

PARA UN SISTEMA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO (HURTO, ESTAFA, EXTORSIÓN Y RECEPCIÓN)

*ON THE SYSTEM OF CRIMINAL PROTECTION OF PROPERTY (THEFT, FRAUD,
SWINDLING, EXTORTION AND RECEIVING STOLEN GOODS)*

URS KINDHÄUSER

Doutor Honoris causa por diversas universidades. Doutor e livre-docente pela Universidade de Freiburg, Alemanha. Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade de Bonn, Alemanha. Professor visitante na Universidade Renmin em Beijing, China.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7173-9089>

kindhaeuser@uni-bonn.de

DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v19i194.371>

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Civil

RESUMEN: En general, cuando la dogmática penal trata de organizar las disposiciones de la Parte General en un contexto sistemático, suele considerar las disposiciones de la Parte Especial de manera aislada y desconectada. Especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, esto conduce a contradicciones en la interpretación de la ley, con considerables discrepancias en relación con el derecho civil. Este artículo elabora, como ejemplo en este sentido, un sistema de delitos contra la propiedad relacionado con la protección específica de la propiedad de las cosas muebles. Desde esta perspectiva, el hurto, la extorsión y la estafa se diferencian únicamente en cuanto al modo de realización de la conducta, pero no en relación con su ámbito de protección (Schutzzweck). Según el modelo presentado, el hurto es un delito de autoría inmediata tipificado, mientras que la estafa es un delito de autoría mediata tipificado. La extorsión, a su vez, puede

ABSTRACT: In general, when criminal dogmatics tries to organize the provisions of the General Part in a system, it usually considers the provisions of the Special Part in an isolated and disconnected manner. Especially in the area of property crimes, this leads to contradictions in the interpretation of the law, with considerable discrepancies in relation to civil law. The present article elaborates as an example in this sense a system of property crimes referred to the specific protection of the ownership of things. From this perspective, theft, extortion, and fraud differ only with respect to the way the conduct is carried out, but not with respect to its scope of protection (Schutzzweck). According to the model presented, theft is a direct perpetrator offence, while fraud is an indirect perpetrator offence. Extortion, on the other hand, can be committed in both forms of perpetration, direct and indirect. Additionally, the crime of receiving stolen

cometerse tanto en forma directa como indirecta de autoría. Además, el delito de receptación sanciona la perpetuación de una constitución patrimonial ilícita, que se produce mediante la transferencia, a favor de un tercero, de la posesión de una cosa adquirida delictivamente.

PALABRAS CLAVE: Hurto – Estafa – Extorsión – Receptación – Propiedad

goods penalizes the perpetuation of an illicit patrimonial constitution, which occurs through the transference to a third person of the possession of something acquired by crime.

KEYWORDS: Theft – Fraud – Extortion – Receiving stolen goods – Property

SUMÁRIO: I. Criterios interpretativos. II. Sobre el problema de los delitos de referencia (*Anschlusskriminalität*). III. Motivos de la confusión. IV. Estructura de los delitos contra valores patrimoniales. V. Distinción sistemática de las acciones típicas. VI. Comprensión sistemática de los delitos de referencia (*Anschlusskriminalität*). VII. Recapitulación. Referencias.

I. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

La¹ aplicación² de una ley exige su interpretación. El que la conducta de Juan al atrapar furtivamente una gallina de su vecino Pablo para alimentarse de ella sea un hurto, dependerá de si dicha conducta de Juan pueda ser subsumida dentro de la descripción del tipo penal del hurto. En las palabras del Código Penal alemán, comete un hurto quien sustrae una cosa mueble ajena para apropiarse de ella o para que un tercero se apropie de ella de modo antijurídico. En consecuencia, la gallina del ejemplo debe poder ser vista como una cosa. Asimismo, la conducta de atrapar furtivamente la gallina debe poder ser encuadrada como “sustracción” (*wegnehmen*). Finalmente, el propósito de Juan de alimentarse de la gallina debe poder ser entendido como “ánimo de apropiación”. La pregunta relativa a si estos tres requisitos se cumplen o no debe responderse por medio de la interpretación de los correspondientes elementos típicos.

La interpretación de un tipo penal se realiza tradicionalmente en la dogmática alemana por medio de cuatro criterios: gramatical, histórico, teleológico y sistemático. El criterio gramatical corresponde a la interpretación de una palabra según su significado idiomático general. El que en el habla cotidiana una gallina pueda ser descrita como una cosa es dudoso. Sería posible por una parte ver como cosas solamente a aquellos objetos corporales que no son seres vivos. En este sentido, por ejemplo, los animales no son “cosas” para el parágrafo 90a oración primera del Código Civil alemán. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que sobre los animales se puede ejercer la propiedad de igual modo que sobre objetos inanimados y que pueden ser tratados como bienes que pueden

1. Tradução do manuscrito alemão para o espanhol por Andrés Schlack, Santiago de Chile/Bonn.
2. Artigo publicado no Anuario mexicano de derecho penal económico, 2015, p. 219-233.

ser comprados o vendidos. Gramaticalmente, por tanto, no puede aclararse definitivamente el que una gallina pueda ser objeto típico del hurto en cuanto “cosa”.

Con el método histórico de interpretación en el caso de un delito tan antiguo como el hurto no resulta posible realizar avances significativos. Los conceptos en el curso de los siglos han sufrido considerables cambios en cuanto a su significado. Así, durante largo tiempo en la Historia del derecho alemán se interpretó al hurto como una sustracción furtiva y al robo como una sustracción no furtiva. En el siglo XIX se exigía junto al ánimo de apropiación un ánimo de lucro. Se interpretaba así al hurto como un delito de enriquecimiento. Los animales, por el contrario, fueron tratados siempre como cosas. Históricamente podemos ver sin más a la conducta de Juan como hurto.

El método teleológico se orienta a partir de la determinación del contenido de una ley en cuanto a los fines legislativos perseguidos. Corresponde preguntarse qué bien jurídico se busca proteger mediante la correspondiente prohibición y qué interpretación debe dársele a los elementos del tipo para alcanzar dicho fin. Para ello sirve el sentido gramatical de las palabras como límite interpretativo. No se permite, por tanto, considerar como típica una conducta que no puede encuadrarse dentro del tenor literal de la ley. El tenor literal puede en cambio ser reducido de modo tal que solamente aquello que se corresponde con la finalidad de la norma quede comprendido dentro del ámbito de aplicación de ésta. Por cuanto la finalidad de la prohibición del hurto es la protección de la facultad de disposición de un propietario vinculada a la posesión, es preciso según un criterio teleológico que también un animal, respecto del cual se ejerce un derecho de propiedad, pueda ser objeto típico del hurto. En conformidad a esto último, prescribe también el parágrafo 90a oración tercera del Código Civil alemán que las normas que rigen para cosas son aplicables a animales, salvo disposición en contrario.

Finalmente, el método sistemático de interpretación sirve a la generación de consistencia y armonía de los conceptos dentro de una ley o de una codificación de mayor envergadura. La interpretación sistemática tiene -al igual que la teleológica- un efecto de delimitación del tenor literal. Este criterio excluye del ámbito de aplicación de una norma o grupo de normas aquellos supuestos que no concuerdan con el orden interno de dicha regulación o lo alteran. Por cuanto en el sistema de los delitos patrimoniales el hurto comprende la intromisión en los derechos posesorios del propietario consistente en la privación de la posesión, nada desde un punto de vista sistemático se opone a encuadrar el acto de apoderarse de una gallina como una sustracción típica de una cosa.

En las siguientes reflexiones me propongo esbozar un sistema de los delitos contra bienes patrimoniales, así como indicar las ventajas dogmáticas de tal sistema. Con ello deseo entrar a la discusión de un problema que ha ocupado a la Ciencia Penal alemana desde hace muchas décadas. Mi propuesta de solución de este problema podría ser un modelo para la creación de un sistema en todo derecho penal que reconozca los respectivos delitos contra bienes patrimoniales.

II. SOBRE EL PROBLEMA DE LOS DELITOS DE REFERENCIA (*ANSCHLUSSKRIMINALITÄT*)

El grupo de delitos a los que me refiero comprende aquellas conductas mediante las cuales el autor accede a un patrimonio ajeno “desde fuera”. Éstos son los delitos de hurto (*Diebstahl*), extorsión (*Erpressung*) y la estafa (*Betrug*). Incluyo asimismo en estas reflexiones a la receptación (*Hehlerei*), la cual se clasifica en el Derecho Penal alemán como un delito de referencia o de conexión (*Anschlussdelikt*), es decir, aquellos delitos que importan la perpetuación de una lesión del patrimonio causada previamente mediante hurto, extorsión o estafa.

El problema que deseo examinar con mayor atención se presenta cuando el autor por medio de hurto, estafa o extorsión se apodera de un elemento patrimonial que ya ha sido previamente objeto de un delito patrimonial. Para ello un ejemplo: Hugo ejerce mediante un arma coacción sobre Carlos, para que éste le entregue un reloj, el cual Carlos le había hurtado a su vez a Ricardo. La jurisprudencia alemana ve en este supuesto una extorsión: Hugo ha causado mediante coacción un daño patrimonial y se trata—aquí se encuentra el punto decisivo—de un daño patrimonial en contra de Carlos, el ladrón. Ello significa que la jurisprudencia le adjudica el reloj hurtado por Carlos al patrimonio de éste, pese a que el reloj permanece en la propiedad de Ricardo. La prohibición respecto de la extorsión protege según esta opinión el botín del ladrón como un elemento patrimonial de éste. El caso hubiera sido el mismo según la jurisprudencia para el caso que Hugo hubiera engañado a Carlos en el sentido del tipo de estafa. En ese caso hubiera cometido Hugo una estafa en perjuicio del ladrón Carlos y no del propietario Ricardo.

Distinto hubiera sido el tratamiento del caso si Hugo le hubiera sustraído furtivamente el reloj a Carlos. En este caso estaríamos frente a un hurto, y el perjudicado por este hurto es, según la jurisprudencia, Ricardo, el propietario.

Ello implica que aquel que mediante engaño o coacción priva a un ladrón de su botín, perjudica a este último. En cambio, quien mediante un nuevo hurto sustrae el botín previamente hurtado por otro, perjudica al propietario de la cosa hurtada. Este resultado puede resultar sorprendente. Ellos por cuanto difícilmente pueden depender de la modalidad de apoderamiento de un objeto patrimonial cuál patrimonio resulta perjudicado mediante el hecho.

La situación se vuelve aún más extraña si modificamos el ejemplo propuesto del siguiente modo: supongamos que Hugo le vende a Miguel el reloj que ha obtenido de Carlos de un modo delictivo. Si Miguel actúa dolosamente, es decir, si sabe que el reloj ha sido obtenido por Hugo mediante la comisión de un delito, entonces comete él a su vez el delito de receptación. El tipo de la receptación se consuma, entre otros supuestos, cuando alguien dolosamente y con ánimo de enriquecimiento vende un objeto obtenido mediante un delito patrimonial. El que Hugo haya obtenido el reloj de Carlos mediante hurto, estafa o extorsión, no reviste importancia alguna para efectos de la receptación cometida por Miguel.

¿Y en qué radica el injusto de la receptación? Se considera que el injusto de la receptación se encuentra en la perpetuación del estado antijurídico creado por el delito previo. Sin embargo, un carácter antijurídico en un sentido civil solamente puede atribuirse a la pérdida de la posesión por parte de Ricardo, el propietario. Nos encontramos entonces en una situación enigmática: si Hugo obtiene el reloj de Carlos mediante estafa o extorsión, resulta perjudicado el patrimonio de Carlos. Si Miguel obtiene el reloj de Hugo, será sancionado por receptación en perjuicio de Ricardo, pese a que el delito previo perjudicó supuestamente a Carlos.

III. MOTIVOS DE LA CONFUSIÓN

Me parece evidente que la valoración penal expuesta a propósito de nuestro ejemplo resulta asistemática y que carece de orden interno. Antes de intentar crear un sistema para dicha valoración, quiero referirme brevemente a los motivos que han conducido a las valoraciones inconexas antes señaladas.

Un motivo esencial radica en que la Parte Especial de los códigos penales no es vista como una construcción coherente. Mientras se intenta construir la Parte General de un modo sistemático y poner a las regulaciones legales entre sí en relaciones libres de contradicción, la Parte Especial es comprendida en gran medida como una adición de leyes particulares. Ello se encuentra en cierto modo justificado en cuanto el Legislador, por ejemplo, en el curso de los años crea nuevas normas –como la estafa computacional- y suprime otras que se encuentran superadas –como la punibilidad de la homosexualidad o del adulterio-. Permanentemente se encuentran las normas particulares en el primer plano de la discusión político-criminal. Por consiguiente, la estafa y las lesiones son comprendidos como delitos sin relación entre sí. Ello tiene por consecuencia que aquello que es igual no es tratado de modo igual.

A modo de ejemplo: cuando un médico sin consentimiento del paciente emprende una intervención curativa, comete según la jurisprudencia una lesión incluso cuando el paciente mediante la intervención es sanado. Ello se fundamenta afirmando que la prohibición existente respecto de las lesiones protege la integridad corporal según el criterio de la libertad de disposición individual.³ Cuando, por el contrario, una persona es motivada mediante engaño a realizar una disposición patrimonial contraria a sus intereses económicos, se niega un perjuicio patrimonial cuando la disposición no ha disminuido el valor del patrimonio según una valoración objetiva. Ello se fundamenta sosteniendo que la prohibición de la estafa protege el patrimonio de un modo objetivo y no según un

3. Véase por todos *Jescheck / Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, quinta edición, 1996, §34 II 3; *Armin Kaufmann* en: Libro Homenaje a Klug (Ed. Kohlmann), Tomo 2, 1983, 277 (282); *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68 (87 s.); *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tomo 1, tercera edición, 1997, §13 / 12 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985, p. 1 ss.

KINDHÄUSER, Urs. Para un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 117-130. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

criterio de la libertad de disposición individual.⁴ El por qué la libertad de disposición de una persona resulta relevante respecto de una lesión corporal, pero no para la lesión de su patrimonio, permanece sin explicación. En ningún momento se advierte la falta de un fundamento, por cuanto los tipos penales de las lesiones y de la estafa son interpretados de un modo completamente aislado el uno del otro.

En la medida en que los delitos de la Parte Especial son examinados aisladamente, también las lagunas de punibilidad se toman en consideración referidas solamente a una determinada norma. Un buen ejemplo de ello son la estafa y la extorsión. Ambos delitos exigen un perjuicio patrimonial, sea a través de coacción – como en la extorsión – o bien mediante engaño – como en la estafa-. Ahora bien, si quien ha resultado engañado posee la cosa antijurídicamente, como ocurrirá si la ha obtenido hurtándola – tal como en nuestro ejemplo con Carlos –, no resultará perjudicado. En nuestro ejemplo no puede Carlos reivindicar la cosa ni demandar la indemnización de perjuicios respecto de Hugo, sino solamente el propietario, Ricardo.

Al examinar la jurisprudencia aisladamente el tipo de la estafa, creyendo que se produce una laguna de punibilidad si Hugo no es sancionado por estafa, hace posible un perjuicio independiente de la regulación del derecho civil y llama al resultado un concepto económico de patrimonio. Según este concepto económico de patrimonio, forma parte de este todo elemento respecto del cual una persona pueda disponer fácticamente. Consiguientemente, el botín obtenido mediante hurto pertenece de acuerdo con el concepto económico de patrimonio al patrimonio del ladrón, de modo tal que el ladrón Carlos resulta económicamente perjudicado cuando Hugo se apodera del reloj mediante engaño.

Resulta evidente que lo anterior es falso a la luz de la vida económica habitual. Ningún banco le otorga un crédito a un ladrón y acepta como garantía el botín obtenido mediante un hurto. Nadie puede vender de manera regular en el tráfico comercial una cosa hurtada, pues no se puede adquirir la propiedad respecto de los objetos así obtenidos. La jurisprudencia ve la posibilidad de venta de bienes hurtados en el mercado negro o en círculos criminales como una realización de un bien económico. Esto conduce a una situación jurídica perversa, en la cual el derecho penal reconoce como criterio de valor conductas contrarias a Derecho.⁵

IV. ESTRUCTURA DE LOS DELITOS CONTRA VALORES PATRIMONIALES

1. Aspectos gramaticales

4. BGHSt 16, 220 ss.

5. Véase a modo ejemplar BGHSt 2, 364 ss.; 29, 300 (301 s.); BGH en *Dallinger* MDR 75, 23; en *Holtz* MDR 79, 806; BGH NJW 95, 1910; OLG de Colonia NJW 72, 1823 s.; OLG Karlsruhe NJW 76, 902 (903 s.); KG NJW 01, 86 s.

KINDHÄUSER, Urs. Para un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 117-130. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

Un camino equivocado como el descrito puede evitarse si se establece un orden sistemático entre las normas pertenecientes a un ámbito jurídico determinado. Para ello, es necesaria en primer lugar una rápida mirada al aspecto gramatical, a la historia y al fin de las normas involucradas.

En su tenor literal se diferencian entre sí el hurto, la estafa, la extorsión y la receptación de un modo considerable.

-Comete un hurto quien sustrae para sí o para un tercero una cosa mueble ajena con ánimo de apropiación.

-Comete una estafa quien con ánimo de lucro y mediante engaño induce a otro error, motivándolo de este modo a realizar una disposición patrimonial mediante la cual se causa un perjuicio patrimonial.

-Comete una extorsión quien con ánimo de lucro y mediante violencia o amenaza de un mal constriñe a otro a realizar una conducta determinada, causando de este modo un perjuicio patrimonial.

-Comete el delito de receptación quien con ánimo de lucro se procure (*verschaffen*) para sí o para un tercero una cosa que otro ha obtenido mediante la comisión de un delito patrimonial, la transfiera (*absetzen*) o preste ayuda para transferirla a un tercero.

Las diferencias conceptuales se refieren en particular a las acciones típicas, al objeto típico y a la faz subjetiva del tipo⁶. Mientras el hurto, la estafa y la extorsión describen acciones típicas específicas (sustraer, engañar y constreñir, respectivamente), la acción típica de la receptación es muy amplia. El verbo "*verschaffen*" (procurarse) comprende según las reglas del idioma alemán todas las formas mediante las cuales puede obtenerse la posesión sobre una cosa, también la sustracción o su obtención mediante engaño o coacción. Sobre esto se volverá más adelante.

El objeto típico en el hurto y la receptación se encuentra más estrechamente delimitado que en los otros dos tipos, refiriéndose solo a cosas corporales, mientras que en la estafa y la extorsión todos los valores patrimoniales están comprendidas, también los créditos. En lo que respecta a la faz subjetiva del tipo, la estafa, la extorsión y la receptación exigen un ánimo de lucro, mientras que el hurto exige ánimo de apropiación.

2. Aspectos históricos

Si se observan estos delitos desde un punto de vista histórico, desaparecen las diferencias en cuanto a la faz subjetiva del tipo. Ello por cuanto el hurto poseía todavía en el siglo XIX el elemento del ánimo de lucro, que se corresponde con el ánimo de enriquecimiento sin causa. El hurto y la receptación son delitos que se remontan hasta el derecho romano, mientras que la estafa y la extorsión sólo en el siglo XIX adquirieron la calidad de delitos patrimoniales. Esto puede bien ser un motivo para que los cuatro delitos no sean considerados como una unidad sistemática.

6. Nota da Editora: no original, a palavra espanhola "faz" (objetiva ou subjetiva) se refere ao conceito "Tatseite" em alemão, que significa o aspecto (objetivo ou subjetivo) da ação delitiva.

KINDHÄUSER, Urs. Para un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 117-130. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

3. Aspectos teleológicos

Desde un punto de vista teleológico muestran los cuatro delitos un desarrollo extremadamente independiente entre sí. La extorsión y la estafa se han desarrollado como delitos en los cuales el patrimonio es determinado solamente según su valor económico. Objetos sin un valor económico de mercado no son vistos como dignos de protección.⁷ En tanto las fotografías de mis vacaciones se encuentren aún en la tienda de revelado, pueden ser todavía objeto de una estafa o extorsión, pues existe la expectativa de que yo pague por ellas. Sin embargo, en el instante en que he pagado su precio y se me ha hecho entrega de ellas en la tienda de revelado, carecen ya de valor. Si ahora las entrego debido a una coacción o un engaño, no comete el autor extorsión o estafa, respectivamente.

Debe destacarse enérgicamente que este punto de vista penal no se corresponde con la valoración realizada por el derecho civil. Según los criterios del derecho civil, pertenecen al patrimonio de una persona todas aquellas cosas que pueden ser objeto de un negocio jurídico de enajenación. El derecho civil no se orienta a partir del valor fáctico de una cosa, sino a partir de su valor potencial. Las fotografías de mis vacaciones pertenecen desde un punto de vista del derecho civil a mi patrimonio porque quizás pueda convertirme en una personalidad de la vida pública y así podrían mis fotografías encontrar un comprador.

Un camino enteramente distinto ha seguido el desarrollo del hurto. Pese a que la propiedad es el derecho patrimonial por antonomasia, su determinación se realiza de un modo enteramente formal y no económico. En consecuencia, puedo también hurtar objetos económicamente carentes de todo valor. La propiedad se encuentra protegida por medio de la prohibición del hurto solamente respecto de la facultad de disposición relativa a la posesión, entendida como el derecho de disponer a voluntad de la cosa. Debe hacerse notar a este respecto que el fin de protección de la prohibición del hurto sería enteramente compatible con la prohibición de la estafa y la extorsión si el patrimonio protegido por estos últimos delitos, considerado de igual modo, fuera determinado enteramente según el derecho civil.

Un desarrollo completamente diverso muestra a su vez el delito de receptación. Hoy en día es comprendido como un delito de referencia (*Anschlussdelikt*) respecto de todos los delitos patrimoniales. La prohibición tiene por propósito evitar que el estado patrimonial antijurídico creado por el delito previo en perjuicio de la víctima sea perpetuado. En nuestro contexto resulta problemático que la acción típica de la receptación, el procurarse, sea interpretado de manera más restrictiva que lo exigido por el tenor literal. La jurisprudencia ve solo una así llamada “obtención derivativa” del objeto típico como “procurarse”. La receptación exige así que el receptor obtenga la cosa con el consentimiento del autor del delito previo. El supuesto típico de receptación será por consiguiente la compra al ladrón de la cosa hurtada por el receptor. Esta interpretación restrictiva es fundamentada por medio de la consideración relativa a que la prohibición

7. Cfr. BGH en *Holtz* MDR 81, 267 (268); BGH NJ 98, 380 s. con comentario de *Jordan*.

KINDHÄUSER, Urs. Para un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 117-130. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

de la receptación tiene por propósito evitar la creación de un mercado negro. Debe impedirse que el ladrón tenga la posibilidad de enajenar la cosa y con ello se evita un incentivo esencial para la comisión de hurtos.

Es efectivo que la prohibición de la receptación es una norma importante en contra de los negocios en el mercado negro. Sin embargo, esto no puede ser más que un efecto reflejo de la prohibición de la receptación. No se advierte cómo a partir de ello puedan resultar excluidas del tipo todas aquellas otras formas de “procurarse” que no se manifiesten en la forma de una obtención de la posesión sobre una cosa con el consentimiento del autor del delito previo. También quien sustrae el botín del ladrón o lo obtiene mediante engaño o coacción se procura este objeto y perpetúa el estado patrimonial antijurídico en perjuicio de la víctima del delito previo. Cada acción mediante la cual se obtiene una cosa de modo conocidamente antijurídico en perjuicio de la víctima de un delito patrimonial previo debería ser subsumida en el tipo de la receptación.

4. Sistema teleológico

A partir de las anteriores consideraciones, es posible ordenar el hurto, la estafa, la extorsión y la receptación en el siguiente sistema, el cual sigue de cerca las valoraciones del derecho civil:

- La estafa y la extorsión son delitos patrimoniales, en los cuales pertenecen al patrimonio protegido todos aquellos bienes enajenables que potencialmente pueden ser enajenados a cambio de dinero.

- El hurto es un caso especial de delito patrimonial y protege exclusivamente el derecho de posesión del propietario.

- La receptación protege al perjudicado por un delito patrimonial de la posibilidad de que la posesión obtenida antijurídicamente sobre una cosa sea transferida a un tercero.

Con lo anterior como resultado provisional, debe sostenerse primeramente que los cuatro delitos no tienen objetos típicos diversos, sino que ocurre que el objeto típico del hurto -una cosa mueble ajena- también puede ser objeto de una estafa, una extorsión o del delito de receptación. Respecto de la propiedad sobre cosas corporales se distinguen los cuatro delitos solamente mediante las correspondientes acciones típicas y por consiguiente mediante aquello que en cada caso resulta comprendido por el dolo del agente.

V. DISTINCIÓN SISTEMÁTICA DE LAS ACCIONES TÍPICAS

1. Hurto

Si se analizan las cuatro acciones típicas con mayor detención, resulta posible sin grandes dificultades determinar que la naturaleza de cada conducta típica se corresponde con alguna de las diversas formas de autoría a través de las cuales puede ocasionarse la lesión del bien jurídico protegido.

Analicemos primeramente el hurto. Característico de este delito es la transferencia de la posesión sobre una cosa en contra de la voluntad del poseedor. Poseedor puede

ser el propietario, pero también un tercero cualquiera – por ejemplo, el arrendatario de una cosa. La sustracción implica que el autor priva al poseedor del poder de disposición sobre la cosa, creando para sí o para un tercero una nueva posesión sobre la cosa. El que la transferencia de la posesión deba producirse en contra de la voluntad del poseedor implica que el consentimiento – incluso tácito – de éste excluye la posibilidad de una sustracción típica.

Con ello se describe en el tipo la sustracción como una forma de autoría directa en relación con el poseedor. El autor puede también llevar a cabo la sustracción a través de un tercero y bajo los presupuestos de la autoría mediata. No es posible, sin embargo, cometer el hecho – y ello es en nuestro contexto decisivo – utilizando al poseedor como instrumento. Ello por cuanto la transferencia de la posesión se produciría de modo consentido, excluyéndose así la concurrencia de una sustracción.

2. Estafa

Al tipo de estafa pertenecen dos acciones típicas. Primeramente, debe el autor engañar a una persona. Seguidamente debe esta persona realizar una disposición patrimonial de carácter perjudicial. En la estafa que tiene por objeto una cosa corporal, la disposición patrimonial es el traspaso de la posesión del poseedor actual a otra persona. La disposición patrimonial es por tanto la acción propiamente perjudicial y se corresponde con la sustracción en el hurto, pero con una diferencia esencial: la disposición patrimonial se produce con la voluntad de quien la realiza.

A este respecto se presenta el siguiente problema: si la disposición patrimonial se produce con la voluntad de quien la efectúa, cae en principio dentro del ámbito de responsabilidad de quien dispone. El autoperjuicio es penalmente irrelevante. Consiguientemente, se debe traspasar la responsabilidad por la disposición desde quien dispone al autor. Esto ocurre con ayuda del elemento típico del engaño, en la medida que el autor induce a quien dispone a un error sobre el carácter perjudicial de su disposición. Según las reglas de autoría y participación, este es un caso típico de autoría mediata. Autor mediato por medio de engaño es quien motiva a otro a la comisión de un delito, actuando este último determinado por un error. La particularidad en la estafa es que los requisitos de la autoría mediata se encuentran recogidos en el tipo. El tipo penal de la estafa prescribe que el desplazamiento patrimonial perjudicial efectuado por el engañado le es imputada al autor como acción propia debido al engaño. También la estafa es un delito de perjuicio ajeno (*Fremdschädigungsdelik*t) bajo el supuesto de una autoría mediata especialmente tipificada.

La estafa de cosas corporales y el hurto son consiguientemente dos delitos idénticos en su esencia, donde se produce un desplazamiento de la posesión sobre un elemento patrimonial. En el hurto el autor realiza el traspaso de la posesión respecto del poseedor anterior mediante autoría directa, mientras que en el caso de la estafa lo hace por medio del engañado como instrumento en el sentido de la autoría mediata.

3. Extorsión

También en la extorsión que tiene por objeto una cosa corporal se produce un desplazamiento de la posesión de la cosa de naturaleza perjudicial. Quién debe efectuar este desplazamiento posesorio no lo dice el tipo de la extorsión, a diferencia de lo que ocurre en el hurto y en la estafa. El tipo solo prescribe que el autor debe emplear violencia o amenazar con un mal. También las amenazas y la *vis compulsiva* son criterios de la autoría mediata. Si el autor constriñe entonces a la víctima mediante *vis compulsiva* o mediante la amenaza de un mal para que ésta realice el desplazamiento posesorio tenemos – como en la estafa – un caso de autoría mediata tipificada. Si, por el contrario, emplea el autor *vis absoluta*, el autor pone a la víctima en un estado en que ésta ya no se encuentra en condiciones de actuar libremente. En este caso actúa el agente mediante autoría directa, en cuanto constriñe a la víctima a tolerar la sustracción. Es así como puede afirmarse que la extorsión respecto de una cosa corporal tiene por objeto una disposición patrimonial que el autor realiza mediante el empleo de *vis absoluta* en la forma de autoría directa o bien por medio de la víctima como instrumento en el sentido de la autoría mediata a través del empleo de amenazas o bien de *vis compulsiva*.

Con ello, es también la extorsión en su esencia un delito idéntico respecto del hurto y de la estafa, que tiene la particularidad en su ejecución de poder ser cometido tanto en la forma de autoría directa como en autoría mediata. A diferencia del hurto y de la estafa, en la extorsión los medios mediante los cuales el autor realiza el desplazamiento patrimonial por sí o por medio de la víctima son punibles como tales. El autor comete junto con el delito patrimonial el delito de coacción (*Nötigung*) con un contenido de injusto específico.

4. Supuestos “en triángulo”

En el hurto como también en la estafa y en la extorsión es posible que aquel que pierde la posesión sobre el objeto del delito no sea el propietario o el titular del patrimonio. Es así como es indiferente para la afirmación de la estafa el que, en una tienda, quien le entrega bajo error un bien determinado al autor sea el propietario del objeto o bien solamente un empleado del titular del establecimiento de comercio respectivo. Del mismo modo, es indiferente para la extorsión si quien sufre coacción para la entrega de un bien es el dueño del negocio o bien solamente un empleado de éste. Los supuestos en los cuales el engañado o quien sufre coacción, por una parte, y quien experimenta el perjuicio patrimonial, por otra, no son una misma persona, se denominan, según sea el caso, estafa o extorsión “en triángulo”. No es distinta la situación respecto del hurto. Aquel que es privado de la posesión sobre la cosa puede ser el propietario o un tercero cualquiera.

5. Receptación

Por último, la receptación describe la acción típica relevante en este contexto como “procurarse”. Bajo este concepto puede entenderse toda forma de hacerse de la posesión de la cosa, sea en la forma de autoría directa o bien autoría mediata. En este sentido puede ser descrita cada una de las respectivas acciones típicas del hurto, de la estafa o de la extorsión como “procurarse”.

VI. COMPREENSIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE REFERENCIA (*ANSCHLUSSKRIMINALITÄT*)

1. Faz objetiva del tipo

Sobre la base de las consideraciones previas se obtiene una sencilla solución para el problema de los delitos de referencia. Primeramente, en el plano de la faz objetiva del tipo cabe preguntarse si aquel que es privado de la posesión sobre la cosa es al mismo tiempo el propietario o titular del patrimonio perjudicado. Siendo ése el caso, se estará dependiendo del modo de comisión frente a un hurto, una estafa o una extorsión.

Si, por el contrario, quien es despojado de la posesión no es el titular del patrimonio perjudicado, sino un tercero, se presenta según la modalidad de comisión un hurto, una estafa o una extorsión “en triángulo”. Perjudicado no es en este caso quien ha sufrido el engaño, coacción o sustracción, sino el titular del patrimonio.

Si el tercero ha obtenido la posesión de la cosa a su vez mediante la comisión de un delito, se estará también según el modo de comisión frente a un hurto, una estafa o una extorsión en triángulo. Al mismo tiempo, sin embargo, se realiza el tipo objetivo de la receptación. Una receptación también se presenta cuando el poseedor delictivo le hace entrega de la cosa al autor consentidamente -como por ejemplo en el marco de una venta-.

En cada uno de estos casos pueden determinarse el patrimonio y la legitimidad de la posesión estrictamente según las normas del derecho civil. Ello por cuanto quien resulta perjudicado es siempre el titular del patrimonio. Puede prescindirse así de un concepto económico de patrimonio que incluya el botín del ladrón en el patrimonio de éste.

2. Faz subjetiva del tipo

Respecto de la faz subjetiva del tipo debe tenerse en cuenta que la receptación exige dolo respecto del delito patrimonial a través del cual el poseedor ha obtenido el objeto típico. Por tanto, si el autor no tiene conocimiento alguno del delito previo, no comete el delito de receptación. En ese caso sólo ha cometido un hurto, una estafa o una extorsión “en triángulo”. Si erróneamente supone el autor que el poseedor de la cosa la ha obtenido mediante un delito patrimonial, se tiene una receptación tentada y, según el caso, en concurso ideal (*Tateinheit*) con hurto, estafa o extorsión.

VII. RECAPITULACIÓN

Resumo brevemente estas reflexiones: el derecho penal protege el patrimonio sobre cosas muebles de la privación de la posesión sobre éstas. Los delitos de hurto, estafa y extorsión recogen esta privación como injusto de modo coincidente. Se distinguen estos delitos solamente respecto de la modalidad de la privación posesoria, en la medida que comprenden las diversas modalidades de autoría. Resulta posible una autoría directa como en el caso del hurto y la extorsión mediante *vis absoluta* o bien una autoría mediata como en la estafa – mediante engaño – o en la extorsión que se verifica por medio

de amenazas o *vis compulsiva*. Adicionalmente, la receptación penaliza la conservación de la situación patrimonial contraria a derecho por medio de un traspaso adicional de la posesión antijurídica a un tercero.

Código penal alemán

§ 242 Diebstahl (Hurto)

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 253 Erpressung (Extorsión)

(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 259 Hehlerei (Receptación)

(1) Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) ...

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 263 Betrug (Estafa)

(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

REFERENCIAS

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 16, p. 220.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 2, p. 364.

- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, vol. 75, p. 23.
- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, vol. 79, p. 806.
- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, vol. 81, p. 267.
- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 95, p. 1910.
- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *Neue Justiz*, vol. 98, p. 380.
- ALEMANHA. Kammergericht. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 01, p. 86.
- ALEMANHA. Oberlandesgericht Karlsruhe. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 76, p. 902.
- ALEMANHA. Oberlandesgericht Köln. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 72, p. 1823.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin. Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung. In: KOHLMANN, Günter (org.). *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Köln: Deubner, 1983.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, Bd. I*. 3. Aufl. München: Beck, 1997.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Literatur Bericht zu Reinhart Maurach, Strafrecht – Allgemeiner Teil. *ZStW*, vol. 86, p. 68-97, 1974.
- SCHLEHOFER, Horst. *Einwilligung und Einverständnis: dargestellt an der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung*. Köln: Heymann, 1985.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal, Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O crime de pirâmide financeira na legislação penal atual e as novas propostas no congresso nacional brasileiro, de Rodrigo Cesar Picon de Carvalho – *RDPEC* 5/147-162;
- O princípio da taxatividade e a inelegibilidade por condenação criminal, de Octavio Augusto da Silva Orzari – *RBCCrim* 141/93-117; e
- O processo penal enquanto dispositivo que hierarquiza: fundamentos relativizados de um dispositivo repressivo, de Francisco Geraldo Matos Santos – *RBCCrim* 192/205-222.