Teoría general de las circunstancias modificativas*, en prensa.
- BOSCHI, MARCO: “Reato complesso e ragion fattasi”, en *Il foro italiano*, 1962 II, cols. 112-118.
- BRASIELLO, TEUCRO: *Il nuovo codice penale: la PS*. Morano, Napoli, 1932.
- BRAUN, WERNER: *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*. Weicher, Leipzig, 1936.
- BRICOLA, FRANCO: “Considerazione esegetiche sul dolo specifico del reato di falso in scrittura privata”, en *Archivio Penale*, XIV, 1960-II, págs. 63-77.
- “Teoria generale del reato”, en A. AZARA y E. EULA: *Novissimo Digesto Italiano: vol. XIX*. Utet, Torino, 1973, págs. 7-93.
- “Técnicas de tutela penal e técnicas alternative di tutela”, en M. DE ACUTIS y G. PALOMBARINI (eds.): *Funzioni e limiti del Diritto penale: alternative di tutela*. Cedam, Padova, 1984, págs. 1-84.
- BRODAG, WOLF-DIETRICH: *Strafrecht: Kurzlehrbuch zum BT des StGB*. 8ª ed., Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 1998.
- BRUNELLI, DAVID: “Della tutela arbitraria delle private ragioni”, en T. PADOVANI (ed.), *Codice penale*. Giuffrè, Milano, 1997.
- BUSCH, RICHARD: *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*. Mohr, Tübingen, 1949.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de Derecho penal: PE*. 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1986.
- “Política criminal e injusto”, en *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987, págs. 159-180. Publicado previamente en *Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 1.
- “Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el CP de 1932”, en *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987, págs. 181-203. Publicado previamente en *RFDUCM*, nº 11.
- *Manual de Derecho penal: PG*. 4ª ed. puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, PPU, Barcelona, 1994.
- CAIROLI MARTÍNEZ, MILTON: *Curso de Derecho penal uruguayo: PE: t. IV*. 2ª ed., FCU, Montevideo, 1995.
- CAMAÑO ROSA, ANTONIO: *Delitos*. Medina, Montevideo, 1949.
- *Tratado de los delitos*. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1967.
- CAMPOS CRISTÓBAL, RAQUEL: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal* nº 6, julio 2000, págs. 15-30.

- CAMPOS PIRES, ARIOSVALDO DE: *Compêndio de Direito penal: PE: vol. III: arts. 184 a 361*. Forense, Rio de Janeiro, 1992.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL: “Art. 455”, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO y A. JORGE BARREIRO (eds.), *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 1195-1197.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: “La disponibilidad del derecho subjetivo”, en *Revista de Derecho Notarial*, nº 127, en.-mar. 1985, págs. 55-86.
- CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO: *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*. Trotta, Madrid, 1995.
- CAPIZZANO, EZIO: “Danneggiamento ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *RIDPP*, 1962, págs. 197-200.
- CARACCIOLI, IVO: *L'esercizio del diritto*. Giuffrè, Milano, 1965.
- *Delitti contro l'amministrazione della giustizia: Lezioni di Diritto penale I - PS*. Giappichelli, Torino, 1995.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes*. Edersa, Madrid, 1982.
- “De los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en la PANCP”, en *DJ*, nº 37-40, en.-dic. 1983, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, págs. 1276-1306.
- “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, monográfico *CDJ*, 1994, págs. 9-22.
- “Art. 20.7º”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995*. Tirant, Valencia, 1995, págs. 180-195.
- *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1999.
- “El sistema de la justificación en el art. 20 CP 1995”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 121-141. Puede verse una primera versión en *El sistema de la responsabilidad en el nuevo CP*, monográfico *CDJ*, 1997, págs. 101-129.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: “Delitos contra la libertad I: detenciones ilegales y secuestros”, en VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal: parte especial*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1999.
- “Delitos contra la libertad II: amenazas, coacciones”, *ibidem*
- “Lesiones”, *ibidem*.
- “Lecc. XV: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, *ibidem*.
- CÁRDENAS, FRANCISCO DE: “Examen crítico del nuevo código penal”, en *El Derecho moderno, revista de jurisprudencia y administración*, varios tomos y años desde 1847.
- CARDOSO DE GUSMÃO, SADY: “Exercício arbitrário das próprias razões”, en J.M. DE CARVALHO SANTOS y J. DE AGUIAR DIAS: *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro: vol. 22*. Borsoi, Rio de Janeiro, s/f (vol. 1 fechado en 1947).
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Teoria generale del reato*. Cedam, Padova, 1933.

## Bibliografía

---

- CARRARA, FRANCESCO: "Fine e mezzi", en *Opuscoli di Diritto criminale: vol. VII*. 4ª ed., Cammelli, Firenze, 1899, págs. 471-492.
- "Furto e ragion fattasi: teorica", en *Opuscoli di Diritto criminale: vol. VI*. 5ª ed., Cammelli, Firenze, 1905, págs. 93-132.
- *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa: PS: vol. II y V*. 9ª ed., Firenze, 1911. Existe traducción castellana de J. ORTEGA TORRES y J. GUERRERO, Temis, Bogotá, 1986.
- CARRIÓ, GENARO R.: "Nota preliminar" crítica a la traducción de W.N. HOHFELD: *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara, México, 1991, págs. 1-21.
- CARTA, STANISLAO: "Esercizio di un diritto ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *RIDP*, 1936, págs. 677-683.
- CASABÓ RUIZ, JOSÉ RAMÓN: *El anteproyecto de código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* Universidad de Murcia, 1978.
- *El proyecto de código penal de 1939*. Univ. de Murcia, 1978.
- CASSASÚS, JUAN J. E.: *Código de defensa social y derecho penal complementario: t. II*. 2ª ed., Molina, La Habana, 1950.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: "El concepto del derecho subjetivo", en *RDP*, nº 281, junio 1940, págs. 121-131.
- *Derecho civil español, común y foral: t. I: introducción y parte general: vol. 2: teoría de la relación jurídica*. Reimpresión de la 14ª ed., revisada y puesta al día por J.L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1987.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: "El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del CC", en el colectivo *Estudios sobre el título preliminar del CC*. Edersa, Jaén, 1977, págs.469-531.
- CASTEJÓN, FEDERICO: *Derecho penal: tomo I: criminología general y especial: ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930*. 1ª ed., Reus, Madrid, 1931.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho civil de España: PG: t. I: libor preliminar: introducción al Derecho civil*. 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- CEREZO MIR, JOSÉ: "Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el Derecho penal español", en T. VOGLER (ed.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin, 1985, págs. 441-456.
- "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", en *ADPCP*, 1987, nº 40, págs. 273-299.
- *Curso de Derecho penal español: parte general II: teoría jurídica del delito*. 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, reimpresión 1999.
- CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA: *El delito de coacciones en el código penal de 1995*. Tirant, Valencia, 1999.
- CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA, y CHAVES PEDRÓN, CÉSAR: "Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público", en *Actualidad Penal*, nº 19, 8-17 de mayo de 2000, págs. 419-435.
- CHIAROTTI, FRANCO: "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni in materia di scolo delle acque", en *GCCSC*, 1945 II, págs. 150-156.
- CHIOSSONE, TULLIO: *Anotaciones al Código Penal Venezolano: t. II*. Cooperativa de Artes Gráficas, Caracas, 1938.

- CIVOLI, CESARE: *Trattato di Diritto penale: vol. secondo: parte speciale*. Pirola, Milano, 1912.
- CLASS, WILHELM: *Grenzen des Tatbestandes: Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, erster Teil: Die Lehre vom Tatbestand*. Es *Strafrechtliche Abhandlungen* n° 323, Kutze, Breslau-Neukirch, 1933.
- CLIMENT DURÁN, CARLOS: “Las jeringuillas como instrumento peligroso para cometer el delito de robo”, en *RGD*, 1991, n° 556-557, págs. 129-135.
- *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*. Tirant, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL, y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho penal: PG*. 5ª ed., Tirant, Valencia, 1999.
- COLÁS TURÉGANO, MARÍA ASUNCIÓN: *Delitos contra el medio ambiente: aproximación jurídico-constitucional*. Tesis doctoral inédita, U. de València, Valencia, 1995.
- *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el código penal de 1995*. Tirant, Valencia, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura: parte especial: vol. II: temas 42 a 60*. Colex, Madrid, 1997.
- “La responsabilidad civil *ex delicto* en el CP de 1995”, en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 1. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 935-965.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: “Protección penal del sabotaje informático: especial consideración de los delitos de daños”, en *LL*, 1990-I, págs. 1000-1016.
- CORDERO, FRANCO: “Sulla configurabilità del reato di cui all’art. 393cp nell’esazione violenta di un credito”, en *GI*, 1951 II, cols. 217-220.
- “Sull’esercizio arbitrario dei cosiddetti diritti potestativi”, en *GI*, 1952 II, cols. 217-224.
- CÓRDOBA RODA, JUAN: *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*. Ariel, Barcelona, 1963.
- *Comentarios al CP: t. III: arts. 120-340 bis c)*. Ariel, Barcelona, 1978.
- CORTESANI, DOMENICO: “Dei delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en el colectivo *I codici penali nel primo decennio di attuazione: volume primo*. Giuffrè, Milano, 1942, págs. 423-462.
- CORTESE RIVA PALAZZI, ENZIO, y VENERIA, CARLO DELLA: *Compendio di Diritto penale: secondo il codice Rocco*. Lattes, Torino, 1932.
- COSTA, PAULO JOSÉ DA (jr): *Curso de Direito penal: PE: vol. 3: Dos crimes contra os costumes a Dos crimes contra a Administração Pública*. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992.
- CRAMER, PETER: § 263 en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (26ª ed., 2001).
- CRAMER, PETER / STERNBERG-LIEBEN, D.: “§ 15” en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (26ª ed., 2001).
- CRIVELLARI, GIULIO: *Concetti fondamentali di Diritto penale*. Utet, Torino, 1888.
- CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO: *El concepto de derecho subjetivo*. Fontamara, México, 1999.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO: *El Derecho penal de Rusia soviética: seguido del código penal ruso de 1926: texto íntegro*. Bosch, Barcelona, 1931.
- *Derecho penal: t. II: parte especial: vol. primero*. 14ª ed. revisada y puesta al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, Bosch, Barcelona, 1982.

## Bibliografía

- CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", en *ADPCP*, 1981, págs. 461-483.
- *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000.
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: "Art. 20.5º", en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995*. Tirant, Valencia, 1995, págs. 140-162.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Sobre el concurso entre causas de justificación", en D.-M. LUZÓN PEÑA y S. MIR PUIG (eds.): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 215-257. También publicado en *ADPCP*, 1990, págs. 519-556.
- CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA: "Imputabilidad y nuevo CP", en el colectivo *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: libro-homenaje al Prof. Torio López*. Granada, 1999, págs. 299-324.
- "Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal", en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 1. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 967-991.
- CURZON, L.B.: *Criminal Law*. 8ª ed., Pitman, London-HongKong-Johannesburg-Melbourne-Singapore-Washington D.C., 1997.
- D'ANTONIO, LUIGI: "Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia", en E. PESSINA (ed.): *Enciclopedia del Diritto penale italiano: raccolta di monografie: vol. settimo*. Società Editrice Libreria, Milano, 1907.
- D'ORS, ÁLVARO, et al.: *El Digesto de Justiniano*. 3 tomos, Aranzadi, Pamplona, 1968 (t. I), 1972 (t. II) y 1975 (t. III).
- DABIN, JEAN: *El derecho subjetivo*. Traducción de F.J. OSSET, RDP, Madrid, 1955.
- DAL FIUME, GEO: "Dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose", en *GI*, 1950 II, cols. 8-10.
- DALL'ORA, ALBERTO: "Del taglio dei fili conduttori di energia elettrica in esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *RIDP*, 1950, págs. 232-235.
- "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione", en *GI*, 1951 II, cols. 39-46.
- DALLINGER, WILHELM: "Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen", en *MDR*, 1968, págs. 16-18.
- DEL CORSO, STEFANO: "Arts. 51-53", en T. PADOVANI (ed.): *Codice penale*. Giuffrè, Milano, 1997.
- DEL TRONO, RICCARDO: "Il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e le servitù di passaggio non apparenti", en *GCCSCsp*, 1952 II, págs. 501-504.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: *Lezioni di Filosofia del Diritto: anno accademico 1920-1921*. Sampaolesi, Roma, s/f.
- DELMANTO, CELSO: *Código penal comentado*. 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1988.
- DELPINO, LUIGI: *Diritto penale:PS*. 10ª ed., Simone, Napoli, 1998.
- DENCKER, FRIEDRICH: "Die Zueignungstatbestände", en F. DENCKER, E. STRUENSEE, U. NELLES y U. STEIN, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998: Examensrelevante Änderungen im Besonderen Teil des Strafrechts*. Beck, München, 1998, págs. 5-25.
- DERNBURG, HEINRICH: *Pandekten*. 3 vols., Müller, Berlin, 1897.
- *System des römischen Rechts*. Müller, Berlin, 1911.

- DÍAZ CRUZ, MARIO (padre): "Todavía sobre el derecho subjetivo: en pro de la independencia de la ciencia jurídica y de la conservación de sus conceptos clásicos", en *RGLJ*, nº 181, 1947, págs. 555-596.
- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO: *Código penal federal con comentarios*. 3ª ed., Porrúa, Mexico, 1998.
- DÍAZ PALOS, FERNANDO: "Ánimo de lucro", voz, en C.-E. MASCAREÑAS (ed.): *Nueva Enciclopedia Jurídica: vol. II*. Seix, Barcelona, 1950.
- "Coacción", voz, en C.-E. MASCAREÑAS (ed.): *Nueva Enciclopedia Jurídica: vol. IV*. Seix, Barcelona, 1952.
- DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*. PPU, Barcelona, 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*. Tirant, Valencia, 1990.
- "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la democracia*, nº 30, nov. 1997, págs. 10-19.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- DOHNA, ALEXANDER, GRAF ZU: "Die Elemente des Schuldbegriffs: Antrittsvorlesung, gehalten in der Aula der Universität Halle a.S. am 24. Oktober 1904", en *GS*, LXV, 1905, págs. 304-324.
- DOLCINI, EMILIO, y MARINUCCI, GIORGIO: "Costituzione e politica dei beni giuridici", en *RIDPP*, 1994, págs. 333-373.
- DOLZ LAGO, MANUEL-JESÚS: *La nueva responsabilidad penal del menor: comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero*. Ediciones RGD, Valencia, 2000.
- DOVAL PAIS, ANTONIO: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en el colectivo *Intereses difusos y Derecho penal*, monográfico *CDJ*, nov. 1994, págs. 23-71.
- *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco*. Tirant-U. de Valencia, Valencia, 1999.
- "Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas", en *Revista Penal*, nº 6, julio 2000, págs. 31-52.
- DRESCHER, ANGELIKA: "Anmerkung" a la S. del BGH de 3-II-1993, en *JR*, 1994, págs. 423-426.
- DUGUIT, LÉON: *Traité de Droit constitutionnel: t. I: la règle de Droit - le problème de l'État*. 3ª ed., Fontemoing, Paris, 1927.
- DURIGATO, LAURETTA: *Rilievi sul reato plurioffensivo*. Cedam, Padova, 1972.
- ECKER, SUSANNE: *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale: Der Versuch einer Problemanalyse auch unter historischem Aspekt*. Tesis, Göttingen, 1981.
- ELÍAS MONDEJA, ALFREDO: "Delitos contra la Administración de Justicia: breve comentario al delito de acusación y denuncia falsa y su proyección en el Proyecto de CP de 1992", en *RGD*, nº 600, sept. 1994, págs. 9135-9142.
- ENGISCH, KARL: *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Liebmann, Berlin, 1930.

## Bibliografía

---

- “Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen”, en el colectivo *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*. Scientia, Innsbruck, 1957, págs. 165-183.
- ENNECCERUS, LUDWIG / NIPPERDEY, HANS KARL: *AT des bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch: erste Halbband*. 14ª ed., Mohr, Tübingen, 1952. Existe traducción de la 13ª ed. (*Derecho civil: parte general: vol. 1º*. Bosch, Barcelona, 1953).
- ESCOBEDO, GENNARO: “Ancora sul diritto di querela nello esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed in altri reati congeneri commessi esclusivamente con violenza su persona diversa da quella del titolare del diritto”, en *GP*, 1910, cols. 1217-1244.
- “Forma e sostanza del diritto nel reato di esercizio arbitrario”, en *GP*, 1924, cols. 697-709.
- “Ancora sul titolare del diritto e la facoltà della querela nel reato di esercizio arbitrario”, en *GP*, 1928, cols. 982-985.
- ESCRICHE, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia: novísima edición corregida y aumentada por Juan B. Guim*. Ch. Bouret, Paris-México, 1885.
- ESCRIVÁ GREGORI, JOSÉ MARÍA: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1976.
- “Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, en *Papers: Revista de Sociología*, nº 13, 1980, págs. 141-163.
- ESER, ALBIN: “§ 240”, “§ 242”, “§ 246”, “§ 249” y “§ 253” en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (26ª ed., 2001).
- ESER, ALBIN; GIMBERNAT, ENRIQUE, y PERRON, WALTER (eds.): *Justificación y exculpación en derecho penal: coloquio hispano-alemán de derecho penal*. U. Complutense, Madrid, 1995.
- ESPAÑA - CORTES GENERALES: *Diario de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821: discusión del proyecto de CP: tomo III*. Imprenta Nacional, 1822.
- *Ley Orgánica del Código penal: trabajos parlamentarios*. 3 vols., Cortes Generales, Madrid, 1996.
- *Proyecto de ley orgánica del código penal*, en *BOCG* de 17-I-1980, Serie A, nº 108-I.
- *Proyecto de ley orgánica del código penal*, en *BOCG* de 23-IX-1992, Serie A, nº 102-1.
- ESPAÑA - MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyecto de código penal 1992*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- *Proyecto de ley orgánica del código penal*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho civil español: vol. I: PG*. 8ª ed., Edersa, 1982.
- FABBRINI MIRABETE, JULIO: *Manual de Direito Penal: PE: vol. 3: arts. 2235 a 361 do CP*. 3ª ed., Atlas, São Paulo, 1988.
- FAIRÉN MARTÍNEZ, MANUEL: “El abuso del derecho: apuntes para una construcción”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1960, págs. 245-292.
- FEDELE, ALFREDO: *Possesso ed esercizio del diritto*. Giappichelli, Torino, 1950.



- FERA, GIOVANNI: "L'art. 392 C.p. e la nozione di violenza sulle cose", en *GP*, 1969 II, cols. 517-528.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, MANUEL, y LÓPEZ MORENO, JUANA: "Consideraciones sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho", en *Actualidad Penal*, nº 27, 30 junio - 6 julio de 1997, págs. 605-627. Versión previa, más breve, publicada como "La nueva configuración del delito de realización arbitraria del propio derecho", en *Delitos contra la Administración de Justicia*, monográfico CDJ, 1997.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, SERAFÍN SERIOCHA, y REGALADO SALAZAR, JUAN MANUEL: *República de Cuba: Ley nº 62: CP: ed. actualizada, concordada y comentada*. Septiembre 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DOLORES: *El robo con fractura exterior*. PPU, Barcelona, 1997.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS: *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de P. ANDRÉS, A. RUIZ, J.C BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Trotta, Madrid, 1995.
- *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS: "Autoría y delitos especiales", en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 1. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 1013-1026.
- FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE: *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Montecorvo, Madrid, 1984.
- FERRER SAMA, ANTONIO: *Comentarios al código penal: t. III*. 1ª ed., Nogués, Murcia, 1948.
- FERRI, ENRICO: *Sociología criminal*. 2ª ed., Góngora, Madrid, 1907 (la 1ª ed. española es de 1887).
- *Principii di Diritto criminale: delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*. Utet, Torino, 1928. Hay traducción de J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Reus, Madrid, 1933.
- FERRIS ALBENCA, VICENTE SEBASTIÁN: "La realización arbitraria del propio derecho", en *ADPCP*, 1988, págs. 809-832.
- FEZER, GERHARD: "Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüterschutzes: Zur Problematik eines allgemeinen Nötigungstabestandes", en *JZ*, 1974, págs. 599-606.
- "Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut der § 240 StGB", en *GA*, 1975, págs. 353-362.
- "Zur Rechtsgutsverletzung bei Drohungen: Neue Tatbestände zum Schutz der persönlichen Freiheit?", en *JR*, 1976, págs. 95-100.
- FIANDACA, GIOVANNI: "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", en *RIDPP*, 1982, págs. 42-81.
- FIANDACA, GIOVANNI, y MUSCO, ENZO: *Diritto penale: PG*. 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995 (reimpresión 1999).
- *Diritto penale: PS: vol. I*. Zanichelli, Bologna, 1988; reimpresión 1993.
- FINZI, MARCELLO: "Il cosiddetto 'dolo specifico': volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato", en el colectivo *Studi in memoria di Arturo Rocco: vol. I*. Giuffrè, Milano, 1952, págs. 381-407.

## Bibliografía

---

- FIGLIO, CARLO: *Diritto penale: parte generale: I: introduzione allo studio del Diritto penale: la legge penale - il reato*. Utet, Torino, 1993.
- FISCHER, HANS ALBRECHT: *Die Rechtswidrigkeit: mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. Beck, München, 1911.
- FLORIAN, EUGENIO: "Il diritto di querela nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *RDPP*, 1910 II, págs. 568-571.
- *La teoria psicologica della diffamazione: studio sociologico-giuridico*. 2ª ed., Bocca, Torino, 1927 (la 1ª ed. es de 1893).
- FOLGADO, AVELINO: *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: especial atención a los teólogos-juristas españoles del siglo XVI: I*. San Lorenzo de El Escorial-Madrid, 1960. Publicado también en *Anuario Jurídico Escorialense*, I, 1960, págs. 13-330.
- FOSCHINI, GAETANO: "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *Reati e pene*. Giuffrè, Milano, 1960. También publicado en *RIDP*, 1951, págs. 147 ss.
- FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO: *Lições de Direito penal: 4º vol. 2ª ed.*, Bushatsky, São Paulo, 1965.
- FRANCO GUZMÁN, RICARDO: *La subjetividad en la ilicitud*. Cajica, México-Lima-Buenos Aires, 1959.
- FRANK, REINHARD: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetz*. 17ª ed., Mohr, Tübingen, 1926.
- GALGANO, FRANCESCO: "Civile e penale nella produzione di giustizia", en M. DE ACUTIS y G. PALOMBARINI (eds.): *Funzioni e limiti del Diritto penale: alternative di tutela*. Cedam, Padova, 1984, págs. 85-106.
- GALLAS, WILHELM: "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en *ZStW*, LXVII, 1955, págs. 1-47. Está publicado además por Gruyter, Berlin, 1955; y hay traducción de JUAN CÓRDOBA RODA: *La teoría del delito en su momento actual*. Bosch, Barcelona, 1959.
- GALLEGO, ELIO A.: *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Dykinson, Madrid, 1999.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN: "Art. 563", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1595-1599.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *EPC*, XVI, 1992-1993, págs. 63-103.
- "Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el proyecto de código penal de 1992", en el colectivo *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Profesor Doctor D. Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993, págs. 519-530.
- "Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el código penal de 1995", en *Delitos contra la Administración de Justicia*, monográfico *CDJ*, 1997, págs. 279-300.
- *El delito de hurto*. Tirant, Valencia, 1998.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Introducción al estudio del Derecho*. 21ª ed., Porrúa, México, 1973.
- GARCÍA MIGUEL, MANUEL: "Los delitos contra la Administración de Justicia en la PANCP", en *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, nº 37/40, vol. 2, 1983, págs. 1109-1115.

- GARCÍA VALDÉS, CARLOS: *Notas sobre el Proyecto de Código Penal*. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: “El delito de coacciones”, en *Estudios Penales*. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 251-284. Publicado previamente como “Sobre el delito de coacciones”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1983, págs. 105 a 151.
- GAROFALO, RAFFAELE: *Criminologia*. Torino, 1885.
- GEILEN, GERD: “Raub und Erpressung (§§ 249-256 StGB)”, en *Jura*, 1979, págs. 53 s., 109 s., 165 s., 221 s., 277 s., 333 s., 389 s., 445 s., 501 s., 557 s., 613 s., 669 s., y 1980, págs. 43-52.
- GELARDI, MICHELE: *Il dolo specifico*. Cedam, Verona, 1996.
- GERKE, JÜRGEN: *Strafrecht: Mit Bezügen zum Strafverfahrens- und Ordnungswidrigkeiten*. 2ª ed., Kohlhammer, Köln, 1998.
- GIANNITI, FRANCESCO: “Il delitto di ragion fattasi in relazione ai diritti potestativi”, en *GP*, 1952 II, cols. 411-420.
- GILI PASCUAL, ANTONI: *El encubrimiento en el código penal de 1995: análisis del favorecimiento personal*. Tirant, Valencia, 1999.
- GIURIATI, GIOVANNI: “La violenza sulle cose e l’art. 235 cod. pen.”, en *RDPP*, 1910 II, págs. 619-625.
- GOLDONI, UMBERTO: “Della tutela arbitraria delle private ragioni”, en A. DALL’ORA (ed.): *Codice penale commentato: con la Dottrina e la Giurisprudenza*. Utet, Torino, 1990.
- GOLDSCHMIDT, JAMES: “Normativer Schuld begriff”, en HEGLER, A. (ed.): *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930: Band I*. Mohr, Tübingen, 1930, págs. 428-468. Existe traducción por GOLDSCHMIDT, MARGARETHE y NÚÑEZ, RICARDO C., con prefacio y ‘bosquejo de la culpabilidad’ previos de este último, *La concepción normativa de la culpabilidad*. Depalma, Buenos Aires, 1943.
- “Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato: a proposito di un recente libro di F. Carnelutti”, en *RIDP*, 1934, págs. 291-310, 437-455 y 581-591.
- *Metodología jurídico-penal: cursillo hecho en la U. de Madrid, en los meses de Febrero, Marzo y Abril de 1934: guía para la solución de casos prácticos de Derecho penal*. Reus, Madrid, 1935.
- GOLTDAMMER: “Rechtswidrige Zueignung beim Diebstahl”, en *GA* n° 1, 1853, págs. 89-91.
- “Rechtswidrige Zueignung: Diebstahl des Käufers an der gekauften Sache vor der Übergabe”, en *GA* n° 13, 1865, págs. 335-339.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’: aproximación al ilícito penal”, en *RFDUCM*, n° 69, otoño 1983, págs. 85-111.
- GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, MARIANO (ed.): *Código penal: comentarios y jurisprudencia*. 9ª ed., Colex, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. U. de Valencia, Valencia, 1988.
- “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Cuadernos Jurídicos*, n° 30, 1995, págs. 10-14.
- “Art. 65”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1996, págs. en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1996, págs. 378-388.

## Bibliografía

---

- GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: *El código penal comentado*. 9ª ed., Porrúa, México, 1989.
- GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: *Bien jurídico y Constitución: bases para una teoría*. Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- “Delitos contra la Administración de Justicia”, en M. COBO DEL ROSAL (ed.): *Manual de Derecho penal: PE: IV*. RDP-Edersa, Madrid, 1994.
- “Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en J. J. GONZÁLEZ RUS (ed.): *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba, 1996.
- “Lecc. 19: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, en M. COBO DEL ROSAL (ed.): *Curso de Derecho penal español: PE: I*. Marcial Pons, Madrid, 1996. Hay una actualización abreviada en el *Compendio de Derecho penal español* (Marcial Pons, 2000) de los mismos autores.
- “Delitos contra la Administración de Justicia”, en M. COBO DEL ROSAL (ed.): *Curso de Derecho penal español: PE: II*. Marcial Pons, Madrid, 1997. Hay una actualización abreviada en el *Compendio de Derecho penal español* (Marcial Pons, 2000) de los mismos autores.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, CARLOS: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, en *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, nº 37/40, vol. 1, 1983, págs. 161-181.
- GOYENA HUERTA, JAIME: “El delito de robo con violencia o intimidación en las personas”, en J. MUÑOZ CUESTA (ed.): *El hurto, el robo y el robo de uso de vehículos*. Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 119-171.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I: teoría general*. U. de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II: estudio específico del art. 15 bis del CP español: doctrina, legislación y jurisprudencia*. U. de Zaragoza, Zaragoza, 1986.
- GRACIA MARTÍN, LUIS (ed.); BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, y ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 2ª ed., Tirant, Valencia, 2000.
- GRAZIANO, GIUSEPPE: *Lineamenti di Diritto penale: PG e PS*. 2ª ed., Robuffo, Roma, 1996.
- GRILLO LONGORIA, JOSÉ A.: *Los delitos en especie: t. I*. Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- GRIMA LIZANDRA, VICENTE: *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Tirant, Valencia, 1998.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: *Código penal de 1870: concordado y comentado: tomo V*. Esteban, Salamanca, 1893.
- GROSSO, CARLO FEDERICO: “Le principe nul ne peut se faire justice a soi-même et ses exceptions en Droit italien”, en *TAHC*, XVIII, 1969, págs. 211-222.
- GUADAGNO, GENNARO: “La pretesa giuridica realizzabile negli art. 392 e 393 C.p.”, en *GP* 1951 II, cols. 214-221.
- “Ancora sulle servitù discontinue in rapporto all’esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GP*, 1952 II, cols. 1089-1097.

- GUALLART LÓPEZ DE GOICOECHEA, JOSÉ: “Los elementos subjetivos de la antijuridicidad”, en *Universidad: revista de cultura y vida universitaria*, VIII, 1931, págs. 847-885.
- GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER: “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 1379-1397.
- “Significado de la expresión ‘delitos dolosos o culposos’ del art. 121 del CP: comentario a los pronunciamientos del TS”, en *RGD*, nº 678-679, marzo-abril 2001, págs. 1751-1771.
- GUERRINI, FRANCO: “Sul delitto di ragion fattasi”, en *GP*, 1952 II, cols. 805-811.
- GUINARTE CABADA, GUMERSINDO: “Tít. VI”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1995, págs. 656-669.
- GÜNTHER, HANS-LUDWIG: “§ 249” y “§ 253”, en H.-J. RUDOLPHI (ed.): *Systematischer Kommentar zum StGB II*. 43ª entrega, 5ª ed., Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, abril 1998.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica: observaciones preliminares a los delitos que la ofenden”, en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 2. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 229-250.
- HAFFKE, BERNHARD: “Gewaltbegriff und Verwepflichkeitsklausel”, en *ZStW*, 1972, págs. 37-74.
- HAFT, FRITJOF: *Strafrecht BT: Die wichtigsten Tatbestände des BT des StGB*. 7ª ed., Beck, München, 1998.
- HARDWIG, WERNER: “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht”, en *ZStW*, LXVIII, 1956, págs. 14-40.
- HARTUNG, FRITZ: “Anmerkung” a la S. del BGH de 19-IX-1952, en *NJW*, 1953, págs. 552 s.
- HASSEMER, WINFRIED: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Athenäum Fischer, Frankfurt am Main, 1973.
- “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina penal*, abril-septiembre de 1989, págs. 275-285. Es traducción por P. S. ZIFFER del artículo publicado en *Jenseits der Funktionalismus*, Müller, Heidelberg, 1989.
- HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant, Valencia, 1989.
- HAUF, CLAUS-JÜRGEN: *Strafrecht BT I: Vermögensdelikte: Kurzlehrbuch*. Luchterhand, Neuwied-Kriftel/Ts.-Berlin, 1996.
- *Strafrecht BT II: Straftaten gegen die Persönlichkeitswerte: Kurzlehrbuch*. Luchterhand, Neuwied-Kriftel/Ts.-Berlin, 1997.
- HEGLER, AUGUST: “Die Merkmale des Verbrechens”, en *ZStW*, XXXVI, 1915, págs. 19-44 y 184-232.
- “Die Systematik der Vermögensdelikte”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, IX (1915-1916), págs. 153-162, 278-288, 369-392, y X (1916-1917), págs. 151-160.
- “Anmerkung zu RGSSt 57, 370”, en *JW*, 1925, págs. 1499-1507.
- “Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft”, en SCHREIBER, OTTO (ed.): *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen*

## Bibliografía

- Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929): in 6 Bänden: Fünfter Band: Strafrecht und Strafprozeß.* Gruyter, Berlin, 1929, págs. 305-321.
- “Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs”, en HEGLER, AUGUST (ed.): *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930: Band I.* Mohr, Tübingen, 1930, págs. 251-338.
- HELLMANN, UWE: “Anmerkung” al A. del *Oberlandesgericht de Schleswig* de 26-VIII-1986, en *NStZ*, 1987, págs. 455-457.
- HERDEGEN, GERHARD: “Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, en G. KRÜGER-NIELAND (ed.): *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975.* Beck, München, 1975, págs. 195-209.
- “§ 249” y “§ 253”, en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 15ª entrega, 1994).
- HERMANN, EBEL: “Die Zueignung von Geldzeichen”, en *JZ*, 1983, págs. 175-184.
- HEUBEL, HORST: “Grundprobleme des Diebstahltatbestandes”, en *JuS*, 1984, págs. 445-451.
- HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE: *El delito de coacciones.* 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.
- HILLENKAMP, THOMAS: “Der praktische Fall - Strafrecht : Dresdner Rotlichmilieu”, en *JuS*, 1984, págs. 769-774.
- HIPPEL, ROBERT VON: *Deutsches Strafrecht: zweiter Band: das Verbrechen: Allgemeine Lehre.* Springer, Berlin, 1930.
- *Lehrbuch des Strafrechts.* Springer, Berlin, 1932; reimpression, Keip, Frankfurt a.M., 1970.
- HIRSCH, HANS JOACHIM: “Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen: Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen” en *JZ*, 1963, págs. 149-156.
- HOHFELD, WESLEY NEWCOMB: “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”, en *Yale Law Journal*, nov. 1913, págs. 16-59. Hay traducción a nuestra lengua (*Conceptos jurídicos fundamentales.* Fontamara, México, 1991).
- HOHMANN, OLAF / SANDER, GÜNTHER M.: *Strafrecht BT I: Vermögensdelikte.* 2ª ed., Beck, München, 2000.
- HOLZ, GÜNTER: “Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen”, en *MDR*, 1982, págs. 280 s.
- HORN, ECKHARD: “§ 240”, en H.-J. RUDOLPHI (ed.): *Systematischer Kommentar zum StGB.* 46ª entrega, 6ª ed., Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, sept. 1999.
- HOYER, ANDREAS: “§ 242” y “§ 246”, en H.-J. RUDOLPHI (ed.): *Systematischer Kommentar zum StGB II.* 47ª entrega, 6ª ed., Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, feb. 1999.
- HUBER, WILLI: *Gibt es auch in den Verbrechensbeschreibungen des kommenden deutschen Strafrechtes subjektive Unrechtselemente?* Tesis, Tübingen, 1938.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA: *Sobre el contenido de la antijuridicidad.* Tecnos, Madrid, 1984.

- IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: consideración especial a las restricciones ético-sociales*. Comares, Granada, 1999.
- IMPALLOMENI, GIOVAN BATTISTA: *Il codice penale italiano illustrato*. Civelli, Firenze, 1890.
- ISENBECK, HELMUT: “Anmerkung” a la S. del BGH de 11-V-1962, en *NJW*, 1963, págs. 116 s.
- ITALIA - MINISTERIO DE JUSTICIA: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*. Varios vols., Roma, 1929.
- JACUSIEL, ALFRED: “Anmerkung” a la S. del *Reichsgericht* de 15-V-1930, en *JW*, 1931, págs. 3118 s.
- JAREÑO LEAL, ÁNGELES: *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Inst. de Criminología de la U. de Valencia - Civitas, Madrid, 1994.
- *Las amenazas y el chantaje en el CP de 1995*. Tirant, Valencia, 1997.
- “El ‘uso de armas’ en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*”, en *LL*, diario de 2-I-2001, págs. 1-5.
- JAKOBS, GÜNTHER: “Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt”, en J. BAUMANN y K. TIEDEMANN (eds.): *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Mohr, Tübingen, 1974, págs. 69-89.
- *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2º ed., traducción de la 2ª ed. alemana (1991), a cargo de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JANNITTI DI GUYANGA, ALFREDO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e servitù discontinue e continue non apparenti”, en *GI*, 1910 II, cols. 195-206.
- JANNITTI-PIROMALLO, A.: *Trattato di Diritto penale coordinato da Eugenio Florian: Delitti contro l'amministrazione della giustizia*. 4a ed., Vallardi, Milano, 1939.
- JARAMILLO GARCÍA, ANTONIO: *Novísimo Código Penal: comentado y cotejado con el de 1870: vol. II*. Ferreira, Salamanca, 1929.
- JASO ROLDÁN, TOMÁS: “Delitos contra la Administración de Justicia”, en J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ (ed.): *Derecho penal: t. II: PE*. Madrid, 1949.
- JELLINEK, GEORG: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1905.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre”, en *ZStW*, LXXIII, 1961, págs. 178-209.
- “Vorbemerkungen zu den § 13 ff.”, en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 11ª entrega, 1993).
- JESCHECK, HANS-HEINRICH / WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JESÚS, DAMÁSIO E. DE: *Direito penal: 4º vol.: PE: Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989.
- *Código penal anotado*. 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.
- JHERING, RUDOLF VON: *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Publicación en homenaje a Birnbaum por la Facultad de Derecho de Gießen, 1867.
- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 10ª ed. (reimpresión de la 5ª, Leipzig, 1906), Scientia, Darmstadt, 1993.

## Bibliografía

- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico 1931-1932*. Madrid, 1931.
- *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*. 1ª ed., Reus, Madrid, 1934.
- *Tratado de Derecho penal: tomo III*. Buenos Aires, 1951.
- JORDANO BAREA, JUAN B.: “Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley”, en *Anuario de Derecho civil*, 1960, págs. 958-968.
- JOSHI JUBERT, UJALA: “El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *ADPCP*, 1987, n° 40, págs. 697-720.
- KADECKA, FERDINAND: “Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff”, en *ZStW*, LIX, 1940, págs. 1-22.
- KAPLAN, HAROLD I., SADOCK, BENJAMIN J., y GREBB, JACK A.: *Sinopsis de psiquiatría: ciencias de la conducta: psiquiatría clínica*. 7ª ed., Edit. Médica Panamericana, Buenos Aires, 1999.
- KELSEN, HANS: *Teoría general del Estado*. 15ª ed., Nacional, México, 1979.
- KEMPF, UWE: *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen: Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte*. Tesis, Hamburg, 1965.
- KIENAPFEL, DIETHELM: *Grundriß des österreichischen Strafrechts: BT: Band II: Delikte gegen die Vermögenswerte*. 2ª ed., Manzsch, Wien, 1988.
- KINDHÄUSER, URS: “§ 242” y “§ 246”, en U. NEUMANN, P. INGEBORN y W. SCHILD (eds.): *Nomos Kommentar zum StGB*. 2ª ed., 5ª entrega, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- “§ 253”, en U. NEUMANN, P. INGEBORN y W. SCHILD (eds.): *Nomos Kommentar zum StGB*. 2ª ed., 6ª entrega, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- *Strafrecht BT II: Straftaten gegen die Vermögensrechte: Teilband 1: Eigentumsdelikte*. 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 1999.
- KÖHLER, MICHAEL: “Nötigung als Freiheitsdelikt”, en H.-J. KERNER, H. GÖPINGER y F. STRENG (eds.): *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht: Festschrift für Heinz Lefferenz zum 70. Geburtstag*. Müller, Heidelberg, 1983, págs. 511-525.
- KOLLENBERG, REIMER: *Besondere Probleme bei Geld als Angriffsobjekt im Rahmen von Eigentums- und Vermögensdelikten*. Tesis, Bochum, 1978.
- KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, I. DE: “Quelques dispositions générales d'un projet de code civil polonais”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n° 27, 1928, págs. 551-578.
- KOSTORIS, SERGIO: *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*. Jovene, Napoli, 1965.
- KRAUß, DETLEF: “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en W. FRISCH y W. SCHMIDT (eds.): *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, págs. 11-30.
- KREY, VOLKER: *Strafrecht BT: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung: Band 2: Vermögensdelikte*. 12ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1999.
- *Strafrecht BT: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung: Band 1: BT ohne Vermögensdelikte*. 11ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1998.
- KRUSE, MARGRET: *Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten (Diebstahl, Unterschlagung, Raub)*. Lang, Frankfurt a.M., 1986.



- KUNDLICH, HANS: "Anmerkung" a la S. del BGH de 17-X-1996, en *NStZ*, 1997, págs. 432-434.
- KÜPER, WILFRIED: "Zur Problematik der 'betrügerischer Absicht' (§ 265 StGB) in Irrtumsfällen", en *NStZ*, 1993, págs. 313-316.
- *Strafrecht BT: Definitionen mit Erläuterungen*. 4ª ed., Müller, Heidelberg, 2000.
- LACKNER, KARL: "§ 263", en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (10ª ed., 6ª entrega, 1988).
- LACKNER, KARL / KÜHL, KRISTIAN: *StGB mit Erläuterungen*. 23ª ed., Beck, München, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (ed.): *Elementos de Derecho civil I: parte general: vol. tercero: derecho subjetivo - negocio jurídico*. 2ª ed. revisada y puesta al día por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA. Dykinson, Madrid, 2000.
- LAFAVE, WAYNE R., y SCOTT JR., AUSTIN W.: *Criminal Law*. 2ª ed., West, St. Paul (Minn.), 1986.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Introducción al Derecho civil español*. 2ª reimpresión de la 1ª ed., Tirant, Valencia, 1996.
- LAMPE, ERNST-JOACHIM: *Das personale Unrecht*. Duncker & Humblot, Berlin, 1967.
- "Buchbesprechung" de *Die Zueignungsbegriff...* de MAIWALD, en *NJW*, 1971, pág. 1599.
- "Eigentumsschutz im künftigen Strafrecht", en H. MÜLLER-DIETZ (ed.): *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, págs. 59-104.
- LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA, y MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: *DP español: PE: redactado conforme al NCP de 23-XI-95*. 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- LARA PEINADO, FEDERICO: *Código de Hammurabi*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LARENZ, KARL: *Derecho civil: parte general*. Traducción de la 3ª ed. alemana (1975) y notas de M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1978.
- LARENZ, KARL / WOLF, MANFRED: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8ª ed., Beck, München, 1997.
- LARGUIER, JEAN, y BERR, CLAUDE: "Rapport sur la règle 'nul ne peut se faire justice a soi-même' en Droit français", en *TAHC*, XVIII, 1969, págs. 173-210.
- LARRAURI, ELENA: *Libertad y amenazas*. PPU, Barcelona, 1987.
- "Causas de justificación: criterios de identificación", en W. HASSEMER y E. LARRAURI: *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 49-119.
- LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española: 5: codificación penal: volumen I*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
- LATTANZI, GIORGIO (ed.): *Codice penale: annotato con la giurisprudenza e norme complementari*. Giuffrè, Milano, 1995.
- LEGROS, ROBERT, y MASSON, J.-P.: "Rapport sur le principe 'nul ne peut se faire justice a soi-même' en Droit belge", en *TAHC*, XVIII, 1969, págs. 159-172.
- LENCKNER, THEODOR: "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", "Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.", "§ 32" y "§ 34", en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (26ª ed., 2001).
- LESCH, HEIKO H.: "Anmerkung" a la S. del BGH de 3-II-1993, en *StV*, 1993, págs. 578-583.

## Bibliografía

- LEVENE, RICARDO (h), y ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Los códigos penales latinoamericanos*. 4 vols., La Ley, Buenos Aires, 1978.
- LEWISCH, PETER: *Strafrecht BT I*. WUV, Wien, 1997.
- LIMONGI FRANCA, R. (ed.): “Exercício arbitrário das próprias razões”, en *Enciclopédia Saravia do Direito: vol. 35*. Saravia, São Paulo, 1977.
- LISZT, FRANZ VON: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 11ª ed., Guttentag, Berlin, 1902.
- “Nach welchem Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?”, en *Verhandlungen des sechszwanzigsten Deutschen Juristentages: Erster Band: Gutachten*. Guttentag, Berlin, 1902; págs. 259-302.
- LOASSES, CESARE: “Dell’esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza su cosa propria e della quale si abbia il possesso”, en *GCCSCsp*, 1950 I, págs. 11 s.
- LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO: “Las competencias relativas a la Administración de Justicia: en torno a la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTC 56/90, de 29 de marzo, y 62/90, de 30 de marzo”, en *Revista de Derecho Político*, nº 35, 1992, págs. 77-148.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Manual de Derecho penal: PE: III*. Akal, Madrid, 1992.
- “La Administración de Justicia”, en C. GRANADOS PÉREZ y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Contestaciones al programa de Derecho penal PE para acceder a las carreras Judicial y Fiscal: t. II: temas 27 a 60*. Tirant, Valencia, 1998, págs. 528 ss.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, y RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, LOURDES: *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*. Akal, Madrid, 1988.
- LÓPEZ COIG, JUAN CARLOS: “Art. 337”, en C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA (ed.): *Doctrina y jurisprudencia del CP*. RDP-Edersa, Madrid, 1988, págs. 1557-1560.
- LÓPEZ GARRIDO, DIEGO, y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1996.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (eds.): *Derecho civil: parte general*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1998.
- LÓPEZ, GREGORIO: *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de su majestad*. 7 vols., Portonaris, Salamanca, 1555. Edición facsímil, 3 vols., B.O.E., s/f.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL: “Los nuevos códigos penales de Cuba y China”, en *ADPCP*, 1981, págs. 599-611.
- LLORIA GARCÍA, PAZ: *El delito de intrusismo profesional: bien jurídico y configuración del injusto*. Tirant, Valencia, 2001.
- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE (ed.): *Introducción a la Teoría del Derecho*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1997.
- LUCCIOLI, GABRIELLA: “Appunti in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e diritti di famiglia”, en *Cassazione penale - massimario annotato*, 1980, págs. 1532-1534.

- “Della tutela arbitraria delle private ragioni”, en A. BRANCACCIO y G. LATTANZI (eds.): *Esposizione di Giurisprudenza sul codice penale dal 1976: con riferimenti di dottrina: III: arts. 241-421*. Giuffrè, Milano, 1989.
- LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho penal: parte especial: adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal*. 5ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- *Compendio de Derecho penal: parte especial: adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*. 9ª ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: “El doble fundamento de la legítima defensa”, en *CPC*, 1977, nº 3, págs. 101-149.
- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Bosch, Barcelona, 1978.
- “Legítima defensa y estado de necesidad defensivo”, en M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.): *Comentarios a la legislación penal: t. V, vol. I: La reforma del CP de 1983*. Edersa, Madrid, 1985, págs. 223-270.
- “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Estudios penales*. PPU, Barcelona, 1991, págs. 575-599. Publicado también en el *LH-Antón Oneca* (U. Salamanca, 1982, págs. 777 ss.); y una primera versión, sin notas, en *La reforma penal y penitenciaria* (U. Santiago, 1980, págs. 513 ss.).
- *Curso de Derecho penal: PG I*. Universitas, Madrid, 1996.
- LLUIS Y NAVAS, JAIME: “El ejercicio antisocial del derecho: su Teoría General”, en *RGLJ*, nº 249, 1980, págs. 115-160.
- MACCORMICK, NEIL: “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, págs. 293-305.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, CONSUELO: “Art. 242.2”, en I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.): *Código penal de 1995: comentarios y jurisprudencia*. Comares, Granada, 1998, págs. 1203-1206.
- MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ: “Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho”, en *ADPCP*, 1992, págs. 85-112.
- MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ, y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, en *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, nº 37/40, vol. 2, 1983, págs. 1119-1193.
- MAGALHÃES NORONHA, E.: *Direito penal: vol. 4: Dos crimes contra a Saúde Pública a Disposições finais*. 17ª ed. actualizada por D. DE MELLO y E. PASSARELLI LEFERA, Saraiva, São Paulo, 1986.
- MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho penal PE vol. III: de los delitos en particular*. 4ª ed., Zanichelli, Bologna, 1950; traducción castellana de J.J. ORTEGA TOERES, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, 1989.
- MAIHOFFER, WERNER: “Der Unrechtsvorwurf: Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, en el colectivo *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*. Scientia, Innsbruck, 1957, págs. 141-164.
- MAIWALD, MANFRED: *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*. Winter, Heidelberg, 1970.
- “Der Begriff der Zueignung im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand”, en *JA*, 1971, págs. 579-584 y 643-645.
- MALECZKY, OSKAR: *Strafrecht BT I*. Orac, Wien, 1997.

## Bibliografía

---

- MALINVERNI, ALESSANDRO: *Scopo e movente nel Diritto penale*. Utet, Torino, 1955.
- MANTOVANI, FERRANDO: *Diritto penale: parte generale*. 3ª ed., Cedam, Padova, 1992.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: “Los delitos contra la división de poderes”, en *Actualidad Penal*, nº 45, 8-14 diciembre 1997, págs. 1055-1068.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, y ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS: *Código penal: comentarios y jurisprudencia*. 2ª ed., Comares, Granada, 1990.
- MANZINI, VINCENZO: *Trattato del furto: e delle varie sue specie: IV*. Utet, Torino, 1905.
- “Violenza sulle cose ed esercizio arbitrario de ragioni”, en *GCCSCsp*, 1954 II, pág. 29.
- *Trattato di Diritto penale italiano: volume quinto*. 5ª ed. puesta al día por P. NUVOLONE, Utet, Torino, 1981; reimpresión 1986.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA, y TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982”, en *LL*, 1983-2, págs. 181-189.
- *Los delitos de propia mano: críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*. Tecnos, Madrid, 1992.
- *Acusación y denuncia falsas*. Tirant, Valencia, 1999.
- MARANGOPOULOS-YOTOPOULOS, ALICE: *Les mobiles du délit: étude de Criminologie et de Droit Pénal*. Paris, 1973.
- MARES ROGER, FRANCISCO, y MARTÍNEZ LLUESMA, JOAQUÍN: “Delitos contra la Administración de Justicia”, en C. GANZENMÜLLER ROIG, J.F. ESCUDERO MORATALLA y J. FRIGOLA VALLINA (eds.): *Delitos contra la Administración pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*. Bosch, Barcelona, 1998.
- MARINA, FEDERIGO A.: “Attentati al possesso, difesa privata e reato di ragion fattasi”, en *GP*, 1952 II, cols. 1067-1073.
- MARINO, R.: “Della tutela arbitraria delle private ragioni”, en S. BELTRANI, F. CARINGELLA y S. MARINO: *Codice penale commentato con la Giurisprudenza di legittimità*. Simoni, Napoli, 1996.
- MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M.D., y GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, F.J.: *Diccionario de jurisprudencia penal 1981-1993: cerrado al 15.04.1993*. Colex, Madrid, 1993.
- MARSICH, PIERO: *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni nel Diritto italiano vigente*. Cedam, Padova, 1926.
- MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *El abuso del derecho: exposición, descripción y valoración del mismo*. Montecorvo, Madrid, 1982.
- MARTÍN BLANCO, JOSÉ: “El concepto de situación jurídica en Karl Larenz: en torno al concepto de derecho subjetivo”, en *RGLJ*, nº 188, dic. 1950, págs. 670-704.
- MARTÍN CANIVEL, JOAQUÍN: “La ejecución arbitraria del propio derecho”, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, monográfico CDJ, 1997, págs. 133-145.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, ANTONIO JOSÉ: *Estatutos penales colombianos: PE*. Librería del profesional, Bogotá, 1986.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Derecho penal económico: PG*. Tirant, Valencia, 1998.

- MARX, MICHAEL: *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut': Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972.
- MATA BARRANCO, NORBERTO JAVIER DE LA: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. PPU, Barcelona, 1994.
- *La realización arbitraria del propio derecho: relevancia penal del cobro unilateral de una deuda*. C.E. Ramón Areces, Madrid, 1995.
- MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación y otro estado pasional de entidad semejante*. Tirant, Valencia, 1999.
- “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *EPC XXII*, 1999-2000, págs. 55-102.
- MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho penal*. Traducción y notas de derecho español por Juan CÓRDOBA RODA. 2 tomos, Barcelona, 1962.
- MAURACH, REINHART / SCHRÖDER, FRIEDRICH-KRISTIAN / MAIWALD, MANFRED: *Strafrecht BT: Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte Ein Lehrbuch*. 8ª ed., Müller, Heidelberg, 1995.
- MAURACH, REINHART / ZIPF, HEINZ: *Strafrecht Allgemeiner Teil: Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat: Ein Lehrbuch*. 3ª ed., Müller, Heidelberg, 1992.
- MAYER, HELLMUTH: “Anmerkung” a la S. del Reichsgericht de 15-V-1930, en *JW*, 1931, págs. 1702 s.
- “Der bidende Befehl im Strafrecht”, en HEGLER, A. (ed.): *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930: Band I*. Mohr, Tübingen, 1930, págs. 598-620.
- “Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen”, en *GS* n° 104, 1934, págs. 100-125.
- *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Kohlhammer, Stuttgart und Köln, 1953.
- MAYER, MAX ERNST: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*. Winter, Heidelberg, 1915.
- MAZZA, LEONARDO: “La rilevanza del contenuto dell'intenzionalità nella condotta di rimozione di termini lapidei o di pietre”, en *GAI*, 1981, págs. 486-488.
- MAZZANTI, MANLIO: “Profilo normativo e teoretico del delitto di ragion fattasi”, en A. BÉRISTAIN (ed.): *Estudios penales: homenaje al R.P. Julián Pereda s.j.* Univ. de Deusto, Bilbao, 1965, págs. 519-536.
- “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en C. MORTARI y S. PUGLIATI (eds.) *Enciclopedia del Diritto: vol. XV*. Giuffrè, Varese, 1966.
- MEDICUS, DIETER: *Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch*. 7ª ed., Müller, Heidelberg 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA: “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación”, en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barberi Santos: in memoriam*, vol. 1. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca 2001, págs. 1179-1206.
- MENÉNDEZ, EMILIO: *Código de defensa social concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas*. Selecta, La Habana, 1952.
- MERTEN, DIETER: *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*. Mohr, Tübingen, 1975.

- MESTRE DELGADO, ESTEBAN: *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*. Edisofer, Madrid, 2001.
- “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LAMARCA PÉREZ, C. (ed.): *Manual de Derecho penal: parte especial*. Colex, Madrid, 2001, tema 20, págs. 599 ss.
- MEURER, DIETER: *Grundkurs Strafrecht: Band 3: BT*. 3ª ed., Elwert, Marburg, 1999.
- MEURER, DIETER, y BERGMANN, ALFRED: “Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel”, en *JR*, 1988, págs. 49-54.
- MEZGER, EDMUND: “Die subjektiven Unrechtselemente”, en *GS*, LXXXIX, 1924, págs. 207-314.
- “Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände”, en el colectivo *Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Gebruststage am 10. juni 1926*. Stilke, Berlin, 1926; reimpresión, Scientia, Aalen, 1979.
- *Tratado de Derecho penal: t. I: traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ*. RDP, Madrid, 1935; nueva edición, revisada y puesta al día, 1955.
- *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage (1949)*. Duncker & Humblot, Berlin-München, 1950.
- MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G.: “L'évolution récente de la notion de droit subjectif”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1966, págs. 216-235.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. Bosch, Barcelona, 1976.
- “El delito de coacciones en el Código penal”, en *ADPCP*, 1977, págs. 269-306.
- “Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand”, en DORNSEIFER, GERHARD (ed.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 253-270.
- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, págs. 159-167. Publicado previamente en *Estudios penales y criminológicos*, nº 14, 1991, págs. 205 ss.
- *Derecho penal: parte general*. 5ª ed., PPU, Barcelona, 1996.
- MIRA BENAVENT, JAVIER: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, en *CPC*, nº 22, 1984, págs. 95-181.
- “Función del Derecho penal y forma de estado”, en el colectivo *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz: vol. II*. Inst. Criminología, Valencia, 1997, págs. 393-417.
- “¿Ha despenalizado el CP de 1995 la inducción frustrada?”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 507-535.
- MIRANDA, VINCENZO: “Sul concetto di quasi flagranza nella reazione violenta al sofferto spoglio quale scriminante nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose”, en *GP*, 1971 II, cols. 430-435.
- MITSCH, WOLFGANG: *Strafrecht BT 2: Vermögensdelikte (Kernbereich): Teilband 1*. Springer, Berlin-Heidelberg, 1998.
- MOHRBOTTER, KURT: “Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung im Strafrecht”, en *GA*, 1967, págs. 199-215.

- “Anmerkung” a la S. del *Oberlandesgericht* de Celle de 19-II-1970, en *NJW*, 1970, págs. 1857-1859.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO: “El estado de necesidad como ley general”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº extraordinario 1º (2000), págs. 199-260.
- MOLINER, MARÍA: *Diccionario de uso del español*. 2ª ed., Gredos, Madrid, reimpres. 1988.
- MOMMSEN, TEODORO: *El Derecho penal romano: t. II*. Traducción de PEDRO DORADO MONTERO, España Moderna, Madrid, s/f; facsímil, Jiménez Gil, Pamplona, 1999.
- MONTANARA, GIUSEPPE: “Mietitura del grano ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GAI*, 1984 II, págs. 428 s.
- MONTERO AROCA, JUAN: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant, Valencia, 1997.
- MONTÉS PENADÉS, VICENTE L.: “Art. 109”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1995, págs. 570-585.
- MORA ALARCÓN, JOSÉ ANTONIO: *Suma de Derecho penal: parte general y especial: adaptada al temario de ingreso en la Carrera Judicial, B.O.E. de 7 y 21 de septiembre de 1996*. Edisofer, Madrid, 1996.
- MORAL GARCÍA, ANTONIO DEL: “Delitos contra la Administración de Justicia”, en I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.): *Código penal de 1995: comentarios y jurisprudencia*. Comares, Granada, 1998, págs. 1761-1804.
- MORALES PRATS, FERMÍN: “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en el colectivo *Intereses difusos y Derecho penal*, monográfico *CDJ*, 1994, págs. 75-91.
- “Art. 14”, en G. QUINTERO OLIVARES y J.M. VALLE MUÑIZ (eds.): *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 100-108.
- “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 374-381.
- MORENO ALCÁZAR, MIGUEL ÁNGEL: *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos: una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*. Tirant, Valencia, 2002.
- MORENO BRAND, WILLIAM A.: *Derecho penal especial*. Wilches, Cali, 1987.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO: “El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacatos”, en *ADPCP*, nº XXXIV, 2 y 3, número extraordinario a la memoria del Prof. D. José Antón Oneca, 1981, págs. 669-690.
- “Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto”, en *DJ*, nº 37-40, en.-dic. 1983, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, págs. 1337-1363.
- MORISHITA, TADASHI: “Rapport sur le principe ‘nul ne peut se faire justice a soi-même’ en Droit japonais”, en *TAHC*, XVIII, 1969, págs. 223-228.
- MOSCATELLI, ALFREDO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en L. LUCCHINI (ed.): *Il Digesto Italiano: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza: vol. X*. Utet, Torino, 1926, págs. 785-824.
- MOYNA MÉNGUEZ, JOSÉ, et al.: *Código penal*. 6º ed., Colex, Madrid, 2001.
- MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS: “La buena fe en el Título Preliminar del CC”, en el colectivo *Estudios sobre el título preliminar del CC*. Edersa, Jaén, 1977, págs. 439-467.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción al Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1975.

## Bibliografía

---

- *Derecho penal: parte especial*. 4ª ed., U. de Sevilla, Sevilla, 1982.
- *Derecho penal: parte especial*. 10ª ed., Tirant, Valencia, 1995.
- *Derecho penal: parte especial*. 12ª ed., Tirant, Valencia, 1999.
- “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 561-574.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal: parte general*. 4ª ed., Tirant, Valencia, 2000.
- MUÑOZ POPE, CARLOS ENRIQUE: “La reforma penal panameña”, en *ADPCP*, 1981, págs. 691-698.
- MUSCO, ENZO: “L’aggiotaggio bancario davanti alla Corte Costituzionale: una certezza ed un dubbio”, en *RIDPP*, 1983, págs. 1532-1539.
- MUSOTTO, GIOVANNI: “Il problema del dolo specifico”, en el colectivo *Studi in onore di Francesco Antolisei: vol. II*. Giuffrè, Milano, 1965, págs. 361-371.
- NAPOLITANO, TOMASO: *Il nuovo codice penale sovietico: i principii e le innovazioni*. Giuffrè, Milano, 1963.
- NELLES, URSULA: “Straftaten gegen die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung”, en F. DENCKER, E. STRUENSEE, U. NELLES y U. STEIN, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998: Examensrelevante Änderungen im Besonderen Teil des Strafrechts*. Beck, München, 1998, págs. 53-73.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Introducción al análisis del Derecho*. 8ª ed., Ariel, Barcelona, 1997.
- NÚÑEZ, RICARDO C.: *Los elementos subjetivos del tipo penal: investigación sobre los elementos espirituales de la acción*. Depalma, Buenos Aires, 1943; publicado previamente en el *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, VI, 1942, nº 3.
- NUVOLONE, PIETRO: “L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti”, en *RIDP*, 1941, págs. 133-169 y 285-311. También publicado en *Trent’anni di Diritto e procedura penale: studi: vol. II*. Cedam, Padova, 1966, págs. 809-852.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho civil: t. I: parte general*. 2ª ed., Edersa, Madrid, 1992.
- OBERLÄNDER, ALEXANDER: *Die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl: nach deutschem, österreichischem und künftigem Recht*. Noske, Leipzig, 1931.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del CP”, en *CPC*, nº 1, 1977, págs. 115-134.
- “De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines”, en *CPC*, nº 11, 1980, págs. 103-128.
- *Sobre el concepto del Derecho penal*. Universidad de Madrid, Madrid, 1981.
- “Las actuaciones en nombre de otro”, en *ADPCP*, 1984, págs. 23-65.
- “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, 1990, págs. 5-27.
- “La autoría conforme al Código penal”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 575-592.



- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, y HUERTA TOCILDO, SUSANA: *Derecho penal PG: teoría jurídica del delito*. 2ª ed., Castellanos, Madrid, 1986
- OEHLER, DIETRICH: *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*. Duncker & Humblot, Berlin, 1959.
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona, 2001.
- ONDEI, EMILIO: “Se sussista il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni quando il preteso diritto sia stato riconosciuto inesistente da una sentenza irrevocabile del Giudice”, en *Il foro italiano*, 1937 II, cols. 44-48.
- ORDEIG ORERO, MARÍA JOSÉ: *El delito de acusación y denuncia falsas*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- ORLANDIS ROVIRA, JOSÉ: “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº XIV, 1942-1943, págs. 81-183.
- “La prenda como iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº XXIII, 1953, págs. 83-93.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE: *Atenuante de análoga significación: estudio del art. 9, 10º del Código Penal*. U. de Valencia, Valencia, 1978.
- “Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el CP de 1995*, monográfico CDJ, 1996, págs. 339-359.
- OTTO, HARRO: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*. Duncker & Humblot, Berlin, 1970.
- “Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand”, en H. MÜLLER-DIETZ (ed.): *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, págs. 1-20.
- “Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten”, en *JZ*, 1993, págs. 559-570 y 652-663; versión anterior en 1985, págs. 21 ss. y 69 ss.
- “Die neuere Rechtsprechung zu den Eigentumsdelikten”, en *Jura*, 1997, págs. 464-477; versión anterior en 1989, págs. 137 ss. y 200 ss.
- *Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte*. 5ª ed., Gruyter, Berlin-New York, 1998.
- OTTO, IGNACIO DE: *Estudios sobre el poder judicial*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO: *El código penal concordado y comentado: tomo III*. 3ª ed., Tello, Madrid, 1867.
- PADOVANI, TULLIO: *Diritto penale*. 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1998.
- PAGLIARO, ANTONIO: *Principii di Diritto penale: parte speciale: delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Giuffrè, Milano, 1977
- PALAZZO, ALFREDO: “Il recupero quasi immediato del godimento del possesso e il delitto di ragion fattasi”, en *RP*, 1958, págs. 456-459.
- PANAGIA, SALVATORE: “Nota introduttiva ai delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en A. CRESPI, F. STELLA y G. ZUCCALÀ (eds.): *Commentario breve al Codice penale*. 3ª ed., Cedam, Padova, 1999.
- PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho romano*. Tirant, Valencia, 1997.
- PANNAIN, REMO: *Manuale di Diritto penale II: PS: tomo primo*. Utet, Torino, 1957.

## Bibliografía

---

- PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN DE: “El concepto de *derecho*: una introducción bibliográfica”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, 1986-87, págs. 199-218.
- “Derecho subjetivo”, en E. GARZÓN VALDÉS y F.J. LAPORTA (eds.): *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II: el Derecho y la justicia*. Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996, págs. 367-394.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: *El riesgo permitido en Derecho penal: régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*. Centro publicac. Mº Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PAULUS, RAINER: *Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung*. Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1968.
- PECO, JOSÉ: *Proyecto de código penal: exposición de motivos: presentado a la cámara de diputados de la nación argentina el 25 de setiembre de 1941*. U. La Plata, La Plata, 1942.
- PEDEMONTTE, EMILIO: *Comentarios del código penal: parte especial*. Adolfo Amit, Montevideo, 1941.
- PEDRAZZI, CESARE: “Appunti sulla violenza quale ‘mezzo’ del reato”, en *RIDP*, 1957, págs. 999-1001.
- PEIDRÓ PASTOR, ISMAEL, y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO: “Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo: el hombre-miembro y el hombre-voluntad”, en *RGLJ*, nº 183, mar. 1948, págs. 257-305. Existe publicación separada (Reus, Madrid, 1948).
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal partes general y especial: t. III: de los delitos en particular*. Temis, Bogotá, 1984.
- PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN: “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”, en *CPC*, 1995, págs. 623-650.
- PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL: *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*. Aranzadi, Elcano, 2000.
- PÉREZ DEL VALLE, CARLOS: *Conciencia y Derecho penal: límites a la eficacia del Derecho penal en comportamientos de conciencia*. Comares, Granada, 1994.
- PERONACI, ALDO: “Sulla titolarità del diritto di querela con particolare riferimento al delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone”, en *RP*, 1950, págs. 782-788.
- PERRON, WALTER: *Rechtsfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht: ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*. Nomos, Baden-Baden, 1988.
- PERRONI FERRANTI, GIACOMO: “Dei delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en *Completo trattato teorico e pratico di Diritto penale secondo il codice unico del Regno d’Italia pubblicato da Pietro Cogliolo: volume secondo: parte prima a)*. Vallardi, Milano, 1890.
- PERTILE, ANTONIO: *Storia del Diritto italiano: dalla caduta dell’impero romano alla codificazione: vol. V: storia del Diritto penale*. 2ª ed., Forni, Bologna, 1968.
- PESSINA, ENRICO: *Elementi di Diritto penale III*. Marghieri, Napoli, 1885.
- PIACENZA, SCIPIONE: “Liceità di privata difesa del possesso e delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GP*, 1951 II, cols. 954-961.

- “Riflessi subbiettivi della possibilità di ricorrere al Giudice nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GP*, 1959 II, cols. 617-620.
- PICOTTI, LORENZO: *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*. Giuffrè, Milano, 1993.
- PIFFER, GUIDO: “Della tutela arbitraria delle private ragioni”, en A. CRESPI, F. STELLA y G. ZUCCALÀ (eds.): *Commentario breve al Codice penale*. 3ª ed., Cedam, Padova, 1999.
- PIOLETTI, UGO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en F. COPPI (ed.): *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*. Giappichelli, Torino, 1996, págs. 633-656.
- PISA, PAOLO: “Problemi in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *Temi*, 1973, págs. 24-39.
- “I delitti contro l'amministrazione della giustizia”, en F. BRICOLA y V. ZAGREBELSKY (eds.): *Codice penale: parte speciale: vol. IV*. 2ª ed., Utet, Torino, 1996.
- *Giurisprudenza commentata di Diritto penale: vol. II: Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia - Reati associativi*. 2ª ed., Cedam, Padova, 1997.
- POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972.
- *El bien jurídico en el Derecho penal*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
- POLITOFF, SERGIO: *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.
- PONTES, RIBEIRO: *Código penal brasileiro: comentarios revistos e atualizados*. 6ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro-São Paulo, 1968.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la U. de Granada*, nº 13, 2º cuatrimestre de 1987, homenaje al Prof. J.A. SAINZ CANTERO, págs. 147-179.
- “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *CPC*, 1989, págs. 723-748.
- PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL: “De las coacciones”, en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 202-219.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: *Derecho penal: contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal: t. II*. Clarasó, Barcelona, 1946.
- PUIG PEÑA, FEDERICO / ORTIZ RICOL, GREGORIO: *Derecho penal: PE*. 7ª ed., Madrid, 1988.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J.: *Derecho penal español: PE*. 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.
- QUERCI, GIORGIO: “Il dolo della ragion fattasi. La qualifica della coabitazione nel furto”, en *SP*, 1922 II II, págs. 281-283.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Curso de Derecho penal*. 2 t., RDP, Madrid, 1963.
- *Comentarios al código penal*. 2ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, RDP, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Los delitos contra la Administración de Justicia”, en *RJC*, nº extra, 1980, págs. 191-206.

## Bibliografía

- “Delitos contra intereses generales o derechos sociales”, en *RFDUCM*, nº 6, monográfico, 1983, págs. 569-580.
- “El hurto”, en M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.): *Comentarios a la legislación penal: t. V: vol. 2º: la reforma del CP de 1983*. Edersa, Madrid, 1985, págs. 1127-1156.
- “Delitos contra la Administración de Justicia”, en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1315 s.
- “Art. 242”, *ibidem*, págs. 502 s.
- “Art. 455”, *ibidem*, págs. 1340-1343.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (ed.): *Manual de Derecho penal: parte general*. Con la colaboración de F. MORALES PRATS y J.M. PRATS CANUT. 2ª ed., Aranzadi, Elcano, 2000.
- RAGGI Y AGEO, ARMANDO M.: *Derecho penal cubano: el código de defensa social: estudio teórico-práctico*. 2 tomos, Cultural, La Habana, 1938.
- RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA: *El delito de prevaricación judicial*. Tirant, Valencia, 2000.
- RANIERI, SILVIO: *Manuale di Diritto penale: volume secondo: parte speciale: i singoli delitti (tit. I-VII)*. 2ª ed., Cedam, Padova, 1962.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*. 20ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1984.
- RECASÉNS SICHES, LUIS: “Il concetto di diritto subiettivo inanzi alla filosofia giuridica: tentativo di soluzioni dei suoi problemi”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, oct.-dic. 1926, págs. 473-501.
- *Introducción al estudio del Derecho*. 10ª ed., Porrúa, México, 1993.
- REGINA, ALDO: “Gli usi pubblici e l’esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GCCSCsp*, 1945 II, págs. 33-37.
- “Diritto potestativo ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *RIDPP*, 1970, págs. 1207-1213.
- *L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni*. Cedam, Padova, 1979.
- “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *Enciclopedia Giuridica*. Treccani, Roma, 1989.
- REGIS PRADO, LUIZ, y BITENCOURT, CEZAR ROBERTO: *Código penal anotado e legislação complementar*. 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- REHBERG, JÖRG, y SCHMID, NIKLAUS: *Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*. 7ª ed., Schulthess, Zürich, 1997.
- REICHEL, HANS: “Anmerkung” a la S. del *Reichsgericht* de 15-V-1930, en *JW*, 1931, pág. 3118.
- RENGIER, RUDOLF: *Strafrecht BT I: Vermögensdelikte*. 4ª ed., Beck, München, 2000.
- *Strafrecht BT II: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*. 3ª ed., Beck, München, 2000.
- RETA, ADELA: *Derecho penal 2º curso: tomo I*. FCU, Montevideo, 1958.
- RETA, ADELA, y GREZZI, OFELIA: *Código penal de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado*. FCU, Montevideo, 1984.
- RHEINECK, BURKHARD: *Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse*. Dunckler & Humblot, Berlin, 1979.

- RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA, y VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO: *Derecho procesal penal*. Iurgium, Madrid, 2000.
- RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO DEL: *El delito de amenazas: en el nuevo código penal: análisis doctrinal y jurisprudencial: requisitos y modalidades*. Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- RITTLER, THEODOR: *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts: Erster Band: Allgemeiner Teil*. 2ª ed., Springer, Wien, 1954.
- ROCCO, ARTURO: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, en *Opere giuridiche: vol. primo*. Foro Italiano, Roma, 1932; es reimpresión de la edición de Bocca, Torino, 1913.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "El fraude a la ley: ensayo de una dirección pluralista", en el colectivo *Estudios sobre el título preliminar del CC*. Edersa, Jaén, 1977, págs. 273-437.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *El hurto propio*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1946.
- *Derecho penal español: PE*. 8ª ed., Madrid, 1980.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA / SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: *Derecho penal español: parte general*. 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- *Derecho penal español: parte especial*. 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: "Error sobre la cualidad de deudor en un delito de rapd: su delimitación respecto del robo y el hurto: comentario a la STS de 27-X-1992", en *PJ*, nº 32, 1993, págs. 237-250.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: "La presunción legal de voluntariedad", en *ADPCP*, XVIII, 1965, págs. 33-84.
- *Derecho penal: parte general*. Civitas, Madrid, 1978.
- "Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad", en *Estudios penales: libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*. U. Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 509-522.
- "Art. 20.7º", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., y JORGE BARREIRO, A. (eds.): *Comentarios al CP*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 105-110.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO: *La doctrina de la acción finalista: lección inaugural del curso 1953-54*. Universidad de Valencia, Valencia, 1953.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, MANUEL: *Doctrina penal del TS: t. 2º*. 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1960.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA: *Ley y Derecho: interpretación e integración de la ley*. Tecnos, Madrid, 1976.
- ROIG TORRES, MARGARITA: "Algunas consideraciones sobre los arts. 508 y 509 del CP de 1995", en el colectivo *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz: vol. II*. Inst. Criminología, Valencia, 1997, págs. 713-735.
- *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*. Tirant, Valencia, 2000.
- ROLDÁN BARBERO, HORACIO: "Estado de necesidad y colisión de intereses", en *CPC*, 1983, págs. 469-551.
- ROMANO, MARIO: "Sul diritto di querela in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone", en *RIDPP*, 1962, págs. 834 s.
- ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL: "Art. 20.4º", en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1995, págs. 134-139.

## Bibliografía

- ROXIN, CLAUDIUS: "Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht", en *JuS*, 1964, págs. 373-381.
- "Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten", en F. GEERDS y W. NAUCKE (eds.): *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*. Duncker & Humblot, Berlin, 1966, págs. 467-484.
- "Anmerkung" a la S. del Oberlandesgericht de Koblenz de 7-V-1975, en *JR*, 1976, págs. 71-73.
- *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Depalma, Buenos Aires, 1979; es traducción por E. BACIGALUPO de *Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*. Gruyter, Berlin, 1970.
- "Anmerkung" a la S. del BGH de 3-II-1993, en *NStZ*, 1993, págs. 335 s.
- *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Band I: Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3ª ed., Beck, München, 1997.
- RUDOLPHI, HANS JOACHIM: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 1975, págs. 329-347. Es traducción por E. BACIGALUPO de *LH-Honig*, Göttingen, 1970, págs. 151-167.
- RUIZ GUTIÉRREZ, URBANO: *Diccionario índice de jurisprudencia penal 1983-1988*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- RUIZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN: "Encubrimiento y receptación: los específicos elementos subjetivos del injusto", en el colectivo *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 1. U. de Castilla La Mancha y U. de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 601-621.
- RUSCONI, MAXIMILIANO ADOLFO: *La justificación en el Derecho penal: algunos problemas actuales*. Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.
- RUB, WOLFGANG: "§ 242" y "§ 249", en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 15ª entrega, 1994).
- SABATINI, GUGLIELMO: "Le servitù discontinue e lo stato di necessità in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *RDPP*, 1913 II, págs. 351-357.
- *Istituzioni di DP: vol. II: PS*. 2ª ed., Foro Italiano, Roma, 1937.
- SABINO, VICENTE (jr): *Direito penal: vol. 4º: PE*. Sugestões literárias, São Paulo, 1967.
- SACCONE, ANTONIO: "La evoluzione storico-giuridica della ragion fattasi", en *SP*, 1924, págs. 155-192.
- SACHER DE KÖSTER, MARIANA: *La evolución del tipo subjetivo*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998. También publicado, como *Evolución del tipo subjetivo*, por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- SAINZ CANTERO, JOSÉ A.: *Lecciones de Derecho penal: parte general*. 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.
- SÁINZ DE ROBLES, CELIA: "El ánimo de lucro: ensayo de aproximación histórico-material al concepto", en el colectivo *Estudios de Derecho penal y criminología II: en homenaje al prof. José Mª Rodríguez Devesa*. Uned, Madrid, 1989, págs. 293-311.
- SALCEDO VELASCO, ANDRÉS: "El quebrantamiento de condena: los arts. 468 a 471 del nuevo código penal", en *Delitos contra la Administración de Justicia*, monográfico CDJ, 1997, págs. 301-385.

- SALTELLI, CARLO, y ROMANO-DI FALCO, ENRICO: *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale: con prefazione del Guardasigilli Alfredo Rocco II.1.* 3ª ed., Utet, Torino, 1931.
- SAMSON, ERICH: “Grundprobleme des Diebstahls (§ 242 StGB)”, en *JA*, 1980, págs. 285-292
- SAMSON, ERICH / GÜNTHER, HANS-LUDWIG: “§ 263”, en H.-J. RUDOLPHI (ed.): *Systematischer Kommentar zum StGB II.* 37ª entrega, 5ª ed., Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, jun. 1996.
- “§ 266”, en H.-J. RUDOLPHI (ed.): *Systematischer Kommentar zum StGB II.* 39ª entrega, 5ª ed., Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, dic. 1996.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, MARÍA ISABEL: *Minoría de edad y derecho penal juvenil.* Comares, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ OCAÑA, ROBERTO: “Art. 337”, en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y L. RODRÍGUEZ RAMOS (eds.): *Código penal comentado.* Akal, Madrid, 1990, págs. 617-621.
- SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL: *La violencia en el Derecho penal: su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995.* Bosch, Barcelona, 1999.
- SÁNCHEZ-JUNCO MANS, JAVIER: “Art. 148”, en I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.): *Código penal de 1995: comentarios y jurisprudencia.* Comares, Granada, 1998, págs. 978-981.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO: “Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones”, en *LL*, diario del 18-X-2001, págs. 1-6.
- SÁNCHEZ-TEJERINA, ISAÍAS: *Derecho penal español: t. II: PE.* 4ª ed., Reus, Madrid, 1945.
- SANTALUCIA, BERNARDO: *Derecho penal romano.* Traducción de JAVIER PARICIO y CARMEN VELASCO, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- SANTANA VEGA, DULCE MARÍA: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.* Dykinson, Madrid, 2000.
- “Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente”, en G. QUINTERO OLIVARES (ed.): *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz.* Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 865-883.
- SANTANIELLO, GIUSEPPE: *Manuale di Diritto penale.* 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1967.
- SANTORO, ARTURO: *Manuale di Diritto penale II: parte speciale: delitti contro lo Stato.* Utet, Torino, 1962.
- “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni - Diritto penale”, en A. AZARA y E. EULA: *Novissimo Digesto Italiano: vol. VI.* Utet, Torino, 1964, págs. 812-823. Una primera versión en M. D’AMELIO (ed.): *Nuovo Digesto Italiano.* Utet, Torino, 1938, págs. 616-626.
- “Ragion fattasi, pretesa e diritto soggettivo”, en *SP*, 1968, págs. 124-126.
- “Ancora sulla ragion fattasi - Diritti demaniali - Violenza sulle cose”, en *SP*, 1969, págs. 475-477.
- SANZ MORÁN, ÁNGEL J.: “Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada”, en el colectivo *Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al prof. José María Rodríguez Devesa II.* UNED, Madrid, 1989, págs. 313-344.
- “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el CP de 1995”, en el colectivo *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: libro-homenaje al Prof. Torío López.* Granada, 1999, págs. 505-520.

## Bibliografía

---

- SAUER, WILHELM: "Der Zueignungsbegriff", en *GA* 63, 1917, págs. 284-300.
- *Grundlagen des Srafrechts: nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*. Berlin und Leipzig, 1921.
- *Allgemeine Strafrechtslehre: eine lehrbuchmäßige Darstellung*. 3ª ed., Berlin, 1955.
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON: *Sistema del Derecho romano actual*. Góngora, Madrid, 1878.
- SAX, WALTER: "Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut", en *Ius et commercium: Studien zum Handels- und Wirtschaftstrafrecht: Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag am 20. 6. 1971*. Holzner, Würzburg, 1971, págs. 321-343.
- SCARDIA, MARCELLO: "La cosa giudicata sul preteso diritto nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *GCCSCsp*, 1946, págs. 248-254.
- SCHÄFER, KARL: "§ 240", en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (10ª ed., 5ª entrega, 1989).
- SCHEFFLER, UWE: "Zur Strafbarkeit der Schuldeneintreibung mittels 'Schwarzen Mannes': Zugleich eine Anmerkung zu LG Leipzig, Urteil vom 31.8.1994", en *Neue Justiz* n° 11, 1995, págs. 573-575.
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Mohr, Tübingen, 1958.
- *Strafrecht: AT: Lehrbuch*. 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1975.
- "Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte", en W. FRISCH y W. SCHMID (eds.): *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*. Heynemann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, págs. 345-364.
- *Strafrecht BT: Grundriß*. 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1983.
- *Strafrecht AT: Studienbuch*. 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1984.
- SCHMIDT, EBERHARD: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1965.
- SCHÖNKE, ADOLF / SCHRÖDER, HORST: *StGB Kommentar*. 26ª ed., Beck, München, 2001.
- SCHRÖDER, HORST: "Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht", en *DRiZ* n° 34, 1956, págs. 69-72.
- "Anmerkung" a la S. del BGH de 12-I-1962, en *JR*, 1962, págs. 347 s.
- "Anmerkung" a la S. del BGH de 3-VII-1964, en *JR*, 1965, págs. 27 s.
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: "§ 16", en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 14ª entrega, 1994).
- SCHROTH, ULRICH: *Strafrecht BT: Strukturen, Aufbauschemata, Fälle und Definitionen: Examensrelevantes Wissen unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung*. 3ª ed., Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2000.
- SCHUBART, MARTIN, y ALBRECHT, PETER: *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht: Schweizerisches StGB BT: 2 Band: Delikte gegen das Vermögen: Art. 137-172*. Stämpfli, Bern, 1990.
- SCHUDT, ROLF: *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung*. Tesis inédita, München, 1951.
- SCHÜNEMANN, BERND: "Raub und Erpressung", en *JA*, 1980, págs. 349-357, 393-400 y 486-492.



- SCHÜNEMANN, WOLFGANG B.: *Selbsthilfe im Rechtssystem: eine dogmatische Studie am Beispiel der §§227, 229 ff.BGB*. Mohr, Tübingen, 1985.
- SECCI, MAURO: “Reato di ragion fattasi e diritti coniugali”, en *RIDPP*, 1981, págs. 1223-1235.
- SEELMANN, KURT: “Grundfälle zu den Eigentumsdelikten”, en *JuS*, 1985, págs. 199-203, 288-291, 454-457, 699-703, y 1986, págs. 201-206.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO: “Introducción a los delitos contra la ‘realización de la justicia’”, en el colectivo *Delitos contra la Administración de Justicia*. Comares, Granada, 1995, págs. 1-76.
- “Art. 20”, en I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.): *Código penal de 1995: con comentarios y jurisprudencia*. Comares, Granada, 1998, págs. 262-341.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAÍLLO, ALFONSO: *Derecho penal: parte especial*. 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- SEVERINO, LORETO: “La cosa propria come oggetto della violenza nel delitto di ragion fattasi”, en *GP*, 1949 II, cols. 712-715.
- “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e possesso delle cose”, en *GP*, 1950 II, cols. 592-595.
- SGUBBI, FILIPPO: “Tutela penale di ‘interessi diffusi’”, en *La Questione Criminale: Rivista di ricerca e di dibattito su devianza e controllo sociale*, 1975, págs. 439-481.
- SIEVERTS, RUDOLF: *Beiträge zur Lehre den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*. De Gruyten, Hamburg, 1934.
- SILVA MELERO, VALENTÍN: “Ilicitud civil y penal”, en *RGLJ*, nº 179, enero 1946, págs. 5-31.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.
- “Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la ‘conducción suicida’”, en *LL*, 1998-3, págs. 970-980.
- *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1997.
- *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 1999.
- SIMONE, ANTONIO: “Esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en P. PAJARDI (ed.): *Dizionario giuridico*. Pirola, Milano, 1990, pág. 369.
- SINA, PETER: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs ‘Rechtsgut’*. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1962.
- SINFORIANI, GIUSEPPE: “L’esistenza del diritto conteso ai fini della ricerca del dolo nel delitto di ragion fattasi”, en *GCCSCsp*, 1945 II, págs. 306-309.
- SIQUEIRA, GALDINO: *Tratado de Direito penal: PE: t. II*. 2ª ed., Konfino, Río de Janeiro, 1951.
- SMITH, JOHN, y HOGAN, BRIAN: *Criminal Law*. 8ª ed., Butterworths, London-Edinburg-Dublin, 1996.
- SOLS LUCIA, ALBERTO: *El fraude a la ley: estudio analítico del art. 6.4º del CC en la Doctrina y Jurisprudencia*. Bosch, Barcelona, 1989.
- SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN: *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto*. Tirant, Valencia, 1993.
- SPENDEL, GÜNTER: “§ 32” en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 3ª entrega, 1992).

## Bibliografía

- SPIZUOCO, RENATO: "La titularidad del derecho de querrela nel delito di esercizio arbitrario", en *GP*, 1958 II, cols. 646-650.
- STOPPATO, ALESSANDRO: *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: studio de di Diritto penale*. Fratelli, Verona-Padova, 1896.
- STORTONI, LUIGI: *L'abuso di potere nel Diritto penale*. Giuffrè, Milano, 1976.
- STRATENWERTH, GÜNTHER: "Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale", en WELZEL, HANS; KAUFMANN, ARMIN, y KAUFMANN, HILDE (eds.): *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*. Röhrscheid, Bonn, 1963, págs. 171-191.
- *Sweizerisches Strafrecht: BT I: Straftaten gegen Individualinteressen*. 5ª ed., Stämpfli, Bern, 1995.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: "Art. 242", en G. RODRÍGUEZ MOURULLO y A. JORGE BARREIRO (eds.), *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 695-697.
- SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el código penal español*. Comares, Granada, 2000.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS: "La simulación de delito en el CP de 1995", en el colectivo *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. J.R. Casabó Ruiz: vol. II*. Inst. Criminología, Valencia, 1997, págs. 815-853.
- SUPPERT, HARTMUT: *Studien zur Notwehr und 'notwehrähnlichen Lagen'*. Röhrscheid, Bonn, 1973.
- TALASSANO, FRANCESCO: "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni", en *GCCSCsp*, 1946, págs. 197 s.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA: *La libertad ideológica en el Derecho penal*. I. de Criminología de Barcelona - PPU, Barcelona, 1989.
- "Art. 148", en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 94-98.
- "Art. 153", *ibidem*, págs. 105-108.
- "Art. 154", *ibidem*, págs. 108-110.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, y RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ: "Art. 508", *ibidem*, págs. 1463-1466.
- TARDÓN OLMOS, MARÍA: "Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución: nueva regulación: análisis comparativo respecto al texto anterior", en *Delitos contra la Administración de Justicia*, monográfico CDJ, 1997, págs. 45-83.
- TEJERA Y GARCÍA, DIEGO VICENTE: *Comentarios al código de defensa social: t. V*. Montero, La Habana, 1946.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *RFDUCM*, nº 63, otoño 1981, págs. 123-149.
- "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, págs. 9-22.
- THON, AUGUST: *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Böhlau, Weimar, 1878.
- TIEDEMANN, KLAUS: "Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder - OLG Köln, NJW 1968, 2348", en *JuS*, 1970, págs. 108-113.
- "Constitución y Derecho penal", traducido por L. ARROYO ZAPATERO, en *Revista española de Derecho constitucional*, año 11, nº 33, sept.-dic. 1991, págs. 145-171.

- “§ 263”, en *Leipziger Kommentar: Großkommentar* (11ª ed., 33ª entrega, 2000).
- TIMPE, GERHARD: *Die Nötigung*. Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- TLOMEI, ALBERTO DOMENICO: “L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni e il progetto Scialoja”, en *RDPP*, 1910 I, págs. 538-541.
- TORCIA, CHARLES E.: *Wharton’s criminal law: vol. 3*. 15ª ed., Callaghan, Deerfield-New York-Rochester, 1995. vol. 4, 14ª ed., 1981.
- *Wharton’s criminal law: vol. IV*. 14ª ed., Callaghan, Deerfield - New York - Rochester, 1981.
- TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL: “La estructura típica del delito de coacción”, en *ADPCP*, 1977, págs. 19-39.
- TRECHSEL, STEFAN: *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21 Dez. 1937: Kurzkomentar*. 2ª ed., Schulthess, Zürich, 1997.
- TRÖNDLE, HERBERT / FISCHER, THOMAS: *StGB und Nebengesetze*. 49ª ed., Beck, München, 1999.
- VALIÑO, EMILIO: *Instituciones de Derecho privado romano*. Fac. de Derecho, Valencia, 1980.
- VALMAÑA OCHAITA, SILVIA: *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Mº de Justicia, Madrid, 1993.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: “Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo”, en *Anuario de Derecho civil*, 1981, págs. 3-39.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Nuevo Código penal comentado: ley 10/95, de 23 de noviembre*. Edersa, Madrid, 1996.
- VERNETTI, ALDO: “Il dolo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni”, en *GCCSCsp*, 1946, págs. 35-37.
- VIADA Y VILASECA, SALVADOR: *Código penal reformado de 1870: concordado y comentado: tomo VI*. 5ª ed., Madrid, 1927.
- VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE: “Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas”, en *Actualidad Penal*, nº 37, 13-19 de octubre de 1997, págs. 825-836.
- *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*. Tirant, Valencia, 2002.
- VICENTE Y CARAVANTES, JOSÉ DE: *Código penal reformado: comentado novísimamente, precedido de una breve reseña histórica del Derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas*. Calleja, Madrid, 1851.
- VIDAL GIL, ERNESTO J.: “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en J. BALLESTEROS (ed.): *Derechos humanos: concepto, fundamento, sujetos*. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 21-41.
- VILLEY, MICHEL: “L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains”, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, nº 24-25, 1946-1947, págs. 201-227.
- “Les origines de la notion de droit subjectif”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 2, 1953-1954, págs. 163-187.
- “Suum jus cuique tribuens”, en el colectivo *Studi in onore di Pietro di Francisci*, vol. I. Giuffrè, Milano, 1956, págs. 361-371.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: “Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal”, en M. COBO DEL ROSAL y M. BAJO FERNÁNDEZ (eds.): *Comentarios a la legislación penal: t. I: Derecho penal y constitución*. Edersa, Madrid, 1982, págs. 1-48.

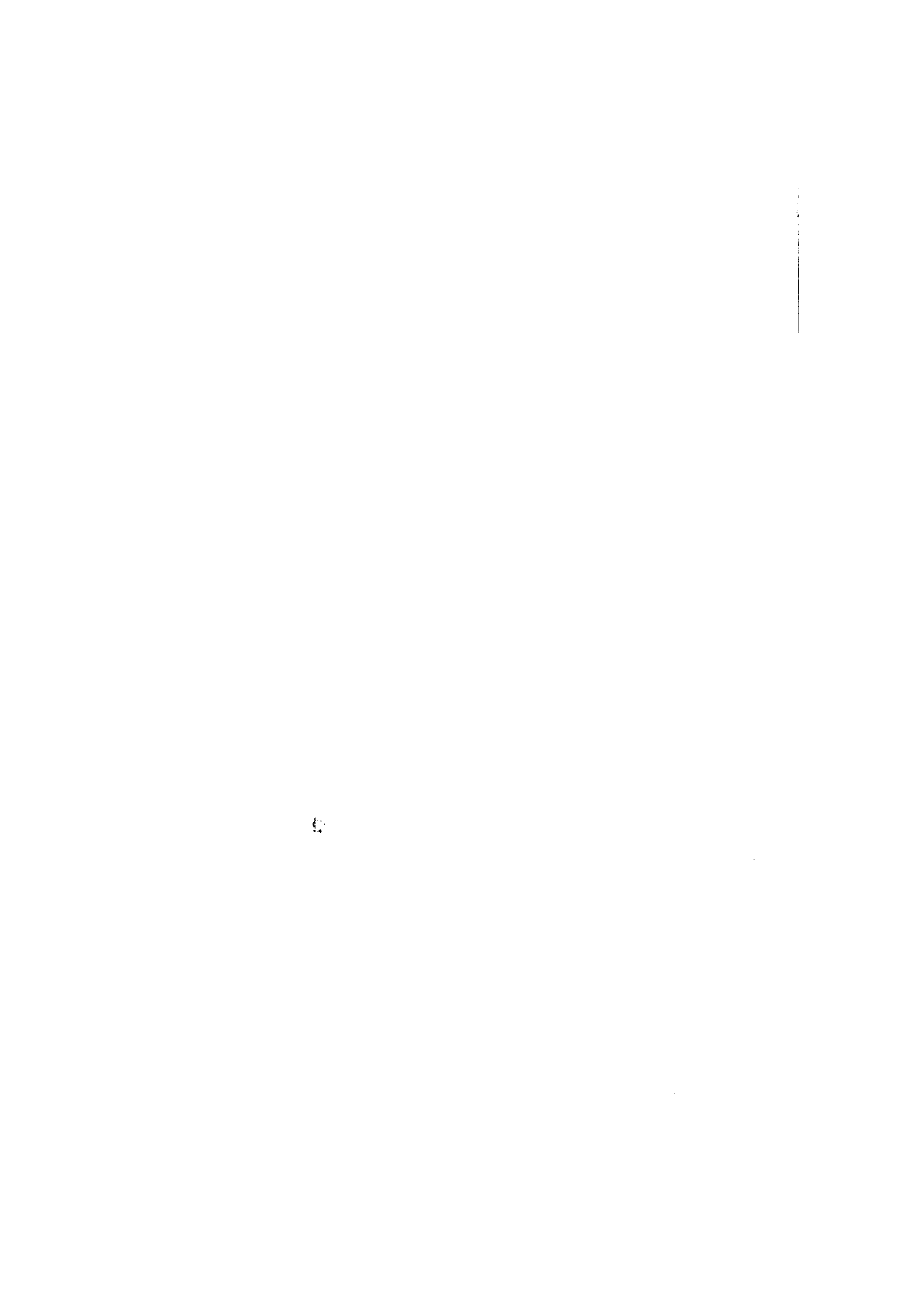
## Bibliografía

- “Art. 14”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al CP de 1995: vol. I*. Tirant, Valencia, 1996, págs. 92-96.
- “Delitos contra la Administración de Justicia”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al Código penal de 1995: vol. II*. Tirant, Valencia, 1996, págs. 1879 s.
- “Art. 455”, en T.S. VIVES ANTÓN (ed.): *Comentarios al Código penal de 1995: vol. II*. Tirant, Valencia, 1996, págs. 1912 s.
- *Fundamentos del sistema penal*. Tirant, Valencia, 1996.
- “Realización arbitraria del propio derecho”, en VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal: parte especial*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1999.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR (ed.): *Derecho penal: PE*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1990.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III): hurtos”, en VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal: parte especial*. 3ª ed., Tirant, Valencia, 1999, págs. 379-385.
- “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV): robo con fuerza en las cosas”, *ibidem*, págs. 387-399.
- “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): robo y hurto de uso de vehículo; usurpación”, *ibidem*, págs. 419-436.
- VIZMANOS, TOMÁS MARÍA DE, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CIRILO: *Comentarios al código penal: tomo II*. González y Vicente, Madrid, 1848.
- VOLLERT, HELMUT: *Ersatzfähigkeit und Ersatzbereitschaft als ‘Strafausschließungsgründe’ bei Unterschlagung und Untreue*. Tesis, Kiel, 1969.
- WAHLE, EBERHARD: “Der praktische Fall - Strafrecht: Ein gerissener Arbeitslollege”, en *JuS*, 1969, págs. 428-434.
- WARDA, GÜNTER: “Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre”, en *Jura*, 1979, págs. 1-4, 71-82, 113-118 y 286-297.
- WEGNER, ARTHUR: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1951.
- WELZEL, HANS: “Studien zum System des Strafrechts”, en *ZStW*, LVIII, 1939, págs. 491-556.
- *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts: in seinem Grundzügen*. 3ª ed., Gruyter, Berlin, 1944.
- “Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug”, en *NJW*, 1953, págs. 652 s.
- *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*. 11ª ed., Gruyter, Berlin, 1969.
- WESENER, GUNTER: “Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht”, en H. BALTL (ed.): *Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien: Band 3: Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*. Böhlau, Graz-Köln, 1978, págs. 100-120.
- WESSELS, JOHANNES / HILLENKAMP, THOMAS: *Strafrecht BT 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*. 23ª ed., Müller, Heidelberg, 2000.
- WINDSCHEID, BERNHARD: *Diritto delle Pandette*. Traducción de C. FADDA y P.E. BENZA, Utet, Torino, 1925.

- WITTHAUS, DIETER: *Probleme der Rechtswidrigkeit und Zueignung bei der §§ 242, 246 StGB*. Brockmeyer, Bochum, 1981.
- WOLF, ERIK: "Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit: vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts", en el colectivo *Festschrift für Max Pappenheim zum 50. Jahrgang seiner Doktorpromotion*. Hirt, Breslau, 1931, págs. 379-439.
- *Vom Wesen des Täters*. Mohr, Tübingen, 1932.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: *Aspectos civiles del nuevo CP: responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos*. Dykinson, Madrid, 1997.
- ZAGREBELSKY, VLADIMIRO, y PACILEO, VINCENZO: *Codice penale annotato: con la giurisprudenza: II: articoli 361-734 bis*. Utet, Torino, 1999.
- ZAULI, GIOVANNI: "Decisione irrevocabile sul preteso diritto di esercizio arbitrario", en *RIDPP*, 1938, págs. 68-72.
- ZIMMERL, LEOPOLD: *Zur Lehre vom Tatbestand: Übersehene und vernachlässigte Probleme*. Es *Strafrechtliche Abhandlungen* n° 237, Schletter, Breslau, 1928.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: "El título V ('Delitos contra la libertad sexual') del libro II ('Delitos y sus penas') de la PANCP", en *DJ*, n° 37-40, en.-dic. 1983, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 1, págs. 419-442.

# **Anexo**

Esta tesis doctoral ha sido presentada de acuerdo con la normativa del Doctorado Europeo. Esto obligaba a realizar parte del trabajo en una lengua europea que no fuera oficial de la Universidad en que se defiende, y por ello los apartados B y C del capítulo octavo están redactados en inglés. Sin embargo, para comodidad del Tribunal, se presenta aquí una versión íntegra española de dicho capítulo.



## **Capítulo 8**

### **El uso de armas u objetos peligrosos.**

*A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO. I.- Planteamiento de la cuestión. II.- Toma de postura. B.- EL CONCEPTO DE 'ARMAS U OBJETOS PELIGROSOS'. I.- Las armas y los objetos. II.- El peligro de 'armas u objetos peligrosos'. II.1.- Objeto del 'peligro'. II.2.- Peligrosidad del objeto. C.- EL 'USO' PARA LA INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA. I.- El 'uso' de armas u objetos peligrosos. I.a.- 'Hacer uso'. I.b.- 'Uso' e 'intimidación o violencia'. I.b.1.- Como elementos típicos del delito del art. 455 CP. I.b.2.- La falta de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos. II.- El uso 'para la intimidación o violencia' y los resultados lesivos. III.- El 'uso' y la 'tenencia'.*

En los capítulos anteriores he procedido al estudio de los elementos típicos del art. 455.1 del CP; queda ahora referirme a la disposición del 455.2, de acuerdo con la cual se impondrá la pena superior en grado 'si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos'.

Esta agravación, estrechamente relacionada con las previstas en los delitos de lesiones (art. 148.1º del CP), agresiones sexuales (art. 180.1.5º del CP), robo violento o intimidatorio (art. 242.2 del CP) y atentado (art. 552.1ª del CP), atiende a un ámbito que pese a la profusa jurisprudencia desarrollada en estas sedes dista con frecuencia de resultar claramente determinado; y plantea además una importante problemática concursal para la solución de la cual no siempre se ha acudido a criterios satisfactorios. El estudio de estos dos extremos, sin embargo, debe ser precedido, en cuanto al delito que nos ocupa, de una cuestión previa: el análisis de la incidencia del supuesto agravado en el contenido de injusto del hecho, y por consiguiente la determinación de la naturaleza dogmática de la exasperación penológica prevista.

Así, este capítulo destina un primer apartado a la naturaleza dogmática de la agravación en cuestión y su incidencia en el contenido de injusto del hecho, para centrarse seguidamente en un segundo punto sobre el concepto de 'armas u objetos peligrosos', y finalmente dedicar un tercer epígrafe al sentido en que deba



entenderse el 'uso' de los mismos y el deslinde de éste con las infracciones de resultado lesivo y los delitos de tenencia ilícita de armas.

### **8.A.- NATURALEZA DOGMÁTICA E INCIDENCIA EN EL CONTENIDO DE INJUSTO.**

El código penal prevé, en diferentes redacciones, supuestos agravados por el uso de armas u objetos peligrosos en los delitos de lesiones, agresiones sexuales, robo violento o intimidatorio, realización arbitraria del propio derecho y atentado.<sup>1</sup> En cada una de estas sedes la agravación presenta implicaciones diversas, cuyo estudio particularizado excede del objeto del presente capítulo, por cuanto el marco de este trabajo se ciñe al estudio del delito previsto en el art. 455 del CP. Sin embargo, con frecuencia será preciso acudir al contraste con los demás preceptos que prevén agravaciones similares, y desde luego habrá de abordarse la problemática concursal que se plantea. Pues bien: para resolver airoosamente estas cuestiones es preciso comenzar precisando en qué medida afecta la agravación del número segundo al contenido de injusto del delito de realización arbitraria del propio derecho, y cuál es, en consecuencia, la naturaleza dogmática que debe atribuírsele.

Esto supone, así, la necesidad de volver sobre el problema del bien jurídico protegido, que respecto de la figura básica del art. 455.1 se estudió en el cap. 4, para plantear ahora en qué medida puede mantenerse lo mismo respecto

---

<sup>1</sup> Respectivamente, arts. 148.1º, 180.1.5º, 242.2, 455.2 y 552.1ª del CP. Cualifica además por el hecho de 'esgrimir' armas el delito de rebelión (art. 473.2), y atienden como elemento constitutivo de la infracción al mero 'portar' armas, medios u objetos peligrosos los delitos de los arts. 495.1, 513.2 y 514.2, y a la utilización de medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas el del art. 154. Se prevén asimismo penas cumulativas de privación del derecho de tenencia y porte de armas en el homicidio o lesiones cometidos por imprudencia grave con arma de fuego (arts. 142.2 y 152.2), y en las faltas de homicidio por imprudencia leve y lesiones imprudentes del art. 621 (aptdo. 5, en el que la referencia es a 'armas', sin requerir que sean 'de fuego').

de la previsión del art. 455.2. Antes de lo cual conviene, siquiera sumariamente, revisar las posiciones mantenidas en la doctrina respecto de la naturaleza del inciso que nos ocupa.

### 8.A.I.- Planteamiento de la cuestión.

El párrafo segundo del art. 455 no ha sido objeto de atención preferente por la doctrina española, que con frecuencia pasa sobre el mismo sin especial atención,<sup>2</sup> limitándose a señalar su carácter agravatorio,<sup>3</sup> contentándose con una remisión sin especiales matices a las consideraciones desarrolladas en los delitos de lesiones y/o robo,<sup>4</sup> o aludiendo tan solo a su existencia para argumentar consideraciones *de lege ferenda* referidas al 455.1.<sup>5</sup>

Quienes abordan la cuestión coinciden en señalar que la agravación responde a una situación de peligro;<sup>6</sup> más concretamente, de peligro para 'la vida,

---

<sup>2</sup> Obvian v.gr. todo comentario **Beneytez Merino** y **Mora Alarcón**. Por el contrario, sorprendentemente, ciñe a su existencia el comentario del precepto, entendiendo que es la única novedad respecto al CP anterior (lo cual, desde luego, no parece sostenible), **Bentabol Manzanares, F.**, *El CP de 1995: resumen práctico de novedades* (1996), pág. 86.

<sup>3</sup> Ven 'subtipo agravado' **Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones*, pág. 162; 'tipo agravado' **López Barja de Quiroga**, "La Administración...", pág. 539; 'tipo cualificado' 'con medios legalmente determinados' **Landecho Velasco/Molina Blázquez**, pág. 461; 'supuesto agravado' **Moyna Ménguez**, pág. 910; para **Vázquez Iruzubieta**, pág. 600, 'agrava la pena'.

<sup>4</sup> Remiten al 242.2, **Cancio Meliá**, pág. 1197; al 242.2 y al 148.1º, viendo 'subtipo agravado', **Del Moral García**, pág. 1777; al 242, planteando concursos con 'otros delitos como homicidio, lesiones, detenciones ilegales, etc.', **Serrano Gómez/Serrano Maíllo**, pág. 825; al 242.2, **Vives Antón**, "Art. 455", pág. 1913, y "Rapd", pág. 732; en la misma línea glosan jurisprudencia elaborada con el código anterior en aquellas sedes **Mares Roger** y **Martínez Lluesma**, pág. 185, calificando el inciso que nos ocupa de 'subtipo agravado'. Contra la idea de 'trasplantar sin más' las elaboraciones de estas sedes al delito de rapd, **Fernández García** y **López Moreno**, págs. 623 s.

<sup>5</sup> En esta línea **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 905, se limita a entender que el 455.2 demuestra la mayor gravedad de violencia o intimidación respecto de la fuerza en las cosas, criticando su equiparación penológica en el número primero. Una lectura diferente, entendiendo que la restricción de la aplicación del 455.2 a violencia e intimidación responde a que sólo en estas modalidades es posible poner en peligro 'la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de terceros', sin extraer de ello conclusiones acerca de la gravedad de las diferentes modalidades del 455.1, en **González Rus**, "Delitos...", pág. 489, a quien sigue **Mestre Delgado**, "Delitos...", pág. 613.

<sup>6</sup> 'Mayor peligrosidad' para **Fernández García** y **López Moreno**, pág. 623, sin concretar a qué refieren dicho peligro, y sin ver 'muy justificado el sentido de este tipo agravado'.

la integridad o la salud' bien del sujeto pasivo, bien de terceros, derivado de la utilización de tales medios.<sup>7</sup> Así, en lógica consecuencia, al contenido de injusto previsto en el art. 455.1, que no abarca directamente la protección de la integridad del sujeto pasivo,<sup>8</sup> se acumularía en el supuesto del número segundo un peligro para bienes de esta índole; y, sin embargo, la importancia de esta inclusión no resulta valorada por los distintos autores con la misma importancia. No se discute que violencia e intimidación se integran en el primer apartado cuando 'tengan lugar mediante gestos, gritos, el uso de las manos o cualquier otra parte del cuerpo o la utilización de instrumentos no peligrosos para la vida, la salud o la integridad de las personas', y en el segundo cuando se emplean armas u objetos con 'idoneidad objetiva para la lesión de tales bienes jurídicos';<sup>9</sup> sin embargo, la naturaleza jurídica del motivo de distinción no resulta pacífica.

Mientras para unos se trataría de un 'tipo cualificado' o 'subtipo agravado',<sup>10</sup> para otros estaríamos ante una 'agravación' sin incidencia directa en la configuración esencial del tipo.<sup>11</sup> Es esta última, destacadamente, la postura de GONZÁLEZ RUS, para quien a diferencia de lo que acontece con el delito de robo en esta sede no estamos ante 'una primera exigencia de intimidación y una agravación posterior', 'sino que es la peculiar manera de integrar el elemento típico violencia o intimidación lo que da lugar a la mayor punición' y no cabe así

---

<sup>7</sup> González Rus, "Delitos...", pág. 492, a quien sigue Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613. De peligro 'para la vida o la salud de la víctima, pero sin incluir cualquier otra clase de peligros', matizando la posibilidad de alcanzar a terceros y protestando que la 'agravante específica' no resulte en esta sede de redacción 'tan explicativa como otros textos del mismo código donde se tiene en cuenta', Martín Canivel, págs. 144 s.

<sup>8</sup> Sobre este punto vid. supra 4.B.II.

<sup>9</sup> Los entrecomillados son de Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613.

<sup>10</sup> Las denominaciones de este orden son las más frecuentemente utilizadas, aunque a menudo sin argumentación ninguna; vid. Conde-Pumpido Ferreiro, *Contestaciones*, pág. 162; Fernández García y López Moreno, pág. 623; Landecho Velasco/Molina Blázquez, pág. 461; López Barja de Quiroga, "La Administración...", pág. 539; Mares Roger y Martínez Lluesma, pág. 185; Mestre Delgado, "Delitos...", pág. 613; Del Moral García, pág. 1777; Quintero Olivares, "Art. 455", pág. 1343.

<sup>11</sup> En esta línea, sin especial argumentación, Martín Canivel, pág. 144; Moyna Ménguez, pág. 910; y Vázquez Iruzubieta, pág. 600.

hablar de tipo cualificado, sino de ‘una simple agravación’.<sup>12</sup> Sobre esta construcción volveré inmediatamente en mi toma de postura; baste, por ahora, con señalar que al estudiar el fundamento de la agravación el autor en cuestión no duda en señalarlo en la incidencia en el contenido de injusto.

### **8.A.II.- Toma de postura.**

La especial previsión del número segundo del art. 455 responde a mi juicio, efectivamente, a la generación de un peligro para la integridad de los sujetos pasivos de la acción. Supone así, sin salir del ámbito que corresponde al delito de realización arbitraria del propio derecho, una incidencia en el contenido de injusto que se compadece mal con la idea de *circunstancia*,<sup>13</sup> por cuanto afecta a la configuración esencial del tipo: nos hallamos, pues, ante una modalidad típica, subtipo o tipo cualificado; en definitiva, ante una construcción distinta de la del 455.1 ya en su configuración básica.<sup>14</sup> El ‘uso de armas u objetos peligrosos’ no puede, pues, leerse en el sentido de un mero añadido circunstancial, porque modifica decisivamente el contenido de injusto.

---

<sup>12</sup> **González Rus**, “Delitos...”, pág. 492, planteando para la construcción del robo problemas de *bis in idem*.

<sup>13</sup> Sobre el concepto jurídico-penal de ‘circunstancia’, y especialmente sobre la inviabilidad de conceptuar como circunstancias en sentido estricto elementos con importante incidencia en el contenido de injusto, **González Cussac, J.L.**, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (1988), págs. 53-96 (esp. págs. 94-96); vid. asimismo **Borja Jiménez, E.**, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español* (2002), pág. 14 (más extensamente en su trabajo *Teoría general de las circunstancias modificativas* (en prensa)); y **Orts Berenguer, E.**, *Atenuante de análoga significación* (1978), págs. 25-40. En esta misma línea, en sede de delito de robo, **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pág. 410.

<sup>14</sup> Y a la cual, por ende, no será aplicable en cuanto tal el régimen de comunicabilidad previsto en el art. 65.2 CP (pese a la práctica jurisprudencial (por todas, STS de 18-IX-2000 (A7996)) que asume, v.gr., **Suárez González, C.**, “Art. 242” (G. RODRÍGUEZ MOURULLO y A. JORGE BARREIRO (eds.), *Comentarios al CP* (1997)), pág. 696; y de la que con razón protestan **Muñoz Conde y García Arán**, pág. 549). Cuestión distinta es que de la aplicación de las reglas generales se sigan en este punto los mismos resultados (vid., en sede de robo, **De Vicente Martínez, R.**, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (2002), págs. 98-101; **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pág. 410; y STS de 24-IV-2000 (A3299)).

De las diferentes ocasiones en que el código atiende al uso de armas u objetos ‘peligrosos’, en la cualificación de la modalidad básica de lesiones se especifica que el peligro (el ‘concreto’ peligro) debe entenderse referido a ‘la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado’;<sup>15</sup> y en la cualificación de las agresiones sexuales se precisa que las armas u objetos han de ser ‘susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150’ del CP.<sup>16</sup> El código no hace siempre formulaciones tan expresas; pero la falta de referencia explícita en las redacciones de otras sedes (‘armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré’, sin mayor concreción, en el delito de robo violento o intimidatorio; ‘armas u otro medio peligroso’, sin más, en el de atentado)<sup>17</sup> no supone que quepa en ellas buscar un contenido de peligro distinto:

---

<sup>15</sup> Art. 148.1º del CP. Téngase en cuenta, en cuanto a la inclusión de la salud psíquica, que dicho peligro se predica en esta sede de ‘armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas’. Para afectar la psique del sujeto es ciertamente posible recurrir a métodos tanto físicos como psíquicos (vid. la sistematización que, siguiendo a SHAALAN, plantea **Grima Lizandra, V.**, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos* (1998), págs. 131 s.); lo que parece difícil es concebir armas u objetos que *per se* resulten peligrosos para la salud psíquica sin serlo para la física. Entiendo, en consecuencia, que en cuanto a armas y medios materiales u objetos se refiere el peligro será, en principio, para esta última.

<sup>16</sup> Art. 180.1.5º del CP. Aquí se acota a las lesiones cualificadas; pero ha de considerarse que la agravación prevista en las lesiones básicas no podrá atender como ‘peligro’ a lo ya realizado en el resultado lesivo, con lo cual su ámbito de aplicación se ciñe a los mismos supuestos del 180.1.5º (pretender aplicar el 148.1º a supuestos en que se emplearen objetos con potencialidad lesiva superior a la realizada, pero que no excedería del marco del 147, sería castigar más gravemente el peligro de una progresión lesiva que la efectiva realización de la misma, lo que no parece en modo alguno aceptable; vid., en esta línea, **Tamarit Sumalla, J.M.**, “Art. 148” (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 95). La limitación al peligro de lesiones cualificadas que se sigue del art. 180.1.5º por el tenor del precepto y del 148.1º por la estructura del tipo no parece en principio, sin embargo, aplicable a otros casos si no concurren razones semejantes; robo, atentado o rapd podrían cualificarse por el empleo de objetos susceptibles de causar lesiones básicas, aunque resulten dudosamente adecuados para las cualificadas. Cuestión distinta es que pueda o no afirmarse la existencia de armas u objetos asimilados cuya potencialidad lesiva no permita alcanzar lesiones cualificadas.

<sup>17</sup> Respectivamente, arts. 242.2 y 552 del CP. A mi juicio, el carácter equiparable del peligro que supongan los medios respecto del integrado por las armas, explicitado en el ‘igualmente’ del art. 242.2, debe entenderse implícito en el art. 552. No así el requisito de que se ‘lleveren’, que sólo en la primera sede resulta exigible; volveré sobre estos extremos, en cuanto al delito de rapd afecta, infra, B.II y C.III.

las armas y los medios u objetos asimilables son en sí peligrosos,<sup>18</sup> en cuanto tales, para la vida, la salud o la integridad.<sup>19</sup> Y este es también, a mi juicio, el peligro al que se refiere el número segundo del art. 455: las ‘armas u objetos peligrosos’ son ‘peligrosos’ para la integridad del sujeto intimidado o sobre el que se ejerce violencia. Precisamente porque no hay sujeto cuya integridad pueda ponerse en peligro esta modalidad no se prevé en los casos de mera fuerza en las cosas.<sup>20</sup>

Ahora bien: de la afirmación de que las armas u objetos cuyo uso da lugar a la agravación han de ser peligrosos para la integridad no se sigue necesariamente que sea éste el motivo de la agravación, y es preciso detenerse a argumentar este extremo antes de darlo por sentado. De hecho, la abundante jurisprudencia en sede de robo apunta en una triple dirección:<sup>21</sup> la ‘perversidad’ manifestada por el delincuente, la influencia subjetiva sobre la víctima y el riesgo objetivo para la integridad.<sup>22</sup> Sin embargo, en mi opinión las dos primeras alternativas no resultan aceptables, y debe acudir a la tercera. Sin cuestionar que la exigencia en aquella sede de que el objeto en cuestión fuera ‘llevado’ por el delincuente apunta en alguna medida a la decidida intención del autor,<sup>23</sup> no me

---

<sup>18</sup> Tanto las armas como los medios u objetos; vid. infra B.II.

<sup>19</sup> De hecho, cuando la lesión de estos bienes jurídicos se ha materializado íntegramente, la referencia no es ya a ‘medios peligrosos’ sino a los concretos medios empleados; vid. las previsiones que para homicidio y lesiones imprudentes se sientan en los arts. 142.2, 152.2 y 621.5 del CP. En cuanto a la compatibilidad de esta afirmación con la previsión del art. 148, vid. la interpretación sostenida infra, C.II.

<sup>20</sup> En esta línea, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 489; y siguiéndole **Mestre Delgado**, “Delitos...”, pág. 613.

<sup>21</sup> Para una exposición crítica con cita de jurisprudencia reciente, **Jareño Leal, A.**, “El ‘uso de armas’ en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*” (LL 2-I-2001), págs. 3-4.

<sup>22</sup> La doctrina, sin embargo, se inclina abrumadoramente por esta última vía; vid. por todos **De Vicente Martínez, R.**, “Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas” (*Actualidad Penal* 1997), pág. 835, y *El delito...*, pág. 82.

<sup>23</sup> Vid. en esta línea, apuntando ‘una especial predisposición en el sujeto’, sin perjuicio de concluir que ‘con todo, el fundamento último y principal es el incremento del riesgo para los bienes personales de la víctima o de los que acuden en su auxilio’, **González Rus, J.J.**, “Lecc. 19: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)” (M. COBO DEL ROSAL (ed.), *Curso de DP español PE I* (1996)), pág. 625. Vid. asimismo, argumentando sobre el incremento

parece –si es que puede determinarse con precisión su contenido- que un factor como la ‘perversidad’ pueda influir en la pena a imponer en un estado social y democrático de Derecho.<sup>24</sup> En cuanto a la ‘peligrosidad subjetiva’, tampoco resulta a mi juicio aceptable la construcción que apunta como fundamento agravatorio la merma de la sensación de seguridad del sujeto pasivo,<sup>25</sup> el reforzamiento de la intimidación o la inhibición de la posible intervención de terceros; en definitiva, no se trataría sino de momentos especialmente intensos de intimidación,<sup>26</sup> respecto de los cuales la ‘peligrosidad’ de armas u objetos se desdibuja y pierde sentido requerirla.<sup>27</sup> En suma, a mi juicio el fundamento de la agravación por uso de armas u objetos peligrosos está efectivamente en la peligrosidad de los mismos; es decir, en que añaden al tipo básico respecto del que se formulan (construido como delito de lesión) un elemento de peligro para la integridad –y, a través de ésta, la salud o la vida- del sujeto pasivo.

La modalidad del delito de realización arbitraria del propio derecho prevista en el art. 455.2 del CP se construye, así, y a diferencia de la modalidad del número primero, como pluriofensiva en sentido estricto.<sup>28</sup> Junto a la lesión del monopolio estatal en el uso ordinario de la fuerza, se configura un *plus* de

---

de peligro *ex ante* en atención a la mayor reflexión y probabilidad de uso, De Vicente Martínez, *El delito...*, pág. 80.

<sup>24</sup> En esta línea Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 3; y De Vicente Martínez, “Los delitos...”, pág. 835, y *El delito...*, pág. 82. En la medida en que se opte decididamente por atender a la imputación subjetiva del hecho al autor y no al reproche moral, creo que no es preciso mayor comentario. Contra, carga tintas en ‘la mayor perversidad o degradación’ Madrigal Martínez-Pereda, C., “Art. 242.2” (I. SERRANO BUTRAGUENO (ed.), *CP de 1995* (1998)), pág. 1204.

<sup>25</sup> Crítica con esta orientación jurisprudencial Valmaña Ochaita, S., *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas* (1993), pág. 87.

<sup>26</sup> Vid. Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 3; Soriano Soriano, J.R., *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto* (1993), págs. 59 s. y 90; De Vicente Martínez, *El delito...*, pág. 82; y Vives Antón y González Cussac, “IV”, pág. 409.

<sup>27</sup> En este sentido, en sede de robo, Muñoz Conde, *PE*, pág. 386.

<sup>28</sup> Precisamente en esta línea, atendiendo al proceso legislativo de descomposición de los delitos complejos en sede de robo, aboga por ‘dar un paso más’ y suprimir en ellos la agravante específica que nos ocupa De Vicente Martínez, “Los delitos...”, págs. 829 y 836, y *El delito...*, pág. 96. El problema práctico, sin embargo, se plantearía a mi juicio de optar por esta vía (sea en robo o en rapd) ante la frecuente inescindibilidad de violencia-intimidación y uso de armas

peligro para la integridad del sujeto, de forma que sólo la concurrencia cumulativa de ambas afectaciones explica por entero el contenido de injusto.

Sin embargo, es preciso destacar que la violencia o intimidación y el uso de armas u objetos peligrosos no se presentan escindidos; es más, que el precepto requiere que estos últimos se usen ‘para la intimidación o violencia’. Así, debe entenderse a mi juicio y en la línea que propone GONZÁLEZ RUS que en definitiva no se trata en la estructura típica del 455.2 del CP de dos momentos fácticos diferenciados, sino de ‘la peculiar manera de integrar el elemento típico violencia o intimidación’.<sup>29</sup> Pero esta ‘peculiar manera’ supone una incidencia en los bienes jurídicos afectados y la entidad de dicha afectación que en mi opinión, y contra lo que defiende el autor citado, no puede conceptuarse de mera ‘agravación’ sin incidencia esencial en el tipo. Sigue tratándose de violencia o intimidación para la realización de un derecho propio, pero de violencia o intimidación concretamente peligrosas para la integridad del agredido en virtud de un criterio objetivo legalmente tasado; el salto cualitativo en sede de contenido de injusto impide entender que nos encontremos ante una mera modulación de gravedad dentro del mismo marco que en el número primero. El paso a la pena superior en grado refuerza, a mi juicio, esta estimación.<sup>30</sup>

### **8.B.- EL CONCEPTO DE ‘ARMAS U OBJETOS PELIGROSOS’.**

---

(vid. seguidamente en el texto), que dificulta recurrir a concursos de delitos sin incurrir en *bis in idem*, produciéndose sin embargo un *plus* de afectación de bienes jurídicos.

<sup>29</sup> González Rus, “Delitos...”, pág. 492. Por cierto que no acabo de entender por qué el autor excluye la posibilidad de entender que es esto mismo lo que sucede en el delito de robo cualificado del art. 242.2 en la modalidad de uso ‘al cometer el delito’, y señala para la infracción patrimonial problemas de *bis in idem* que no ve en el delito de rapd (cf. “Lecc. 19”, pág. 626), cuando además aquí se acude a la pena superior y allí sólo a la mitad superior.

<sup>30</sup> Pena que por cierto en aplicación del art. 70.1.1ª del CP resultará, a mi entender, multa de 12 a 18 meses; y no multa de 12 a 15 meses como proponen Landecho Velasco/Molina Blázquez, pág. 461.



En las diversas ocasiones en que el código agrava delitos por el empleo de armas en su comisión, con la única excepción del delito de rebelión,<sup>31</sup> se asocian a las armas con idéntico tratamiento los ‘objetos’ o ‘medios’ ‘peligrosos’. La finalidad de esta previsión es clara: evitar que el recurso a medios materiales de no menor eficacia vulnerante que las armas en sentido estricto, pero que no puedan conceptuarse propiamente de tales, permita al autor alcanzar el mismo resultado material escapando de los efectos de exasperación penológica previstos para el uso de armas. Así, aunque el artilugio empleado por el agente no sea técnicamente un ‘arma’, se aplicará igualmente la agravación.

Sin embargo, de esta construcción se siguen dos cuestiones inmediatas: por una parte, definir el significado del término ‘arma’ y su distinción de los ‘medios u objetos’ peligrosos; por otra, delimitar el alcance y la forma de determinación del ‘peligro’ requerido. A ellas se dedican los epígrafes siguientes.

### ***8.B.I.- Las armas y los objetos.***

La distinción entre armas y otros medios u objetos ha de partir, necesariamente, del concepto de arma. El problema es que el lenguaje común entiende por arma un ‘instrumento, medio o máquina destinados a ofender o defenderse’,<sup>32</sup> y dado que ese destino no necesariamente ha de ser por naturaleza, único y estable, sino que basta con la idoneidad y empleo coyuntural al efecto (no necesariamente en sentido físico),<sup>33</sup> en definitiva cualquier medio u objeto empleado como arma sería un arma. Por esta vía carece de sentido añadir la previsión de otros medios u objetos peligrosos, porque cuando se usen como tales serán propiamente armas.

---

<sup>31</sup> Art. 473.2 del CP. Tampoco se añaden los objetos peligrosos en los supuestos en que se trata de asociar a infracciones imprudentes la pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas; aunque aquí por razones obvias, dado que dichos ‘objetos peligrosos’, precisamente por no ser armas en sentido estricto, escapan a la regulación y régimen de licencias y permisos de éstas, y la privación del derecho de servirse de ellos no entra en el catálogo de penas del art. 33 del CP.

<sup>32</sup> Real Academia Española, voz “arma”, 1.

El recurso al Reglamento de armas<sup>34</sup> tampoco resuelve la cuestión,<sup>35</sup> precisamente por razones opuestas: construye la regulación de forma fuertemente casuística, y las definiciones que ‘a los efectos del presente Reglamento’ dicta su artículo 2 no atienden al concepto de ‘arma’, sino a los distintos tipos de armas en función de la específica regulación que les asigna. Pretender construir el concepto a efectos penales aglutinando todas las referencias reglamentarias, además de confundir el concepto de arma con la existencia de regulación reglamentaria de tenencia y uso, presenta el problema inherente a toda determinación casuística: quedarían excluidos del concepto de arma instrumentos específicamente contruidos para ofender y defenderse, no citados en el Reglamento. A no ser, claro está, que se tome pie en la previsión del art. 4.1.h), que incluye entre las ‘armas prohibidas’, tras una profusa enumeración, ‘cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas’. Con lo cual, nuevamente, distinguir entre ‘armas’ y ‘medios’ u ‘objetos’ peligrosos resulta imposible.

Así las cosas, y sobre todo atendiendo a que el tratamiento penal de ‘armas’ y ‘objetos’ resulta idéntico, no es de extrañar que la jurisprudencia haya optado por escapar a la cuestión conceptual, calificando con frecuencia como ‘arma u objeto peligroso’ sin más distingos y obviando así una diferenciación para la que no es fácil sentar criterios.<sup>36</sup> Junto a prolijos listados de lo que por ‘arma’ deba entenderse, que se cuidan de precisar que no se ciñe el concepto a las de fuego, sino que abarca las ‘blancas’ (incluyendo las listas también instrumentos contundentes), luego se añade la coletilla de que el mismo tratamiento han de recibir los ‘objetos peligrosos’, para proseguir una

---

<sup>33</sup> Vid. **Moliner**, voz “arma”, 1. y 3., ejemplificando con ‘su pluma es un arma’.

<sup>34</sup> Real Decreto 137/1993, de 29-I (B.O.E. de 5-III). Las afirmaciones que siguen pueden extenderse a su precedente, el Real Decreto 2179/1981, de 24-VII, como señalaba **Soriano Soriano**, pág. 35 (quien pese a seguir de cerca el Reglamento acababa optando decididamente por la acepción semántica; vid. pág. 48).

<sup>35</sup> De hecho, doctrina y jurisprudencia rechazan esta vía en el delito de robo; vid. **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pág. 85; y STS de 8-II-2000 (A309).

enumeración que queda siempre abierta.<sup>37</sup> *De lege lata* la técnica empleada por la doctrina legal no presenta especiales reparos en la sede que nos ocupa, en tanto por encima de las prolijas enumeraciones casuísticas pueda leerse un criterio de discriminación no ya entre armas y objetos, sino entre armas u objetos peligrosos y cualesquiera otros objetos; criterio que a mi juicio sí se da y se cifra en el ‘peligro’ del que me ocuparé en el apartado siguiente.

Si, aun así, quiere encontrarse el elemento distintivo entre ‘armas’ y ‘objetos peligrosos’, sea en previsión de normativas diferentes *de iure condendo* o en atención a que el delito de rebelión sí impone un deslinde,<sup>38</sup> a mi juicio debe acudir al destino natural del objeto. Los artilugios contruidos para ofender o defenderse son armas, y aquellos que creados para otros efectos se destinan coyunturalmente a la ofensa o la defensa no deben estimarse armas, sino medios u objetos, en su caso, peligrosos.<sup>39</sup> La dificultad de determinar este extremo en algunos supuestos, y el hecho de que partiendo de estas bases no siempre puede afirmarse que resulte mayor la eficacia vulnerante de las armas que de otros objetos empleados como tales, son buenas razones para alabar la actual construcción de la agravación.

#### **8.B.II.- El peligro de ‘armas u objetos peligrosos’.**

La previsión del art. 455.2 del CP se refiere a uso de armas u objetos ‘peligrosos’. Ya he afirmado que entiendo que dicho peligro debe ser para la integridad del agredido o intimidado (vid. supra A.II); pero conviene insistir en algunos extremos.

Para empezar, y aunque el tenor literal admita otra lectura, el peligro se requiere tanto de las armas como de los otros objetos cuyo uso agrava el hecho.

---

<sup>36</sup> En esta línea, Soriano Soriano, pág. 34.

<sup>37</sup> Valga con remitir a las revisiones jurisprudenciales de Goyena Huerta, págs. 141-154; Soriano Soriano, págs. 27-124; y De Vicente Martínez, *El delito...*, págs. 87-90.

<sup>38</sup> En cuanto a los delitos de tenencia de armas (arts. 563 ss. del CP), la fuerte sujeción de sus previsiones a la normativa reglamentaria obvia, en principio, el problema.

Resulta obvio, partiendo del entendimiento de que en definitiva estamos ante un incremento del contenido de injusto por concurrir además de la afectación característica del tipo básico un *plus* de peligro para la integridad, que sólo puede agravarse la pena cuando los objetos que justifican dicha agravación sean efectivamente peligrosos para la integridad.<sup>40</sup> Y si un ‘arma’ no es peligrosa para la integridad, no puede estimarse el supuesto agravado por su uso. Podremos cuestionar si un arma inocua en un caso concreto es o no un arma; lo que, a mi juicio, no admite discusión es que no puede integrar la agravación del art. 455.2 del CP.

Resulta, así, perfectamente coherente la jurisprudencia que excluye la agravación por ‘armas’ cuando se trata de armas simuladas, descargadas o inutilizadas;<sup>41</sup> de hecho, sólo quien defienda una fundamentación estrictamente subjetiva para la agravación podrá defender la aplicación a estos supuestos. Y tampoco merece críticas de fondo el plantear seguidamente si la idoneidad lesiva de la imitación, v.gr. empleada como objeto contundente, permite entender que lo que no ha podido reputarse arma deba estimarse objeto peligroso<sup>42</sup> –cuestión distinta, sobre la que volveré luego (infra, II.2), son los criterios con los que debe medirse ese peligro-.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Esencialmente coincidente Soriano Soriano, págs. 52 y 74.

<sup>40</sup> Insiste en la necesidad de peligrosidad objetiva, en sede de robo, Fernández Rodríguez, M.D., *El robo con fractura exterior* (1997), pág. 68.

<sup>41</sup> En esta línea también González Rus, “Delitos...”, pág. 492; Goyena Huerta, pág. 143; Soriano Soriano, págs. 59 s.; De Vicente Martínez, “Los delitos...”, pág. 835, y *El delito...*, pág. 84. Corolario lógico de este principio es descartar la aplicación de la agravación cuando no queden suficientemente acreditadas las características del ‘arma’; así v.gr., con matices diversos, SSTS de 29-IV-1998 (A4248), 22-V-1998 (A4432), 30-XI-1998 (A9684), nuevamente 30-XI-1998 (A9220), 4-XI-1999 (A8096), 31-I-2000 (A725), 17-IV-2000 (A2554), 21-II-2001 (A1278), 22-II-2001 (A480), 8-III-2001 (A3211), y 23-IV-2001 (A3566). Sin embargo, es preciso notar que no ha sido siempre esta la postura de la jurisprudencia; vid. STS de 5-VII-1997 (A7255).

<sup>42</sup> Doctrina a la que se adscribía ‘incondicionalmente’ Soriano Soriano, pág. 65. Vid. v.gr. SSTS de 8-II-2000 (A309), 16-II-2001 (A1274) y 8-III-2001 (A3211).

<sup>43</sup> Baste adelantar que comparto plenamente el criterio de Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 4: el ‘uso’ como objeto contundente requiere una clara voluntad en ese sentido, que la mera ‘dureza’ del objeto no demuestra. En la misma línea, respecto de los instrumentos peligrosos en general, Fernández Rodríguez, pág. 70.

En todo caso, pues, tanto armas como objetos han de resultar peligrosos para la integridad. Y han de serlo, además, en términos semejantes. De los diferentes supuestos en los que el código prevé agravaciones similares a la que nos ocupa, en dos de ellos (arts. 180.1.5º y 242.2) especifica que ha de tratarse, bien de armas, bien de medios ‘igualmente peligrosos’. Pero que en otras sedes no se explicita que los medios u objetos han de presentar un peligro equiparable al de las armas no supone que pueda entenderse que cabe en ellas cualquier objeto por nimio que sea el peligro que éste represente. El peligro ha de ser para la integridad del agredido, y de la entidad que puede corresponder a un arma. Una cerilla o un mondadientes de madera pueden representar algún grado de peligro, pero pretender equipararlos sin más a una pistola o una navaja no parece conforme a los postulados del principio de proporcionalidad.

Afirmado lo anterior, quedan aún dos cuestiones por resolver: el círculo de sujetos pasivos a cuya integridad que puede referirse el peligro generado por el uso que da lugar a la agravación, por una parte, y los criterios para medir ese peligro, por otra. De ellos me ocupo seguidamente.

#### **8.B.II.1.- Objeto del ‘peligro’.**

En el delito de robo se prevé expresamente que el uso de armas integre la agravación prevista en el art. 242.2 tanto si se produce para cometer el delito como si se emplea para proteger la huida; y dado que en dicho número se atiende también a la agresión a terceros, cuando ésta se produzca con armas nadie cuestiona el efecto agravatorio.<sup>44</sup> En el delito de realización arbitraria del propio derecho, sin embargo, el texto de la ley no hace previsiones semejantes; más bien

---

<sup>44</sup> Las posturas no son concordes en determinar si el 242.2 exige en todos sus supuestos empleo de armas o medios igualmente peligrosos (doctrina mayoritaria; v.gr., entendiendo que otra cosa sería contraria al principio de proporcionalidad, **Goyena Huerta**, pág. 154) o si basta en la modalidad de agresión a terceros con que ésta se produzca aunque sea sin armas (**González Rus**, “Lecc. 19”, págs. 625 s.; **De Vicente Martínez**, *El delito...*, págs. 78 y 96-98, señalando sin embargo que la construcción tiene escaso fundamento (pág. 98); y **Sánchez-Ostiz, P.**, “Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones” (LL 18-X-2001), pág. 3); lo que nadie parece cuestionar es que agredir a terceros con armas integra la agravación.

al contrario, exigiendo que el uso sea ‘para la intimidación o violencia’ (vid. infra C) parece recortar los usos posibles en el marco típico.

En esta línea, hay posiciones doctrinales abiertamente contrarias a la inclusión en este supuesto agravado del empleo de armas u objetos peligrosos para proteger la huida o atacar a los perseguidores, remitiendo su calificación al tipo penal que en su caso corresponda.<sup>45</sup> Y se plantea si cabe su empleo frente a ‘quienes auxilien a la víctima, si ese ataque es preciso para la utilización medial de la violencia o intimidación’.<sup>46</sup>

Pues bien, a mi juicio, estamos ante una modalidad del delito de realización arbitraria del propio derecho con violencia o intimidación; el párrafo segundo debe aplicarse, pues, a supuestos en que el uso de armas se integra en los límites del marco típico correspondiente. Esto es, que en definitiva debemos encontrarnos ante violencia o intimidación desarrolladas con la finalidad de realizar un derecho propio actuando fuera de las vías legales, y empleando para ello armas u objetos peligrosos. Así, el ‘peligro’ al que se refieren las armas y objetos asimilados ha de ser para la integridad de todos o alguno de los sujetos pasivos de la acción típica: de quienes sufren la violencia o la intimidación, que no necesariamente han de ser los antagonistas del derecho que pretende hacerse valer.<sup>47</sup> Pero es preciso en todo caso que la violencia o intimidación se instrumenten para la realización de algo a lo que se cree tener derecho: ni para otros fines, como lesionar dolosamente,<sup>48</sup> ni fuera del marco de conexión lógica con la finalidad de realizar un derecho propio. El empleo de armas y objetos asimilados en el curso de la huida, o el ataque a los perseguidores o a terceros que acudan en auxilio de la víctima, sólo podrán integrarse en el párrafo segundo del art. 455 cuando se incluyan en la dinámica de realización violenta o

---

<sup>45</sup> Fernández García y López Moreno, pág. 624; Martín Canivel, pág. 145.

<sup>46</sup> Martín Canivel, *ibidem*, apuntando que ‘no cabrá nunca hacer una interpretación ampliativa en contra del reo, pero, a su vez, cabe preguntarse si se pueden hacer distinciones donde la Ley no distingue.’

<sup>47</sup> Vid. *supra* 5.B.I y 7.B.I.a.

intimidatoria de lo que el sujeto cree corresponderle en Derecho; cuando afecten a una fase postconsumativa, o se presenten con independencia de la finalidad de realizar un derecho propio, deberán castigarse separadamente, en su caso, por el título correspondiente.

#### **8.B.II.2.- Peligrosidad del objeto.**

Sentado que el peligro debe referirse a la integridad de los sujetos pasivos de la acción, queda definir la entidad que debe revestir dicho peligro y los medios a los que debe acudir para demostrarla.

En cuanto a lo primero, a mi juicio debe requerirse un concreto peligro para la integridad, huyendo de todo automatismo en la aplicación de la modalidad agravada.<sup>49</sup> La ‘concreción’ del peligro viene expresamente requerida en otras sedes (en el art. 148.1º del CP, y de otra forma también en el 180.1.5º al determinar el tipo de lesiones que los instrumentos en cuestión han de poder causar); pero aunque aquí el texto legal no resulte tan explícito el sentido es, según mi criterio, el mismo. Toda situación violenta o intimidatoria contiene en sí el peligro de una progresiva escalada de la hostilidad que dé lugar a resultados lesivos; las armas u objetos peligrosos no alteran esta situación salvo que incrementen efectivamente la probabilidad o la posible magnitud de la lesión de la integridad. Luego sólo cuando efectivamente lo hagan deberá acudir a la modalidad agravada del art. 455.2.

Pues bien: la efectiva generación del peligro debe leerse básicamente de dos factores cumulativos, la idoneidad lesiva del objeto y el uso efectivamente peligroso del mismo.<sup>50</sup> Por amenazante que resulte la forma de esgrimirlo, un

---

<sup>48</sup> En esta línea, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 492.

<sup>49</sup> Automatismo que sin embargo es praxis jurisprudencial frecuente en sede del delito de robo; lo que ha suscitado comprensibles críticas de la doctrina. Vid. **De Vicente Martínez**, “Los delitos...”, pág. 837, y *El delito...*, págs. 84, 92 y 96; y **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, págs. 2 y 4.

<sup>50</sup> Es pues preciso poner en conexión la peligrosidad objetiva del instrumento (supra, B.II) con el peligro inherente al uso que se hace del mismo (infra, C.I.a); las consideraciones que siguen en el texto entran ya en este segundo aspecto con la finalidad de subrayar la necesaria conexión entre ambos. Se acumulan así factores objetivos e intencionales, como señala **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pág. 88.

objeto inocuo no puede dar lugar a la agravación; y un instrumento de gran potencialidad lesiva, cuando se emplea de manera tal que no representa peligro efectivo, tampoco. Este último supuesto plantea mayores dificultades prácticas, porque determinar el peligro efectivamente producido por el uso de instrumentos cuya potencialidad vulnerante es objetivamente elevada no resulta una operación sencilla en muchos casos; pero eso no excusa al juzgador de valorarlo. Naturalmente, no puede pretenderse que la falta de remoción de mecanismos de seguridad de fácil y rápida desactivación (v.gr. seguros de armas de fuego<sup>51</sup>) enerve por entero la peligrosidad del medio empleado; pero tampoco puede desatenderse por entero su concurrencia. Y, por otra parte, sin desconocer que presenta serias dificultades prácticas, habrá de tenerse en cuenta la pericia y experiencia del autor en el manejo del instrumento en relación con el uso concreto que realiza. El disparo a efectos intimidatorios de la única bala que queda en el tambor del revólver contra la rueda delantera del ciclomotor aparcado en que está sentada la víctima representa un peligro distinto cuando es efectuado por un tirador experimentado que cuando lo emplea un inexperto que puede fácilmente errar el tiro; un mayal de elevado peso puede resultar poco menos que inútil en manos de un sujeto débil e inexperto, y mortífero en manos de otro fornido y acostumbrado a usarlo...

En suma: habrá que valorar en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes, el peligro efectivamente producido para proceder o no a la aplicación del párrafo segundo. Si, he afirmado, la 'peligrosidad' ha de predicarse de armas y objetos, cuando no concurra no cabrá aplicar la modalidad agravada aunque se usaran 'armas' u objetos.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Así como presentar las navajas cerradas (en esta línea, aunque con argumentos que no puedo compartir, STS de 29-XII-1992 (A10535)); o, en la medida en que efectivamente puedan estimarse éstas objetos peligrosos (vid. SSTS 3-II-1998 (A418), 21-IV-1998 (A3786) y 30-XII-1998 (A10073); y **Climent Durán, C.**, "Las jeringuillas como instrumento peligroso para cometer el delito de robo" (RGD jul. 1991, págs. 129-135); vid. asimismo art. 630 del CP), capuchones de la aguja de jeringuillas. Así **Goyena Huerta**, pág. 146.

<sup>52</sup> Sobre este punto, supra, B.II.pr.



Por último, conviene salir aquí al paso de una práctica jurisprudencial extendida que me parece inaceptable: medir la peligrosidad del objeto empleado precisamente en función de las lesiones producidas.<sup>53</sup> Los resultados lesivos efectivamente producidos deberán castigarse por la vía correspondiente (vid. infra C.II); en cuanto a ellos respecta no cabe ya hablar de ‘peligro’, porque se ha materializado la lesión.<sup>54</sup> Y la modalidad agravada que nos ocupa no atiende a resultados lesivos, sino a puestas en peligro que habrían podido traducirse en lesiones efectivas que no llegaron a producirse. Si todo el peligro se ha traducido en lesión, se castigará ésta, en su caso, por la vía correspondiente, pero no cabe ya estimar un supuesto agravado por el peligro, dado que ha quedado consumido en la lesión; sólo cuando pueda acreditarse un *plus* de peligro será posible mantener el castigo por el 455.2.<sup>55</sup> Pero, precisamente por ello, las lesiones producidas no pueden probar el peligro: prueban la lesión infligida, pero por sí solas no demuestran el riesgo de que se produjera una lesión mayor.<sup>56</sup> Castigar, sobre la sola base de las lesiones producidas, por la efectiva lesión y por el peligro de lesión, es castigar dos veces lo mismo.

El castigo del peligro exige una acreditación suficiente de éste. Que de las lesiones producidas puedan inferirse datos que permitan argumentar la peligrosidad del objeto que las causó no me parece cuestionable; pero se trata de inferencia de datos que deben combinarse con otros elementos para un juicio global de peligrosidad. Argumentar que, como se causaron lesiones,

---

<sup>53</sup> Por todas, valga como ejemplo la STS de 22-XII-1998 (A10060), para la cual, pese a no haberse podido precisar la naturaleza y características del ‘artefacto’ utilizado, merece la calificación de medio peligroso ‘un instrumento capaz de propinar los golpes y causar las lesiones que se relatan y, por lo tanto, susceptible de ocasionar graves daños a la integridad física de las personas.’ Asume el criterio **Goyena Huerta**, pág. 146. Pueden verse asimismo en esta línea, en sede de robo, las SSTS de 30-XI-1999 (A8725), 27-V-2000 (A4140) y 6-X-2000 (A9511).

<sup>54</sup> En esta línea, **González Rus**, “Lecc. 19”, pág. 625; y **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, pág. 4.

<sup>55</sup> Sobre este punto, con más matices, infra, C.II. Vid., en la línea aquí expuesta y en sede de robo, **Vives Antón** y **González Cussac**, “IV” pág. 415; y **Soriano Soriano**, pág. 103; contra, en la misma sede, **Muñoz Conde**, *PE*, pág. 386.

<sup>56</sup> Vid., en esta línea, **Jareño Leal**, “El ‘uso’...” pág. 3.

indudablemente se empleó un objeto peligroso, es cerrar un círculo de razonamiento en el cual -por más que se pretenda concluir otra cosa- en definitiva no puede demostrarse más peligro que el materializado en la lesión. Y castigar ese peligro cuando se está castigando la lesión es incurrir en *bis in idem*.

### **8.C.- EL 'USO' PARA LA INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA.**

El precepto que nos ocupa exige que se 'haga uso' de las armas u objetos peligrosos; y exige, además, que ese uso sea 'para la intimidación o violencia'. Así, es preciso definir qué debe entenderse por 'uso' y cuál es la relación de éste con intimidación y violencia, por una parte; qué solución debe darse a los supuestos en que el uso desemboque en resultados lesivos, por otra; y, finalmente, si la tenencia ilícita de las armas empleadas debe o no ser objeto de castigo separado.

Los tres apartados siguientes se ocupan, respectivamente, de estas cuestiones.

#### ***8.C.I.- El 'uso' de armas u objetos peligrosos.***

Si la modalidad prevista en el art. 455.2 del CP sólo resulta aplicable cuando 'para la intimidación o violencia se hiciera uso' de las armas u objetos peligrosos, es necesario precisar cuándo podemos hablar de 'uso', cuándo ese uso se emplea para la intimidación o violencia típicas,<sup>57</sup> y qué relación existe entre el uso de armas y la intimidación o violencia.

En cuanto a lo primero, la regulación vigente e histórica del delito de robo impone distinguir entre 'uso' y 'porte' de los instrumentos lesivos; y la distinción es de importancia en el precepto que nos ocupa, que exige el uso a semejanza del delito patrimonial pero a diferencia del mismo no atiende a la necesidad de

previo porte. El mero hecho de llevar o no consigo las armas u objetos peligrosos, pues, resultará irrelevante en cuanto al delito que nos ocupa en tanto no pueda ser calificado como uso.<sup>58</sup> Y parece evidente que usar armas u objetos exige ejercer sobre ellos un dominio físico; el problema es, precisamente, cuándo debe entenderse que la posesión es mero porte y cuándo se transforma en uso.

### 8.C.I.a.- 'Hacer uso'.

Usar las cosas es hacerlas servir para algo.<sup>59</sup> El acuerdo es unánime en que acarrear armas u objetos peligrosos no es hacer uso de ellos a los efectos que aquí nos interesan;<sup>60</sup> el problema comienza a plantearse con la exhibición del instrumento. Mientras para unos mostrar el arma es ya hacer uso de ella,<sup>61</sup> para otros 'usar es utilizar conforme a sus fines (disparar, herir, pinchar, cortar, golpear, etc.)'.<sup>62</sup>

Ahora bien: la estructura típica del 455.2 del CP exige que el uso se desarrolle 'para la intimidación o violencia' y no con otra finalidad. Y la intimidación o violencia en el delito de realización arbitraria del propio derecho han de estar encaminadas a la realización de algo que el sujeto cree que en Derecho le corresponde. Cuando el autor pretenda lesionar, sale del ámbito correspondiente al delito de realización arbitraria del propio derecho y entra de lleno, en su caso, en el del delito o falta de lesiones;<sup>63</sup> el uso de armas u objetos peligrosos para lesionar intencionadamente no configura, a mi juicio, la modalidad del párrafo segundo del delito que es objeto del presente trabajo, sino una infracción de lesiones consumadas o intentadas. Luego en la interpretación

---

<sup>57</sup> En los términos en que han sido estudiadas supra, cap. 7.

<sup>58</sup> Así **González Rus**, "Delitos...", pág. 492.

<sup>59</sup> Voces 'usar' de **Real Academia Española y Moliner**.

<sup>60</sup> Conclusión también defendida en sede de robo; vid. por todos **De Vicente Martínez**, "Los delitos...", pág. 835.

<sup>61</sup> V.gr., en sede de robo, **Fernández Rodríguez**, pág. 68; **Goyena Huerta**, pág. 147; ATS de 18-VI-1997 (A4845) y STS de 8-III-1999 (A2664).

<sup>62</sup> **González Rus**, "Delitos...", pág. 492. En sede de robo, **Quintero Olivares, G.**, "Art. 242" (G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (eds.): *Comentarios a la PE del DP* (2ª ed., 1999)), pág. 502; y **De Vicente Martínez**, "Los delitos...", pág. 836, y *El delito...*, págs. 93 s.

<sup>63</sup> Vid. supra 7.A.II.b.

del 'hacer uso' del art. 455.2 es preciso buscar un contenido que no se resuelva necesariamente en producir o intentar producir resultados lesivos; no podía, por demás, ser de otra manera, si atendemos a que el precepto admite el uso, además de para la violencia, para la intimidación.

Así, restringir el uso a la utilización del arma intentando agotar su potencialidad vulnerante es tanto como afirmar que la modalidad típica que es objeto del presente capítulo resulta inoperante, porque todo su contenido encuentra más adecuado encuadre en el delito de lesiones en uno u otro grado de ejecución. Respecto de las armas, el uso 'conforme a sus fines' difícilmente escapará de esta calificación; salvo, claro está, que se quiera hacer referencia al uso 'conforme a fines' sobre objeto inidóneo (disparos intimidatorios en direcciones inocuas, v.gr.). Pero esto da lugar a resultados indeseables: disparar la única bala de la recámara de la pistola al aire en plena calle integraría el subtipo agravado, y blandir una navaja a tres centímetros de la cara del sujeto pasivo no, cuando el peligro efectivo para la integridad de este último es mucho mayor en el segundo caso.

A mi juicio, pues, es precisamente éste el criterio a emplear: 'usar' un objeto peligroso para la integridad es servirse de él de forma que ponga en peligro la integridad de otro.<sup>64</sup> Con esta interpretación, el ámbito de eficacia de la modalidad cualificada y su *ratio* vienen a coincidir: habrá uso en la medida en que se genere el peligro que motiva el incremento de pena por el uso.

Claro está que la solución propuesta obliga a huir de todo automatismo: sólo la valoración de todas las circunstancias concurrentes (potencialidad lesiva

---

<sup>64</sup> La integridad ajena, necesariamente; el peligro para la propia no cabe, a mi juicio, en el 455.2 del CP, para empezar porque no integrará intimidación o violencia típicas (vid. supra cap. 7). Así, quien requiere el pago advirtiendo que en otro caso se suicidará y acompaña la advertencia de la introducción en la propia boca de los cañones de una escopeta cargada no integra delito de rapd. Contra, entendía que en el robo la agravación por medios peligrosos se extendía a la tutela de la vida o integridad corporal del agresor Soriano Soriano, pág. 80.

Por demás, debe distinguirse el peligro inherente al concreto uso que se hace del objeto (que es el que aquí nos interesa) de la peligrosidad objetiva del instrumento a la que me refería supra, B.II.

del objeto, situación, forma concreta de utilización, pericia e intención de quien lo emplea...) puede resolver si se generó o no el peligro necesario para estimar la modalidad cualificada. La peligrosidad objetiva del arma u objeto juega así un doble papel, como condición necesaria y como elemento a tener en cuenta en la valoración del peligro generado; pero en ningún caso puede constituirse por sí sola en elemento decisorio. Y la mera exhibición del arma integrará o no el uso típico en función del grado de peligro que implique:<sup>65</sup> no puede merecer igual estimación mostrar una navaja cerrada en el fondo de una mochila o llevar un arma de fuego enfundada y desmontada que disparar entre los pies del agredido o colocar la hoja de acero de forma que cualquier forcejeo vaya a derivar en resultados lesivos.

#### **8.C.I.b.- ‘Uso’ e ‘intimidación o violencia’.**

Así entendido el ‘uso’, y partiendo de que en el delito que nos ocupa ha de hacerse ‘para la violencia o intimidación’, queda por definir si se confunde con éstas o integra un elemento escindible de las mismas.

Pero conviene antes salir al paso de la objeción propuesta por QUINTERO OLIVARES, para quien ‘sin necesidad de que el tipo lo diga, y por razones de imposible consunción’ no cabría en el inciso que nos ocupa un ‘uso de armas o medios peligrosos’ que fuera más allá de la ‘violencia intimidatoria, pues si se materializa en una agresión concreta, ésta deberá ser calificada por separado y habrá aparecido un ataque a un bien jurídico no contemplado en el precepto que ahora analizamos.’<sup>66</sup> El argumento de fondo me parece atendible en cuanto se entienda referido a que no cabe en el 455.2 la agresión lesiva o encaminada a la lesión; pero la formulación que se hace ha de acogerse con serias reservas, porque no es que el tipo no lo diga, sino que dice expresamente ‘para la violencia

---

<sup>65</sup> Lo que, a mi juicio, ni tiene por qué vaciar de contenido el tipo básico ni atiende a un peligro ya tenido en cuenta por el legislador en éste; sostiene, sin embargo, ambos argumentos respecto del delito de robo De Vicente Martínez, “Los delitos...”, pág. 836, y *El delito...*, pág. 93.

<sup>66</sup> Quintero Olivares, “Art. 455”, pág. 1343. Limitan también el marco del subtipo agravado al uso ‘intimidatorio o exhibitorio’ Fernández García y López Moreno, pág. 624.

o intimidación': esto es, tanto para la violencia como para la intimidación. Y, mientras resulte viable, debe darse a esa 'violencia' un contenido que no se confunda con la intimidación. La cuestión es, pues, si existe un ámbito de violencia que excediendo de la intimidación no llegue a la lesión.<sup>67</sup> Lo que a mi juicio puede afirmarse sin problemas: la coerción física sin resultados lesivos es violencia, y no intimidación ni lesión. Esa es la violencia, por cierto no 'intimidatoria', que cabe en la modalidad típica del párrafo segundo del artículo 455 cuando se haya desarrollado con armas u objetos peligrosos. Así, v.gr., si el agente inmoviliza al sujeto pasivo para desposeerlo colocando una navaja en su cuello en vez de hacerlo con la palma de la mano: se han dado violencia y uso para la misma de un arma con peligro para la integridad del agredido.

Esto sentado, la relación entre uso de armas u objetos peligrosos y violencia o intimidación debe aclararse en un doble sentido: respecto de la violencia o intimidación como elementos típicos del delito de realización arbitraria del propio derecho, y respecto de la falta de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos. Conviene abordar ambos temas por separado.

#### ***8.C.I.b.1.- Como elementos típicos del delito del art. 455 CP.***

El tipo básico del delito de realización arbitraria del propio derecho exige como elemento objetivo el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La modalidad cualificada del párrafo segundo se ciñe a la violencia o intimidación, y añade la necesidad de que para ellas se haga uso de armas u objetos peligrosos. ¿Se trata, así, de dos elementos separados, la violencia o

---

<sup>67</sup> La exclusión de la lesión del ámbito del 455.2 CP ha sido argumentada en el apartado precedente; no ya, como plantea el autor cuya tesis se comenta, porque se afecte a un bien jurídico no contemplado en esta sede (vid. supra A.II), sino porque aquí sólo cabe el peligro con dolo de peligro, y no la lesión ni el peligro con dolo de lesión. Sobre el dolo de peligro sin dolo de lesión, en general, **Moreno Alcázar**, págs. 440-442; y **Silva Sánchez, J.-M.**, "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'" (LL 1998-3, págs. 970-980). En sede de la agravación por uso de armas en el delito de lesiones, **Carbonell Mateu y González Cussac**, "Lesiones", pág. 130. Insiste en las dificultades prácticas de distinguir estos extremos **Jareño Leal**, "El 'uso'...", pág. 3.

intimidación, por una parte, y el uso de armas u objetos peligrosos, por otra? ¿O es un único elemento complejo e inescindible?

Las armas u objetos, en esto es clara la dicción del precepto, han de usarse *para* la intimidación o violencia. Esto no supone que el uso agote necesariamente la violencia o intimidación; piénsese, por ejemplo, en el caso de quien amenaza duramente y después, a mayor abundamiento, pone una navaja en el pecho al amenazado. Pero puede suceder que no haya acto violento o intimidatorio separable del uso del arma; v.gr., cuando el agente encañona al agredido y sin mediar palabra toma el objeto que cree debido. En supuestos como el primero podría plantearse la escisión de la violencia o intimidación, por una parte, y el uso de armas como un *plus*, por otra; pero la estructura del tipo queda también integrada en supuestos como el segundo, en que no es posible escindir ambos momentos. Aún más, si afirmamos que la sucesión inmediata de dos momentos de intimidación o de uno de intimidación y otro de violencia integra un único delito de realización arbitraria del propio derecho en tanto se presenten en unidad de acción,<sup>68</sup> aun en el primero de los casos con que ejemplificaba es preciso reconocer que la violencia típica y el uso de armas se han visto imbricados de tal forma que no pueden escindirse.

La solución correcta pasa, a mi juicio, por entender que no estamos ante dos elementos típicos diferentes (violencia o intimidación, por un lado, y uso de armas, por otro), sino ante una manera especial de integrar la violencia o intimidación, haciendo uso para ella de armas u objetos peligrosos. Cuando la violencia o intimidación se desarrollan sin armas nos movemos en el ámbito del párrafo primero; cuando entran en juego objetos especialmente peligrosos para la integridad esa violencia o intimidación son las que corresponden al tipo

---

<sup>68</sup> En este sentido me he pronunciado *supra*, 7.A.II.a.

cualificado, que no se construye acumulando el uso de objetos al tipo básico sino por la concreta forma de integrar el elemento objetivo del recurso a la fuerza.<sup>69</sup>

### **8.C.I.b.2.- La falta de amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos.**

El art. 620.1º del CP prevé como falta la conducta de los que, ‘de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos [...] salvo que el hecho sea constitutivo de delito’. La previsión final que excluye el castigo como falta de la amenaza constitutiva de delito evidencia la imposibilidad de plantear el castigo por doble título de la amenaza con armas acudiendo a este precepto. La cuestión, así, es por qué vía debe castigarse la amenaza leve con armas para la realización de un derecho propio; y la respuesta es la que adelanté ya en el capítulo anterior.<sup>70</sup>

La intimidación que es elemento típico de la modalidad básica del delito de realización arbitraria del propio derecho es aquella que, de haber actuado el sujeto con finalidad diferente de la de realizar un derecho propio, sería constitutiva de delito. Si en la modalidad agravada, he afirmado, el uso de armas es una forma especial de integrar la violencia o intimidación, sólo podremos castigar por vía del 455.2 cuando esa violencia o intimidación para la que se ha hecho uso de armas sea de entidad tal que resulte constitutiva de delito. Si, dada su menor entidad, no alcanza este umbral, podrá castigarse como falta del art. 620.1º, pero en ningún caso como delito de realización arbitraria del propio derecho.

Queda, eso sí, una tercera posibilidad: que se haya desarrollado una conducta violenta o intimidatoria de entidad suficiente para estimarse delito, sin emplear para ello armas u objetos peligrosos, y que además se haya amenazado levemente con armas o instrumentos peligrosos al sujeto. Esta amenaza leve no parece suficiente para entender que concorra el ‘uso’ requerido en el 455.2 del

---

<sup>69</sup> En esta línea, aunque atribuyendo a la diferencia el carácter de ‘simple agravación’ y negando que estemos ante un tipo cualificado, **González Rus**, “Delitos...”, pág. 492.

<sup>70</sup> Vid. supra 7.A.II.c.



CP;<sup>71</sup> el subtipo agravado queda pues excluido en todo caso. La cuestión es si procede castigar sólo por un delito básico de realización arbitraria del propio derecho del 455.1, o si ha de acudir a un concurso de delitos entre éste y la falta del 620.1º del CP. Y la respuesta, a mi juicio, depende de que puedan reconocerse dos hechos diferenciados o no: en la medida en que puedan distinguirse los hechos estaremos ante un concurso de delitos; si el hecho es único castigaremos sólo por realización arbitraria del propio derecho, como impone la cláusula de subsidiariedad expresa de la falta.

### **8.C.II.- El uso ‘para la intimidación o violencia’ y los resultados lesivos.**

He afirmado en las líneas precedentes que el uso intimidatorio o violento de armas u objetos peligrosos que integra la modalidad cualificada del delito de realización arbitraria del propio derecho no puede responder a una intención directamente lesiva, porque cuando así sea deberá calificarse como infracción consumada o intentada contra la integridad, la salud o la vida. Queda por resolver la calificación que merecen los supuestos en que, no tratándose de un uso intencionalmente lesivo -y por ende dentro del marco correspondiente al art. 455.2 del CP-, de la situación de peligro generada se siguen resultados de lesión.<sup>72</sup>

Las soluciones posibles son múltiples; y es preciso huir de apriorismos o automatismos a la hora de justificar una opción.<sup>73</sup> Para empezar, los resultados

---

<sup>71</sup> Supra, 8.C.I.a.

<sup>72</sup> No se hace aquí, en definitiva, sino una aplicación al 455.2 de lo afirmado ya respecto del 455.1 supra, 7.A.II.b; teniendo en cuenta, eso sí, las peculiaridades que el uso de armas impone.

<sup>73</sup> Incluso en el delito de robo, en que el legislador se ha cuidado de prever que la pena se imponga ‘sin perjuicio’ de la correspondiente a los concretos actos de violencia física, se discute en doctrina y jurisprudencia el alcance de esta cláusula, que para unos es sólo una llamada de atención a la posibilidad de concurso (Sánchez-Ostiz, *passim*; Sanz Morán, Á., “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el CP de 1995” (LH-Torío López (1999)), pág. 510), mientras para otros excluye el concurso de normas remitiendo el de delitos a las ‘normas generales’ (Álvarez García, F.J., “Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242 del CP” (LL 1997-I, págs. 1823-1832); De Vicente Martínez, “Los delitos...”, pág. 829), y finalmente para una tercera opinión resuelve *ex lege* la cuestión en favor

lesivos pueden ser reconducibles a homicidio doloso o imprudente,<sup>74</sup> a las lesiones dolosas graves de los artículos 149 y 150 del CP, a las lesiones dolosas básicas del art. 147 –en la modalidad agravada del art. 148, sin acudir a esta cualificación,<sup>75</sup> o en la modalidad atenuada por menor gravedad del art. 147.2-, o a las lesiones imprudentes.<sup>76</sup> Y en cada caso ha de tenerse en cuenta, además, si procede acudir a la modalidad básica o a la cualificada del delito de realización arbitraria del propio derecho. Vayamos por partes.

En primer lugar, me parece que allí donde quepa identificar dos hechos claramente diferenciados no se plantean especiales problemas: castigaremos, por un lado, un delito de realización arbitraria del propio derecho cualificado –en su caso- por el uso de armas o instrumentos peligrosos, y por otro el hecho lesivo correspondiente. La solución no plantea aquí problema alguno de *big in idem*: la lesión que se castiga no es la realización del peligro inherente al uso para intimidar o ejercer violencia con el fin de realizar un derecho propio, sino un hecho diferente; el doble castigo responde aquí a dos hechos y su fundamento es distinto.

El problema surge cuando se entienda que no es posible escindir dos hechos, y nos encontremos ante un único acto violento o intimidatorio realizado con la finalidad de realizar un derecho propio del que se siguen resultados lesivos

---

del concurso real (Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 4; Vives Antón y González Cussac, “IV”, pág. 402)(vid., extendiendo las consecuencias a la estimación en ambos delitos de la agravación por uso de armas, SSTS de 13-V-1998 (A4414), 27-IV-1999 (A3324) y 18-II-2000 (A872); sin llegar tan lejos, SSTS de 30-IX-1997 (A7168) y 18-XI-1999 (A8871)). En sede de *rapd* no hay previsión normativa específica; estaremos, en todo caso, a las reglas generales.

<sup>74</sup> Según pueda afirmarse dolo eventual de lesión deducible del dolo directo de peligro inherente a la modalidad agravada de *rapd* (en la línea que señalan Jareño Leal, “El ‘uso’...”, pág. 4; o la STS de 20-IV-2001 (A2093)), o por el contrario dado el hecho no quepa imputar a título de dolo el resultado homicida; en este último caso, si se usaba un arma en sentido estricto, cabe acudir al 142.2 CP para privar del derecho a la tenencia y porte de armas.

<sup>75</sup> Pese al uso de armas u objetos peligrosos, si el peligro inherente a su uso se agotó con la lesión producida no cabe, a mi juicio, agravar las lesiones por esta vía. Vid. *supra* nota 16.

<sup>76</sup> En los mismos términos que respecto del homicidio planteaba en la nota 74; y cabiendo aquí, en su caso, el recurso al art. 152.2 CP si se empleó un arma de fuego. En cuanto a las faltas dolosas e imprudentes de lesiones (arts. 617.1 y 621 CP), véase en el texto el final del presente epígrafe.

para todos, varios o alguno de los sujetos pasivos de la acción. Aquí es preciso optar, bien por un concurso de normas, bien por un concurso de delitos; y si, tal como afirmábamos respecto de la modalidad básica del delito de realización arbitraria del propio derecho,<sup>77</sup> no cabe señalar una opción que acabe por suponer un incremento de pena por la finalidad de realizar un derecho propio, tampoco es posible adoptar soluciones que desatiendan partes relevantes del desvalor producido. Así, la solución será un concurso de normas cuando el sujeto pasivo de la violencia o intimidación sea uno solo y resulte lesionado, o cuando sean varios los sujetos agredidos y todos ellos se vean vulnerados. Cuando en el curso de un único acto violento o intimidatorio realizado con la finalidad típica se lesione o dé muerte a uno o varios de los sujetos pasivos, pero no a todos, y en tanto pueda mantenerse la unidad de hecho, la solución será un concurso ideal de delitos entre el delito lesivo correspondiente y la modalidad básica o cualificada del delito de realización arbitraria del propio derecho en función de que la lesión agotara o no la peligrosidad del arma u objeto respecto de los demás sujetos pasivos.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Vid. supra 7.A.II.b, inclinándome por el concurso de normas si hay un solo sujeto pasivo, y dando en la nota 51 razones de la diferencia de esta solución con respecto a la que corresponde al delito de robo.

<sup>78</sup> Respecto del sujeto lesionado esta cuestión podrá decidir, en su caso, la aplicación o no del art. 148.1º CP, que atiende al peligro de progresión lesiva (vid. **Jareño Leal**, “El ‘uso’...”, págs. 3 s., a quien sigue **De Vicente Martínez**, *El delito...*, pág. 108; y **Sánchez-Junco Mans, J.**, “Art. 148” (I. SERRANO BUTRAGUEÑO (ed.), *CP de 1995* (1998)), pág. 980); pero no la aplicación de un precepto (el 455.2, como el 242.2) que atiende al peligro de lesión, dado que ya se ha realizado un resultado lesivo. Este, y no el carácter potestativo –si bien por causas tasadas– de la agravación en el art. 148 o el argumento penológico es, a mi juicio, el criterio para calificar estos supuestos (cfr., en la línea que rechazo, la argumentación de **Sánchez-Ostiz**, pág. 3; o la de **Goyena Huerta**, pág. 151, con cita de jurisprudencia. Contra el argumento penológico, enérgicamente, **Álvarez García**, “Delitos...”, pág. 1824)(en línea semejante a la que asumo, respecto de la agravación de lesiones y robo por uso de armas, **Tamarit Sumalla**, “Art. 148”, pág. 96). Vid. STS de 30-IX-1997 (A7168).

Por demás, creo que la posible concurrencia de una pluralidad de sujetos pasivos se les escapa a **Fernández García y López Moreno**, pág. 624, cuando plantean que si hay concurso de delitos y no de normas será en todo caso con la modalidad básica del de rapd. En cuanto a la solución que para el robo propone **De Vicente Martínez**, *El delito...*, págs. 103 ss., afirmando siempre el concurso con la modalidad agravada, creo que con ello se incurre en el automatismo que la misma autora critica y se puede acabar en *bis in idem*. En la línea aquí propuesta,

Finalmente, cuando las lesiones en cuestión sean constitutivas de falta dolosa o imprudente (arts. 617.1 y 621),<sup>79</sup> deberá adoptarse la misma solución que correspondería al delito violento que resultaría de aplicación si se hubiera actuado con finalidad distinta a la de realizar arbitrariamente un derecho propio; delito que puede absorber las faltas de lesión o resolverlas por concurso.

### **8.C.III.- El ‘uso’ y la ‘tenencia’.**

A diferencia de la previsión correlativa en el delito de robo, el supuesto agravado que nos ocupa no requiere en su texto que las armas u objetos peligrosos se ‘llevaren’.<sup>80</sup> Nada obsta, pues, a calificar por el subtipo agravado cuando el arma o instrumento se haya tomado en el mismo lugar de los hechos,<sup>81</sup> aun mediado el curso de los acontecimientos, en tanto se hayan empleado para la intimidación o violencia con la finalidad típica.

El problema que interesa plantear aquí es si cabe afirmar en su caso,<sup>82</sup> además de la estimación del subtipo agravado de realización arbitraria del propio derecho, un delito de tenencia ilícita de armas relativo a la empleada para realizar

---

**González Rus**, “Lecc. 19”, pág. 625; entendiendo que en el robo la pluralidad de sujetos pasivos permite reconocer diferentes hechos, pero que ha de probarse el empleo peligroso de los medios en cada caso, **Sánchez-Ostiz**, pág. 3.

<sup>79</sup> Téngase en cuenta, en este último caso, la posibilidad de acudir a la previsión del 621.5 CP para privar del derecho a la tenencia y porte de armas.

<sup>80</sup> Cfr. art. 242.2 del CP, donde cabe el uso tanto ‘al cometer el delito como para proteger la huida’, pero sólo cuando concorra el previo porte del arma o instrumento (vid., afirmando rotundamente esto último, por todos, **De Vicente Martínez**, *El delito...*, págs. 80 y 92; SSTS de 4-XI-1998 (A8951) y 21-II-2001 (A1278), y las que citan –cf. por el contrario la antigua interpretación jurisprudencial (vid. **Soriano Soriano**, págs. 110-114), que vuelve a proponer **BACIGALUPO ZAPATER** en el voto particular a la STS de 21-II-2001 (A1278), entendiendo que llevar es ‘estar provisto de algo’; lo que a mi juicio es contrario al principio de vigencia, por más que se sustente en argumentos que pueden resultar político-criminalmente atendibles-). Atribuye al ‘llevaren’ carácter restrictivo de los ‘medios’ típicos posibles en el robo **González Rus**, “Lecc. 19”, pág. 627.

La doctrina, por demás, se ha ocupado de subrayar que en todo caso no cabrá acudir al subtipo agravado si el ‘uso’ se produce tras la consumación del robo; vid. **Goyena Huerta**, pág. 150; y **Vives Antón y González Cussac**, “IV”, pág. 413.

<sup>81</sup> Como señalan **Bentabol Manzanares**, pág. 86; y **Fernández García y López Moreno**, pág. 624. Menos decidido **Martín Canivel**, pág. 145.

un derecho propio. Y, a mi juicio, la solución viene dada por la propia estructura de estos delitos cuyo posible concurso se plantea: la ‘tenencia’ a estos efectos exige una mínima duración y estabilidad que no resulta demostrada cuando el arma aparece únicamente para cometer un delito aislado y puntual.<sup>82</sup> Si puede probarse que el arma estaba ya antes en poder del sujeto la cuestión puede tener una respuesta diferente; pero en todo caso no estamos castigando ya el mismo hecho.

Hacerse con el arma para emplearla ejerciendo violencia o intimidación con la finalidad de realizar un derecho propio, y realizar este propósito, no parece bastante para satisfacer los requisitos de los delitos de tenencia ilícita de armas.

---

<sup>82</sup> En los supuestos, claro está, en que aparezca un arma en las condiciones previstas en los arts. 563 ss. del CP.

<sup>83</sup> Destacadamente, Vives Antón y González Cussac, “IV”, págs. 413 s., a quienes sigue De Vicente Martínez, *El delito...*, págs. 108 s. Es esta la línea que sigue la jurisprudencia más reciente (como señala González Rus, “Lecc. 19”, pág. 626), aunque ha sido frecuente la estimación automática de ambos delitos (todavía en este sentido, Madrigal Martínez-Pereda, pág. 1206; y Suárez González, pág. 697; vid. v.gr. STS de 4-X-1996 (A7827)). De interés, en este punto, las consideraciones y la revisión de doctrina y jurisprudencia de Soriano Soriano, págs. 114-124.





