V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-241-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A associação entre sistemas penais e democracia tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretende-se fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando LaFree, quando se refere à relação entre criminologia e democracia (2003), é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama.

Arranjos organizacionais civilizatoriamente aceitáveis, dentro de padrões humanisticamente razoáveis, onde a violência do crime e a violência institucionalizada sejam objeto de constante redução, senão até mesmo de eliminação, considerando a criminalidade em constante crescimento e as possíveis respostas do Estado a esse fenômeno, representam um dilema não só para as jovens democracias latino-americanas e de países em desenvolvimento, mas também para democracias ditas consolidadas como a norte-americana. Falhas no sistema de repressão penal estatal supostamente encorajam a realização de ilegalidades e o surgimento de milícias justiceiras; reações excessivas por parte do Estado podem dar a impressão de um retorno a práticas policiais autoritárias e não humanistas. Ambas situações não se constituem como exceções em nosso cotidiano.

O que parece saltar a um primeiro olhar é que as relações entre sistemas penais e democracia não são tão óbvias, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde, nos últimos trinta anos, taxas indicadoras de criminalidade, por um lado, e de encarceramento, por outro, subiram em ritmos assustadoramente proporcionais, inobstante a retomada de um processo de democratização, cujo principal marco foi a promulgação de uma Constituição que caracterizou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Há, aqui, indícios de um paradoxo singularizado, em uma face, por um processo de redemocratização e, ao mesmo tempo, em outra, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema

democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014, havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo assustadoramente nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.7312 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados, é importante agregar o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se agregarmos a essa estatística também os indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle do sistema penal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira ao redor de 204.000.000 de pessoas.

Tentar modificar esse quadro social e político, onde criminalidade e encarceramento somente aumentam seus números tem se constituído num dos grandes desafios que pesquisadores não só do Brasil e do Uruguai, mas de todo o mundo têm se colocado como primordial em suas tarefas investigativas cotidianas. O CONPEDI não tem se omitido dessa tarefa de buscar um direito penal e um processo penal cada vez mais humanistas e democráticos. Muito pelo contrário. Ao criar os Grupos de Trabalho nos seus já vinte e cinco Encontros Nacionais e cinco Encontros Internacionais, nos quais sempre estão incluídos GTs de Direito Penal e Constituição, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem contribuído enormemente para a divulgação e trocas de pesquisas entre os acadêmicos que se ocupam de refletir acerca das atividades repressivas e persecutórias do Estado. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevidéo, UR, no qual estiveram presente mais de mil participantes, não foi diferente.

A qualidade das pesquisas apresentadas no GT de Direito Penal e Constituição I foram de excelente qualidade, especialmente se considerarmos a atualidade das investigações apresentadas. Assim sendo, temos que destacar que as leituras das investigações apresentadas serão de grande valia para os que trabalham por um Direito Penal cada vez mais adequado aos standarts de ordenamentos jurídicos cada vez mais democráticos de Direito. São elas:

1) A Lei 11.340/2006 e as imunidades penais nos delitos patrimoniais, de Marcela Siqueira Miguens;

2) A prisão em flagrante e a transgressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de Silvia Elena Barreto Saborita e Renata Soares Bonavides;

3) Execução provisória da pena: uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292/SP, de George Maia Santos;

4) O estado de necessidade desculpante na criminalidade econômica sob a perspectiva da teoria das emoções, de Carlos Luiz de Lima e Naves;

5) O exercício da medicina: uma reflexão à luz do direito penal, de Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Lucas Gabriel Santos Costa.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URI, Santo Ângelo, RS

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR, Montevideo, UR

¿LOS DELITOS DE HURTO SON DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD O CONTRA EL PATRIMONIO? ¿QUÉ CONSECUENCIAS (TEÓRICAS Y PRÁCTICAS) SE DERIVAN EN CADA UNA DE LAS ALTERNATIVAS?

OS CRIMES DE FURTO SÃO CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE OU CONTRA O PATRIMÔNIO? QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS (TEÓRICAS E PRÁTICAS) DERIVADAS DE CADA UMA DESSAS ALTERNATIVAS?

Florencio Macedo Maggi

Resumo

El presente trabajo realiza un análisis del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Se analiza la evolución histórica del concepto de propiedad, las distintas teorías que fueron defendidas, hasta la toma de postura por un concepto personal funcional del bien jurídico protegido en los delitos en análisis. Finalmente se realiza un estudio de los efectos positivos concretos de un concepto personal funcional de la propiedad a la hora de resolver los casos difíciles que se plantean por la doctrina y la jurisprudencia.

Palavras-chave: Delitos contra la propiedad, Hurto, Bien jurídico, Propiedad, Patrimonio

Abstract/Resumen/Résumé

O presente trabalho efetua uma análise do bem jurídico protegido nos crimes contra a propriedade e o patrimônio. Faz-se a análise da evolução histórica do conceito de propriedade, das diversas teorias defendidas, até a tomada de posição por um conceito pessoal funcional do bem jurídico protegido nos crimes que são analisados. Efetua-se, finalmente, um estudo dos efeitos positivos concretos de um conceito pessoal funcional da propriedade na hora de serem resolvidos os casos difíceis apresentados pela doutrina e a jurisprudência.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimes contra a propriedade, Furto, Bem jurídico, Propriedade, Patrimônio

I.- Introducción: La pregunta acerca de si los delitos de hurto son delitos contra la propiedad o el patrimonio refiere al tema del bien jurídico penal protegido en el referido ilícito.

La definición del bien jurídico protegido en una figura penal es de gran trascendencia teniendo en cuenta la función dogmática del mismo. Esto es, como "orientador dogmático del tipo"[1]. De esta forma el bien jurídico protegido orientará la interpretación que debe realizar el Juez a la hora de la aplicación al caso concreto de la descripción típica.

En el delito a estudio podemos visualizar concretamente como este ejercicio adquiere trascendencia práctica, por cuanto la toma de postura respecto de una u otra definición del bien jurídico podrá, según el caso, llevar a la decisión de incriminar o absolver a una persona en relación a una determinada conducta. En adición, la correcta definición del mismo nos ayudará a delimitar el ámbito de aplicación del ilícito, y de esta forma, también poder valorar correctamente la gravedad del hecho a la hora de la definición de la pena a aplicar.

Conceptos jurídicos ya clásicos como el del bien jurídico penalmente tutelado fueron recientemente incorporados por la jurisprudencia uruguaya en sus decisiones. Sin perjuicio de ello esta incorporación de conceptos tan importantes no se aplica a delitos que refieren al derecho penal nuclear, es decir, a los delitos que existen desde el comienzo mismo del Derecho penal, como son el hurto, el homicidio, la estafa. Por el contrario, se aplican a delitos creados por el legislador más recientemente, como lo son los delitos económicos: delito de defraudación tributaria, delito de lavado de dinero; o incluso delitos que protegen bienes jurídicos de diferente naturaleza como el delito de tráfico de estupefacientes, o el delito de responsabilidad penal del empleador.

El querer aplicar el concepto y garantía del bien jurídico penalmente protegido, y el principio de lesividad como su consecuencia, en delitos complejos lleva a la jurisprudencia a grandes confusiones y errores a la hora de su concreta definición.

[1] La "Función de guía de la interpretación" y "Función de criterio de medición de la pena", conjuntamente con la "Función sistemática", conforme Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, parte general. 9ª Edición. Pág. 164. Ed. B de F. 2012. Montevideo-Buenos Aires.

Este trabajo entiende necesario la aplicación de conceptos tan elementales al día de hoy, para un Derecho penal liberal y garantista, a delitos devenidos en clásicos como el hurto o los delitos contra la propiedad en general. Este análisis entiendo que llevará a una mejor comprensión del concepto del bien jurídico penalmente protegido y de los efectos del principio de lesividad, que ayudará luego a su correcta aplicación en delitos más complejos como aquellos que protegen el orden socio-económico como se dijo ut-supra.

II.- Teorías sobre el bien jurídico: Amen de que algunos autores han intentado fundamentar la pérdida de valor de rendimiento del concepto del bien jurídico en la teoría del delito, la posición mayoritaria sigue entendiendo su importancia trascendental[2] (como base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional). A continuación se destacan algunas de las tendencias dogmáticas más modernas del concepto:

El maestro MIR PUIG, partiendo de la sentencia de FRONDIZI: "los bienes...son las cosas más el valor que se les ha incorporado", entiende el concepto de bien jurídico como expresión de una relación dialéctica de realidad y valor. Lo fundamental para este autor es la *dimensión social* del concepto de bien jurídico, entendida como la medida en que constituye una necesidad social y condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales[3].

ZAFFARONI, siguiendo la posición tomada por SINA, entiende al bien jurídico como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. Explica este autor, que si bien lo común es identificar al bien jurídico con un objeto (patrimonio, libertad, etc.) su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos. "*Disponibilidad no significa otra cosa que posibilidad de disponer, pero en la vida social organizada por el moderno Estado Social de Derecho, la disposición debe entenderse como un uso que de ciertos objetos hacen los ciudadanos*

[2] Von Hirsch, Andrew. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". En obra colectiva La teoría del bien jurídico. Roland Hefendehl (ed). Pág. 37. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007. Nótese que no se critica la noción, así como su función de límite del *ius puniendi*, empero sí su capacidad de rendimiento a la luz de su falta de realización en la jurisprudencia.
[3] Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Pág. 163.

para autorealizarse"[4]. Finalmente agrega este autor argentino que todos los bienes jurídicos podrían, en definitiva, reducirse a la libertad, entendida como condicionamiento externo de la misma[5].

Por su parte GONZALO FERNÁNDEZ entiende al bien jurídico como un valor, debiéndolo insertar en el marco de la relación social. Además de la función dogmática del bien jurídico a la hora de decidir la tipicidad, o no, de una conducta, resalta este jurista como función principal del bien jurídico su importancia a la hora del juicio de reproche penal, teniendo para ello en cuenta la relación sujeto activo- bien jurídico lesionado[6].

Más recientemente, KAHLO llega a la conclusión que los bienes jurídicos no son valores, ni objetos, ni hechos, sino que son "*los vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales)*"[7].

III.- Bien jurídico protegido y fundamento del injusto en el delito de hurto: En función de las definiciones del concepto del bien jurídico dadas, debemos ahora establecerlo para el delito de hurto.

El fundamento del injusto personal penal en el delito de hurto, es decir, por qué es delito el hurto, podemos concluir que lo es porque -ya sea la propiedad como el patrimonio el bien jurídico penal protegido- se posibilita a través del mismo el libre desarrollo de la personalidad, y con él, el desarrollo de la dignidad humana como garantía constitucional[8].

Las dos propuestas que se realizan en la pregunta que lleva por título este trabajo son las dos posturas que la doctrina a través de la historia defendió.

---

[4] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Tomo III Pág. 240. Ediar. Buenos Aires. 1981.-
[5] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. 4ª edición. Pág. 391. Ediar. Buenos Aires. 1985.-
[6] Fernández, Gonzalo. Bien Jurídico y sistema de delito. Pág. 292 y ss. BdeF. Montevideo-Buenos Aires. 2004.-
[7] Kahlo, Michael. En obra colectiva a cargo de Roland Hefendehl (ed.). La teoría del bien jurídico. Pág. 56. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007.-
[8] Gallego Soler. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial . Pág. 100. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.-

IV.- Evolución del bien jurídico protegido en las figuras en análisis: Si entendemos que el bien jurídico protegido es el patrimonio, entonces, debemos primero definir qué es el patrimonio. Esta cuestión ha sido debatida a través de la historia y no resulta sencilla.

IV.1.- En un primer momento, quien delimitó el concepto de patrimonio fue BINDING[9] con una concepción jurídica o jurídico-técnica del mismo. Decía BINDING que el patrimonio consistía en la suma de derechos patrimoniales de una persona (additionsbegriff). Esta definición tiene importantes consecuencias, por cuanto se identifica bastante con el concepto de propiedad. No importa la cosa en sí sino el derecho sobre la cosa. Además, concluye esta posición que aquellas situaciones de hecho no reconocidas como derechos patrimoniales (subjetivos) no van a ser consideradas por el derecho como bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal. Así por ejemplo todos aquellos bienes con valor económico pero obtenidos de forma ilícita no serían bienes jurídicos protegibles. *El que roba a un ladrón* no tendrá responsabilidad penal.

Por otro lado, el perjuicio que la tal acción conlleva es también subjetivo[10].

Se evitan con esta concepción contradicciones normativas, por cuanto coincide el concepto civil de patrimonio con el penal.

IV.2.- Con posterioridad fue MERKEL quien introdujo un concepto jurídico-económico del concepto de patrimonio, definiéndolo como la afectación del patrimonio jurídicamente entendido pero agregándole la pérdida material, como concepto objetivo-personal del perjuicio.

IV.3.- Como oposición a la definición de BINDING, BRUNS adoptó una definición de patrimonio como concepto puramente económico, no dependiente de la

[9] Binding. Lehrbuch, BT,1, s 85 , p.339ss. Citado por Pastor Nuria, en La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Pág. 32. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004.-
[10] Gallego Soler. Perjuicio Patrimonial. Pág. 329.-

definición del Derecho civil, postura que fue acogida por la jurisprudencia alemana conforme RGSt. 44, 230 del 14/12/1910[11] .

IV.4.- Cabe agregar a las definiciones dadas el correctivo del aspecto personal del concepto de patrimonio, que fuera señalado por KINDHÄUSER, entre otros, retomando la concepción objetivo-individual del perjuicio que señalara MERKEL en su momento. Este aspecto resalta la condición del concepto de patrimonio como uno dinámico y que pone como eje del mismo a la persona.[12]

IV.5.- Finalmente, surgen posiciones intermedias[13]. Las mismas analizan las posturas diseñadas en la evolución histórica del concepto desde las nociones más modernas de la teoría del delito. Consideran al patrimonio como concepto normativo. De esta forma, se mantiene la autonomía del Derecho penal a la hora de determinar su objeto de protección (en función de las finalidades propias de esta rama del Derecho), pero evitando contradicciones valorativas en el ordenamiento jurídico, por cuanto la definición establecida en el Derecho civil (por ejemplo) sirve como límite valorativo, normativo, (valor –desvalor) de la protección del Derecho penal.

V- La propiedad como bien jurídico protegido (o el patrimonio en sentido amplio): En este supuesto se tutela la posición jurídica del individuo en relación a la cosa. El "poder de señorío sobre la cosa misma"[14].

Se protegen de esta forma la libertad de disposición del patrimonio; posiciones jurídicas formales.

Las consecuencias prácticas de determinar este concepto de propiedad como el bien jurídico protegido en la figura serían principalmente: **(i)** Que se protegen todos los ataques a este bien jurídico independientemente de los medios y formas de los mismos.

[11] Pastor Nuria. Op. Cit. Págs. 35-37.-
[12] Quintero Olivares, citado por Muñoz Clares, José. En El robo con violencia o intimidación. Pág. 168. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.-
[13] Así Kölbel, citado por Pastor Nuria. En Op. Cit. Pág. 63.-
[14] Choclán Montalvo. Estafa. Pág. 39.-

(ii) El objeto material del delito va a estar concretamente determinado en cada acción típica.

(iii) Y finalmente, la última consecuencia sería que pueden estar protegidos bienes sin valor económico.

Las críticas que se le pueden realizar a esta postura serían que si bien el concepto de propiedad como bien jurídico penalmente protegido nos sirve para delinear lo efectivamente protegido en el delito de hurto, no nos alcanza para definirlo en su plenitud. En este sentido se expresa de forma definitiva DE LA MATA BARRANCO cuando manifiesta que en los delitos patrimoniales es la relación de intereses entre una persona y un objeto, que en principio tiene algún valor, aunque sea escaso, la que da vida al bien jurídico. Es necesario, por ello, observar que los delitos de apropiación son delitos patrimoniales en cuanto afectan a una relación patrimonial concreta y en cuanto, por tanto, lesionan el patrimonio al lesionar la propiedad. De este modo, la distinción entre delitos contra el patrimonio se difumina y la diferenciación de las particulares modalidades típicas habrá de buscarse en la dinámica comisiva y en la concreta relación patrimonial afectada[15].

VI.- El patrimonio en sentido estricto como bien jurídico protegido: entendemos desde esta óptica al patrimonio como entidad económica. **(i)** De esta forma se protegerá el patrimonio sólo frente a la generación de perjuicios económicos, sólo se castigarán las conductas que generen un perjuicio "per saldo". **(ii)** Se protegerá el patrimonio únicamente de determinados ataques al mismo. **(iii)** No se tratará de la protección de un objeto concreto sino del patrimonio como un todo económico.

VII.- Doctrina española: En España, y según su derecho positivo, dos son las posturas en relación al bien jurídico protegido en las figuras penales en estudio. Así se ha distinguido por algunos autores según el tipo delictivo a incriminar: Para los delitos de apropiación se estableció como el bien jurídico protegido a la propiedad, y para los delitos de apropiación mediante engaño o fraude, se entendió como el bien jurídico protegido el patrimonio *strictu sensu*. Esta distinción fue realizada por DE LA MATA

[15] De La Mata Barranco. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. Pág. 296. Ed. PPU. Barcelona. 1994.-

BARRANCO, y compartida por varios autores, como por ejemplo ZUGALDÍA ESPINAR entre otros.

En la posición opuesta se encuentran autores como GARCÍA ARAN, HUERTA TOCILDO, CHOCLÁN MONTALVO, quienes entienden que en todas las figuras se debe proteger el patrimonio en sentido estricto, por cuanto la propia figura del hurto exige el ánimo de lucro del sujeto activo.

La crítica que evidencia esta postura ya fue en su momento señalada por el Tribunal Supremo, por cuanto el ánimo de lucro se debe entender como *cualquier tipo de provecho, ventaja, beneficio o utilidad, incluidos los meramente contemplativos*. Y me permito agregar, que en definitiva se confunde el ánimo de lucro (elemento subjetivo distinto del dolo dirían los causalistas) que debe guiar la voluntad del sujeto activo con el bien jurídico protegido en el tipo penal (tipo objetivo)[16].

VIII.- Doctrina uruguaya: BAYARDO BENGOA refiere a dos posiciones contrapuestas de la noción de propiedad. Por un lado la conceptuación económica de la propiedad, y por el otro, una concepción jurídica por la cual se inclina. Y dentro de esta concepción entiende que debe establecerse un concepto jurídico penal de la propiedad diferenciándolo de concepciones civilistas. De esta manera el citado publicista entiende protegible por el Derecho penal solamente aquellas relaciones jurídicas legítimas, descartando la protección penal de objetos hurtados, por ejemplo, en ello siguiendo la posición de MOURAT CORE[17].

En igual línea de interpretación se encuentra RETA, admitiendo empero una posibilidad intermedia en cuanto a la autonomía de definición del bien jurídico por el Derecho penal propiamente, entendiendo que debe estarse a la conceptuación civil estructurada en los institutos de este ordenamiento jurídico, pudiendo atribuirse un concepto diverso sólo "...cuando ello resulte de un texto penal que exteriorice la voluntad de modificarlos".[18]

---

[16] Para un análisis en profundidad de la temática: Gallego Soler, José-Ignacio. Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial. Pág. 35-45. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002.-

[17] En igual posición el Dr. Dardo Preza. Estudios de la parte especial del derecho penal uruguayo. Ingranusi Ltda. pág. 75. Montevideo, 2000.-

[18] Reta, Adela. Protección jurídico-penal de la familia. Facultad de Derecho. Pág. 62. Montevideo, 1956.-

Volviendo sobre la posición de BAYARDO a la hora de definir al bien jurídico protegido propiedad realiza una interpretación extensiva, amplia, generalizadora del concepto. De esta manera abarca todo vínculo que une al titular de un derecho con el bien que es objeto del mismo (propiedad, posesión, tenencia). Pudiendo de este modo llegar a protegerse bienes sin valor económico alguno y sí, por ejemplo, que revistan un valor afectivo.[19]

IX.- Concepto funcional-personal del patrimonio. Como solución, y a los efectos de un concepto unitario del patrimonio que esté protegido de forma común por todas las figuras delictivas relacionadas con la propiedad/patrimonio, y de esta forma dotar de coherencia normativa al ordenamiento jurídico, se elabora un concepto funcional personal de patrimonio.

De conformidad con la evolución referida ut-supra del concepto de patrimonio, podemos apreciar que se pasa de proteger a los elementos que componen el patrimonio (teorías tradicionales citadas), a proteger la relación existente entre la persona y el objeto. **Desde esta óptica moderna podemos definir al patrimonio por su aspecto funcional, como un instrumento para la consecución de determinados fines[20]. Y esta mirada que se fija en los fines de la persona se aprecia siempre que previamente nos coloquemos en el ámbito relacional, dinámico, del Derecho, que regula la vida en relación de las personas.**

De esta forma resuelve la cuestión el Prof. GALLEGO SOLER, cuando manifiesta que "*Las tesis personales aciertan al contemplar la dimensión funcional del patrimonio como fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad de su titular en el ámbito económico, de tal modo que la protección penal va más allá del aseguramiento de una mera suma abstracta de valor económico, para proteger la*

[19] Bayardo Bengoa, Fernando. Derecho Penal Uruguayo, tomo IX, Parte Especial vol. VI. Dirección General de Extensión Universitaria. Pág. 14 y ss. Montevideo, 1979. En igual sentido también Langón, Miguel. Código Penal comentado, tomo II vol. II. Universidad de Montevideo. Pág. 324. Montevideo, 2005.-

[20] Romero, Gladys. Delito de Estafa. Pág. 241.Hammurabi. Buenos Aires. 2007.-

potencialidad económica de su titular, la dimensión relacional que el objeto de protección jurídico-penal implica"[21].

Coincidente este punto de vista con la función comunicadora de las normas. Así también, esta concepción funcional personal del patrimonio concuerda con la teoría del bien jurídico, entendido este como la relación de disponibilidad entre el bien jurídico propiamente dicho y su titular, más que entendiendo el mismo como entelequia abstracta, como se estudio en el capítulo correspondiente al bien jurídico. Así también coincide esta definición con el encuadre social del concepto que brinda el Maestro MIR PUIG referenciado ut-supra, como aquella relación entre el individuo y su posibilidad de participación en los sistemas sociales. Todo lo cual dota de coherencia sistemática a la solución que este trabajo defiende.

Podemos entonces, tener hoy una nueva mirada, una vuelta -que ofrece este punto de vista funcional, y más aún personal- al concepto de bien jurídico como derecho subjetivo, salvando de este modo las críticas que entendían al bien jurídico como "abandonador" del sujeto[22], y de aquellos autores que reniegan de su importancia.

Este punto de vista es además el que fundamenta la categoría del bien jurídico como bien jurídico penal. Pues solo en la medida en que se afecte el mismo de forma grave, en su dimensión de desarrollo de la personalidad humana, estará legitimado el Estado a aplicar la violencia punitiva que significa la pena.

Finalmente, y en relación a las consecuencias prácticas, permite esta concepción del bien jurídico resolver de forma satisfactoria los casos problemáticos que se plantearon tanto por doctrina como por la jurisprudencia. Por ejemplo los casos de hurtos en los que el patrimonio tiene un origen ilícito, o contra la moral y el orden público, las estafas sobre negocios jurídicos prohibidos, o el caso de las "cajas b" o "dinero negro"[23].

---

[21] Gallego Soler, José-Ignacio. En ob. Cit. Pág. 30.

[22] Crítica realizada por Albin Eser en "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima". Revista de Derecho Penal Nº 4. Ed. Carlos Alvarez. Montevideo, 1998.

[23] Los casos de dinero proveniente de cajas "b" o "negro" no es dinero obtenido por una actividad ilícita, sino que proviene de una actividad lícita aunque respecto del cual no se paguen impuestos. En estos casos se podría argumentar a favor de su protección, pero la reciente presión internacional para la inclusión del delito de defraudación tributaria como antecedente del delito de lavado de capitales parecería inclinar la

En los primeros, es decir, los delitos contra el patrimonio con origen ilícito, el tenedor despojado no cuenta con la protección del Derecho por cuanto su potencialidad económica y dimensión social relacional no es amparable por el Derecho (ni siquiera por el Derecho civil conforme la teoría general de las obligaciones que nacen de los delitos, cuasi delitos o de contratos con objeto prohibido consideradas obligaciones naturales).[24] Con relación a los delitos contra el patrimonio proveniente de las llamadas "cajas b" o dinero "negro", en estos casos el dinero proviene de una actividad lícita solo que respecto de la misma no se pagaron impuestos. En este caso, en que incluso existe una confusión de bienes-dineros de naturaleza fungible lo cual en la práctica los hace indiferenciables, la potencialidad económica de este bien obtenido lícitamente hace que su titular lo pueda disponer libremente en su dimensión social-económica, pudiendo optar por cumplir con sus obligaciones tributarias o no (y asumir evidentemente sus consecuencias pudiendo en todo caso pagar sus obligaciones tributarias con los intereses, mora y multas establecidas por la propia Administración). Pero esta libertad sí es protegible por el Derecho. Todo lo cual, y con mayor profundidad, ya fue resuelto por el Prof. GALLEGO SOLER en su obra *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*.[25]

X.- Conclusiones: De conformidad con el contenido de este libelo, se puede concluir que el concepto funcional personal expuesto cumple con los requisitos de ser una definición clara del concepto de patrimonio como bien jurídico protegido en el hurto (así como en las demás figuras típicas contra el patrimonio), sirviendo de límite y orientador dogmático para la interpretación de los distintos tipos penales. Lo cual aporta seguridad jurídica en la resolución justa de los casos.

Es un concepto unitario, que engloba a todos los delitos contra el patrimonio.

Se integra coherentemente en un sistema del delito signado por una moderna concepción del bien jurídico, así como con la función comunicadora de las normas.

---

balanza hacia su no protección a los efectos de mantener una coherencia político criminal y dogmática. Tendencia mundial que en lo personal entiendo equivocada.

[24] Distinta es la interesante discusión respecto de si el segundo sujeto activo tiene o no responsabilidad penal.

[25] Gallego Soler, José-Ignacio. Ob. Cit. Pág. 263 y ss.

Y finalmente, cumple esta definición con la garantía constitucional de su necesidad de protección, fundamento del injusto penal. Exigencia necesaria, resaltada por los autores que mejor han definido la cuestión. Así lo expresa de forma general HASSEMER manifestando que "*La necesidad de un bien jurídico penal como fundamento legitimador de una conminación penal no se puede poner seriamente en duda*"[26]. Y de forma más específica para los delitos patrimoniales GALLEGO SOLER, como adelantamos, encuentra su fundamento constitucional en el desarrollo de la dignidad humana.

[26] Hassemer, Winfred. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?. En obra colectiva La teoría del bien jurídico. Roland Hefendehl (ed). Pág. 104. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007.-

BIBLIOGRAFÍA

Bayardo Bengoa, Fernando. Derecho Penal Uruguayo, tomo IX, Parte Especial vol. VI. Dirección General de Extensión Universitaria. Montevideo, 1979.

Binding, Carl. Lehrbuch des strafrechts, besonderer teil. 2ª Edición. 1902.-

De La Mata Barranco. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. PPU. Barcelona. 1994.-

Eser, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Universidad Externado de Colombia. 2008.-

Fernández, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. BdeF. Montevideo-Buenos Aires. 2004.-

Frisch, Wolfgans. Obra conjunta con Ricardo Robles. Desvalorar e imputar. 2ª Edición. BdeF. Montevideo-Buenos Aires. 2012.-

Gallego Soler, José-Ignacio. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.-

Hefendehl, Roland (ed). La teoría del bien jurídico. Obra colectiva. Marcial Pons. Barcelona. 2007.-

Langón, Miguel. Código Penal comentado, tomo II vol. II. Universidad de Montevideo. Montevideo, 2005.-

Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general. 9ª Edición. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2012.-

Muñoz Clares, José. El robo con violencia o intimidación. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.-

Pastor Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004.-

Pereira Garmendia, Mario. Estafa. Un enfoque garantista. AMF. Montevideo. 2007.-

Preza Restuccia, Dardo. Estudios dela Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo. Ingranusi Ltda. Montevideo, 2000.-

Queralt Jiménez, Joan J. Derecho Penal Español, parte especial. 6ª edición. Atelier. Barcelona. 2010.-

Reta, Adela. Protección jurídico-penal de la familia. Facultad de Derecho. Montevideo, 1956.

Romero, Gladys. Delito de Estafa. Hammurabi. Buenos Aires. 2007.-

Roxin, Claus. Derecho Penal, parte general. Civitas. Madrid. 1993.-

Silva Sanchez, Jesús-Maria (dir). Obra colectiva Lecciones de derecho penal, parte especial. Atelier. Barcelona. 2006.-

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho Penal. Ediar. Buenos Aires. 2005.-

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Ediar. Buenos Aires. 1981.-