

El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag

La absolutización de la propiedad privada es contraria a una *Res publica* de ciudadanos. Difícilmente se podrá discrepar del contenido de esta frase, que cabe hallar tanto en las formulaciones clásicas de la Escolástica española, como en las doctrinas contemporáneas relativas a los deberes de solidaridad. Entre unas y otras posiciones, algo similar escribió Karl MARX. En el caso del joven MARX, el contexto de la frase fue la promulgación en la Dieta de Renania de una ley que calificaba como delito la práctica consuetudinaria de sustracción de la leña caída de los árboles. Con ello se pretendía modificar el estatus jurídico establecido en la *Constitutio Criminalis Carolina*, en cuya virtud sólo constituían hurto de leña la tala furtiva de ramas de los árboles y la sustracción de la madera previamente cortada por el propietario. En las páginas de la “Gaceta Renana” de 1842, MARX se opone a ello de modo vehemente, acogiendo – por cierto – una visión claramente hegeliana del Derecho penal.

Dos siglos después, no se trata de la Dieta de Renania, sino del *Bundestag*. Y no se discute sobre el hurto de la leña caída, sino sobre el hurto de yogures – es un decir – caducados. Con el neologismo *Containern* se designa en alemán la conducta consistente en apoderarse de los productos alimenticios caducados o deteriorados que desechan los supermercados. Estos suelen depositarse en contenedores, muchas veces ubicados en los estacionamientos de esos centros comerciales, a la espera de que las empresas de gestión de residuos los retiren. Pues bien, en el actual período de sesiones del *Bundestag*,¹ el grupo parlamentario “*Die Linke*” (La Izquierda) presentó una moción con el fin de que la referida cámara baja instara al gobierno federal a preparar un proyecto de ley de despenalización del *Containern*. La sesión pública de debate sobre esta cuestión, en el seno de la Comisión de Derecho y protección de los consumidores, se celebró el pasado 10 de diciembre de 2020. En ella tuvo lugar la audiencia de expertos, entre los cuales se contó con varios catedráticos de Derecho penal.² Estos, mayoritariamente, se opusieron a cualquier reforma despenalizadora. Con todo, el pasado

¹ Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/9345 (11 de abril de 2019).

² Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz Protokoll-Nr. 19/120. Los invitados fueron Thomas Fischer, Michael Kubiciel, Anja Schiemann y Annika Dießner.

27 de enero el Grupo Parlamentario “*Bündnis 90/Die Grünen*” (Los Verdes) presentó otra moción que se sumaba a la de “*Die Linke*”. En ella, Los Verdes constataban “la contradicción moral y jurídica existente entre la lucha contra el desperdicio de alimentos, por un lado, y la criminalización del *Containern*, por el otro”. Con base en esto, solicitaban de nuevo que el *Bundestag* inste al gobierno federal alemán a que presente un proyecto de ley de despenalización.³ Ciertamente, esta ley no se debería encaminar a declarar lícita la conducta, sino sólo “exenta de pena” (*straffrei*) o en todo caso, a que se prescinda de la pena (*Absehen von Strafe*) en los casos en que deba ser juzgada. Entretanto, tendrían que unificarse los criterios de las fiscalías para que en los casos de hurto de productos de los contenedores de basura se proceda al sobreseimiento por insignificancia o por falta de interés público en la persecución.

¿Cómo se llegó a esto? En realidad, el fenómeno es universal. Mendigos, necesitados, personas que practican modos alternativos de vida o, en fin, activistas contra el desperdicio de alimentos suelen realizar conductas de *Containern*. Es decir, se apoderan de productos alimenticios que desechan los supermercados por haber superado el plazo de caducidad o tener alguna clase de deterioro formal o material. Este fenómeno, que se da en mayor o menor medida en todos los países, coincide con la conciencia generalizada de que no es posible proseguir con el ritmo de despilfarro de comida en el mundo desarrollado. Ese derroche desmedido contrasta de modo obscuro con el hambre que sufren personas de sectores sociales desfavorecidos de ese mismo primer mundo, así como obviamente en las naciones en vías de desarrollo.

El caso es que el 4 de junio 2018 dos estudiantes universitarias de Olching (muy cerca de Múnich) se apoderaron de productos caducados o deteriorados por importe de unos cien euros. Estos se hallaban en un contenedor de basura del estacionamiento de un supermercado de la conocida – en Alemania – cadena Edeka-Markt. El Juzgado penal de Fürstfeldbruck, en su sentencia de 30 de enero de 2019,⁴ les impuso una “amonestación con reserva de pena” (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*). Esto significa que: (i) las declaró culpables de un hurto; (ii) determinó la pena imponible en una multa de quince cuotas de 15 euros; (iii) suspendió la imposición efectiva de la condena durante dos años; y (iv) estableció el cumplimiento de ocho horas de trabajo social como condición de la suspensión (§ 59 StGB). Ello es posible en el Derecho penal alemán cuando hay razones para pensar que no se delinquirá en el futuro, la valoración del hecho y de la persona del delincuente hace prescindible la imposición de la condena y, en fin, esta tampoco es necesaria para el mantenimiento del ordenamiento jurídico. En su sentencia de 2 de octubre de 2019, el Tribunal Superior de Baviera desestimó la apelación interpuesta por las “condenadas” contra aquella resolución.⁵ La doctrina, por su parte, no valoró negativamente las sentencias dictadas, sino todo lo contrario.⁶ El itinerario jurídico del caso finalizó cuando el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 5 de agosto de 2020, desestimó el recurso de amparo interpuesto por las dos estudiantes.⁷ A su juicio, la condena no vulneró el principio de legalidad. Por un lado, la interpretación accesoria-formal del delito de hurto, orientada a los conceptos jurídico-civiles del derecho de propiedad, resulta legítima desde el punto de vista constitucional. Por otro lado, ni

³ Deutscher Bundestag. 19. Wahlperiode. Drucksache 19/26236 (27 de enero de 2021).

⁴ Entsch. v. 30.01.2019, Az. 3 Cs 42 Js 26676/18.

⁵ BayObLG, Beschl. v. 02.10.2019, Az. 206 StRR 1013/19 y 206 StRR 1015/19.

⁶ Puede hallarse un resumen en SCHIEMANN, «Containern – Strafbar aber nicht strafwürdig?», *KriPoZ*, (4), 2019, pp. 231 ss.; RENNICKE, «Zur strafrechtlichen Behandlung des Containerns de lege lata und de lege ferenda», *ZIS*, (7-8), 2020, pp. 343 ss.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 - 2 BvR 1985/19.

el principio de proporcionalidad ni el de *ultima ratio* se oponen a la condena de las acusadas en el caso. La legislación ya dispone de medios para atender a la menor culpabilidad – injusto y culpabilidad de bagatela – que se da en supuestos como el enjuiciado y los tribunales se han servido de ellos. En definitiva, la cuestión pertenece al ámbito de la política criminal del legislador ordinario, en la que este goza de un amplio espacio de libertad.

La doctrina jurídico-penal alemana es prácticamente unánime en estimar que los alimentos caducados que se hallan en los contenedores de basura de los supermercados son “cosa ajena” para el que se apodera de ellos. Es decir, no se pueden considerar cosa de nadie (*res nullius*), ni tampoco cosa abandonada por su dueño (*res derelicta*). Por lo demás, el valor de mercado que puedan tener es irrelevante, porque el delito de hurto no protege el patrimonio, sino la propiedad. El dueño, en fin, puede hacer con su cosa lo que quiera. Así pues, no es incompatible tenerla como basura para que la retire una empresa gestora de residuos y oponerse a que cualquier otro sujeto se apodere de ella, aunque sea para alimentarse o entregarla a entidades caritativas. La doctrina es asimismo unánime en afirmar que se hace necesario establecer un procedimiento para que esos alimentos – caducados o con deterioros formales – de los supermercados puedan e incluso deban ser canalizados para su aprovechamiento por parte de quienes los necesitan. Ello requiere reformas civiles y administrativo-tributarias, para evitar posibles demandas por daños derivados de los productos, así como para establecer exenciones fiscales en tales transmisiones.

El problema es que, sentado lo anterior, la doctrina se acaba instalando en una contradicción valorativa. Por un lado, “simpatiza” con la conducta de las acusadas, en la medida en que admite que esta contribuye a sensibilizar a la población sobre un problema que aqueja a las sociedades consumistas de occidente. Por otro lado, sin embargo, sigue manteniendo que su conducta constituye un hecho penalmente antijurídico, culpable y punible. Se trata de una conducta, en suma, socialmente loable... pero jurídicamente punible. Esto desplaza la solución a la “puerta de atrás” de la reforma del sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad. Es decir, a la insignificancia y a la falta de interés público en la persecución. Sostiene que se trata de ampliar los supuestos de estas instituciones procesales para que todos los casos de *Containern* quepan en ellos, así como de unificar los criterios del Ministerio Público para su aplicación. Pues bien, ahora no pretendo discutir las “soluciones procesales” de los problemas penales, que son un lugar común de nuestro tiempo y que ciertamente resultan tan eficientes como injustas. La cuestión es: ¿una persona que se apodera de alimentos caducados ajenos, aunque realice el tipo de hurto, obra de forma penalmente antijurídica y punible? ¿Cabe realizar a propósito de su conducta un “juicio ético-social de desvalor” penal, por usar la terminología del Tribunal Constitucional alemán? ¿Vulnera “valores elementales de la vida comunitaria”, de nuevo con la terminología de ese alto tribunal?

Los activos tribunales penales alemanes del primer tercio del siglo XX resolvieron problemas más graves que estos mediante la dogmática jurídico-penal. Recurrieron no sólo a la denominada inexigibilidad, sino también a la construcción de causas de justificación como el estado de necesidad supralegal justificante. De este modo fundamentaron la exención de pena incluso de conductas que, como el aborto o las lesiones, vulneran un bien jurídico intrínseco. Pues bien, aquí no se trata de una lesión personal. Por el contrario, se trata de la afectación del derecho de propiedad de basura mediante una conducta que devuelve a un producto desechado su calidad de alimento. Es decir, una conducta que “repersonaliza” una cosa abocada a la destrucción,

devolviéndole su conexión con lo humano. Si el sistema de la teoría del delito no dispusiera de un instrumento para excluir el injusto punible de este hecho, se mostraría como una bella construcción formal, pero incapaz de hacer justicia real.

Hay que discutir, de entrada, la posibilidad de que la conducta pueda considerarse “socialmente adecuada”. Igualmente procede debatir su posible justificación. Por ejemplo, con base en un estado de necesidad que no tiene por qué limitarse al hurto famélico, o por el ejercicio de alguna forma de derecho de protesta. Sin embargo, la solución del caso seguramente no se halla ni en la atipicidad ni en las causas de justificación. Si la conducta de *Containern* fuera conforme a Derecho, habría que concluir que ni el propietario ni los agentes públicos pueden reaccionar lícitamente contra ella, ni siquiera de forma proporcionada. En efecto, no cabe actuar lícitamente contra una conducta lícita. Ciertamente, hay quien sostiene lo contrario. Sin embargo, eso es defender la posibilidad de una guerra (lícita) de todos contra todos, de la que el Derecho se inhibe. Justo lo contrario de la misión del Derecho, que es contribuir a la paz a través de la justicia.

Ahora bien, aun rechazada la posibilidad de la concurrencia de una causa de justificación, hay margen para afrontar el caso. Disponemos de la infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal – o del injusto punible –. En ella deben incluirse los supuestos en que una clase de conductas, aunque típicas y antijurídicas, carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena.⁸ Esta me parece una opción plausible. Por otro lado, en fin, hay que debatir si, pese a descartarse todo lo anterior, la imposición de penas al sujeto es distributivamente justa y necesaria, o no. Esta es la otra opción, la de la punibilidad *stricto sensu*. Las dos constituyen vías con fundamento teleológico, es decir, específicamente orientadas a lo propio de la pena como expresión de un gravísimo juicio de reproche sobre la conducta del agente y sobre el agente mismo. Pero es que es esto lo que, en última instancia, debe afrontar la teoría del delito. Ahí es donde se juega su destino, más allá de toda accesoriedad con respecto al Derecho privado o al Derecho público.

Jesús-María Silva Sánchez

⁸ ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 194-195.