

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA EN LA JURISPRUDENCIA.

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

Alumno : Germán Cueto Etcheberry.

Dirigida por el profesor Miguel Soto Piñeiro.

Santiago 2004.

Introducción. . .	1
Capítulo Primero. Nociones Generales acerca del delito de apropiación indebida. .	5
1.-Concepto. . .	5
2.- Elementos . . .	54
4.- Historia de esta figura . . .	70
Capítulo Segundo. Bien Jurídico comprometido en el delito de apropiación indebida .	85
5.- El Bien Jurídico. . .	85
6.- Patrimonio o propiedad . . .	132
6.1.- La propiedad . . .	134
6.2.-El patrimonio . . .	153
6.3.-El derecho de crédito como bien jurídico protegido en los casos en que media la entrega de sumas de dinero. . .	178
6.4.-La exclusiva protección de la propiedad como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida . La postura de Bacigalupo, Jiménez Villarejo y Silva Castaño entre otros autores. . .	183
6.5.-La situación del bien jurídico en Chile. . .	192
7.- El objeto material y el bien jurídico . . .	194
Capítulo Tercero. Tenencia y Posesión. . .	211
8.- Tenencia y posesión . . .	211
9.- Significación penal de la tenencia . . .	228
Capítulo Cuarto. Títulos Idóneos o válidos para configurar la apropiación indebida. .	233
10.- Depósito . . .	233
11.-Mandato y Comisión. . .	243
12.-La administración . . .	264
13.- Prenda . . .	269
14.- El arrendamiento . . .	275
15.- Leasing . . .	280
16.- Comodato . . .	283

17.- La sociedad .	286
18.- Usufructuo .	292
19.- El Mutuo .	295
20.- Compraventa .	298
21.- Los títulos que generan la obligación de entregar o restituir (relación entre el autor y el objeto material) .	301
22.- Importancia de la obligación de entregar o restituir. . .	316
Capítulo Quinto. La conducta, el sujeto activo y el sujeto pasivo en este delito. .	319
23.- La Conducta: Acción y omisión, importancia para el sistema .	319
24.-El dolo, el animus rem sibi habendi, el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación. ..	374
25.- El rol y función del perjuicio. .	379
26.- El sujeto activo. .	387
27.- El sujeto pasivo. . .	387
Capítulo Sexto. Conclusiones. .	389
Bibliografía .	393

Introducción.

Tratar de explicar en pocas palabras los que tantos y durante muchos años han dicho o escrito sobre el delito en comento se me hace muy difícil. Toda la temática acerca de este ilícito envuelve años de estudios y abraza páginas y páginas de distintas disciplinas de la ciencia del derecho. Ni la Biblia se escapa de este polémico delito, tan así es que en el Evangelio de San Lucas, capítulo 16, versículos 1 y siguientes, se relata se el episodio de un hombre rico que tenía un administrador al cual acusaron de malgastar sus bienes.

El sólo ámbito de esta figura abre espacios tanto en las ramas del derecho constitucional, civil o comercial atravesando encendidas discusiones que van en contra, incluso, de toda la tradición jurisprudencial de éste y muchos otros países con el sólo propósito de mantener una armonía con el principio de la “no prisión por deudas”.

Además de lo anterior, es dable discutir sobre la concurrencia del perjuicio como elemento del tipo para la configuración del delito, es decir, no es una figura pacífica en aspecto alguno.

Pero, sin lugar a dudas es el estudio acabado del bien jurídico comprometido en este delito el quid del asunto, sobre todo hoy en día cuando se cuestiona la validez o, más bien, la importancia del bien jurídico en la construcción del sistema penal en aras de la normativización.

El estudio del bien jurídico protegido nos lleva a entender con mayor precisión la verdadera naturaleza del delito de apropiación indebida. De la misma forma, y en consecuencia, el recto entendimiento de la apropiación indebida nos podría permitir dar un correcto sentido –o asumir su modificación- del controvertible epígrafe “delitos contra la propiedad” (lo que necesariamente conduce a analizar la sistemática de todos los párrafos del título noveno del libro segundo donde se encuentra inserto).

Otro aspecto importante que podemos dilucidar con el correcto entendimiento del bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es la determinación del contenido formal y material de los términos “apropiar” y “distraer”¹.

Mas, sin lugar a dudas, donde surge la verdadera divergencias de opiniones en cuanto al bien jurídico protegido es el relación al objeto material del delito. En el caso que el objeto material sea un bien no fungible, no existe diversidad de opiniones ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ya que se estima de forma uniforme que el bien jurídico es y será la propiedad. Sin embargo, la divergencia sobre el objeto jurídico del delito surge cuando el objeto material pasa a ser un bien fungible, mas específicamente, el dinero.

Un ejemplo de la amplitud de posturas que se derivan de las muchas opiniones sobre el verdadero bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida lo podemos encontrar, a modo de ejemplo, en los siguientes fallos.

El primero es de la Excma. Corte en el proceso sobre el desafuero de Senador Pedro Opazo

¹ La jurisprudencia mayoritaria de este país se inclina a hacer sinónimos los verbos rectores apropiar y distraer, y se hace necesario determinar con precisión cual es el límite entre el incumplimiento de obligaciones civiles (extra-penales) que justifica la tenencia de la cosa y el incumplimiento de la misma naturaleza que no justifica la tenencia y causa un perjuicio a un tercero. Los tribunales de justicia acostumbran a subsumir el verbo rector distraer en el concepto de apropiación permitiendo, de esta forma, que el mero mal uso o uso indebido no constitutivos de apropiación sean materia de una resolución tan importante como un sometimiento a proceso. Véase a Miguel Soto P., “El delito de apropiación indebida”, Editorial Conosur, 1994, p.p.5 y 13.

C., de 26 de octubre de 1950, en el cual el máximo tribunal estableció que “se apropia de una cosa, el sujeto que la incorpora a su patrimonio, privando de ella al dueño, sin ánimo de restituirla. Se la distrae, cuando se le da un destino incompatible con el título en virtud del cual se tiene su posesión material. Aún cuando ambos conceptos son distintos, sin embargo, es de notar que el rasgo dominante de este delito lo constituye la apropiación. En efecto, el bien jurídico que la ley protege, es el dominio, de modo que la distracción, para que adquiera relevancia jurídica, debe ir acompañada de actos que, en definitiva, puedan importar apropiación. Ocurre, a veces, que la apropiación se manifiesta de una manera inequívoca, como, por ejemplo, cuando se distrae la cosa, vendiéndola o permutándola, pero no siempre sucede lo mismo. Así, en el caso del uso o aprovechamiento es indispensable considerar el propósito; porque no toda forma de aprovechamiento apareja necesariamente apropiación, y quien se sirve transitoriamente de la cosa, a lo más podría responder de los daños o los perjuicios, pero sin que de ello emanen consecuencias penales.

Establecido en el proceso que el gerente de una sociedad, antes de disponer o usar los valores a su cargo, aseguró su devolución, substituyéndolos por otros de análoga entidad, es evidente concluir que no tuvo el ánimo de apropiárselo, aún mas si esta substitución fue estimada, todavía ampliamente satisfactoria por la sociedad.

En estos casos es necesario, además, relacionar la apropiación con la naturaleza misma de la cosa que es materia de la devolución, porque no siempre la simple disposición de una cosa configura el delito. Es evidente que, cuando la cosa que se entrega debe ser restituida en especie, si en vez de restituirse la cosa misma, se da en su reemplazo, un valor equivalente, esta circunstancia no desvanece el delito. La devolución, en esta hipótesis, sólo podría significar una reparación del daño susceptible de ser considerada como una atenuante de la responsabilidad criminal; pero no ocurre lo mismo, cuando se trata de cosas fungibles que se consumen con el uso conveniente a su propia naturaleza.

De esto se deduce que, dentro de los principios generales que gobiernan el derecho civil, el obligado a restituir una suma de dinero, cumple su obligación, devolviendo otro tanto”.

Sin embargo, en otro fallo, la Excelentísima Corte, el 29 de octubre de 1980, en el proceso seguido contra David Morgan Nuñez, estableció una interpretación absolutamente contraria a la anterior. En dicho proceso se determinó que una fracción de un determinado número del sorteo de la Polla Chilena verificado el día 15 de agosto de 1971, fue comprado por el querellado por encargo o comisión de la querellante en la forma en que lo venían haciendo habitualmente; y que esta última, igualmente, le encargó el cobro del premio en razón de su “vigésimo” le correspondía, procediendo el inculpado a dar excusas dilatorias primeramente para no entregar su valor; y más tarde recurriendo a actos encaminados a eludir en forma definitiva el cumplimiento de su obligación, incurriendo en el delito de apropiación indebida al apoderarse de la suma de dinero que recibió bajo la obligación de restituir o devolver”.

En el mismo sentido, la Ilustrísima Corte de San Miguel, el 21 de octubre de 1986,² en un fallo redactado por el destacado profesor Fernando Fueyo condenó a una persona a raíz de un incumplimiento de promesa de compraventa de un inmueble. El promitente comprador hizo un adelanto del total del precio del contrato de compraventa en calidad de depósito, según esta Corte, mientras pendía el cumplimiento de la promesa de compraventa y se celebraba el contrato definitivo. El “abono de precio” que recibió el promitente vendedor de 80 mil pesos fue considerado por la Corte como un depósito temporal, ya que el “abono de precio”, expresión vulgarmente utilizada para describir esta situación, no puede existir según los sentenciadores “en

² REVISTA CHILENA DE DERECHO, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 14, año 1987, página 410 y siguientes.

atención a que no hay precio sino hasta el momento de la respectiva compraventa y siempre que ésta llegue a celebrarse. De esta forma se cumple así con uno de los títulos de confianza que señala imperativamente el artículo 470 en su número 1 para efectos de tipificar este delito, y en su esencia produce la obligación de entregar o devolver que exige la misma disposición."

Así, el propósito del presente trabajo es revisar el estado actual del debate sobre el delito de apropiación indebida y, sobre todo, el bien jurídico protegido por éste.

Capítulo Primero. Nociones Generales acerca del delito de apropiación indebida.

1.-Concepto.

Este delito, que fue llamado apropiación indebida por primera vez en el código de Zanardelli hacia 1.889³, es sin lugar a dudas, un terreno poco pacífico. Seguramente habrá ríos de tinta antes de poder llegar a un consenso sobre este tema. De su correcto entendimiento se podría llegar a reordenar adecuadamente lo que nosotros conocemos por delitos contra la propiedad.

³ Conde-Pumpido, ob.cit., p.17. El hecho que en dicho código el delito haya adquirido un nombre propio -apropiación indebida- no significa que ello conllevara, además, una tipicidad autónoma, ya que esto último no sucedió en Italia, como se verá, sino que ocurrió Francia, muchos años antes, bajo otro nombre vigente a la fecha en dicho país, a saber, abuso de confianza. En España la confusión reinante entre los tipos de defraudación y las estafas, y la influencia del código napoleónico en dicho país en relación a dos aspectos; primero, llamar a la apropiación indebida abuso de confianza y, segundo, entenderla como una forma de defraudación, hizo que a la apropiación indebida se le llamara “estafa” y se la regulara dentro del título correspondiente a este delito.

Tal diversidad de opiniones surge de la circunstancia que existen 3 teorías que explican la naturaleza jurídica de este delito.

La doctrina y la jurisprudencia nacional, en general, han analizado este delito sin echar un vistazo al panorama general del estudio del bien jurídico protegido como elemento rector⁴, razón por la cual no se alcanza a vislumbrar correctamente el debate y la verdadera naturaleza de este delito. Creo que partiendo de un estudio de este delito desde un punto de vista más general, tomando en cuenta el ya mencionado objeto jurídico del delito⁵ y las teorías que lo explican, se podrá entender de una mejor forma el verdadero estado de la cosas.

La primera teoría entiende que la apropiación indebida es por naturaleza un delito contra la propiedad.

La segunda teoría lo entiende como un delito contra el patrimonio.

Finalmente, la tercera teoría lo entiende como un delito de doble naturaleza. Esta última teoría requiere una explicación más extensa.

Esta teoría entiende que en el art. 470 N°1 de nuestro Código penal se contienen dos delitos distintos, de naturaleza absolutamente distinta. Estos son los delitos de apropiación indebida (cuando se vincula en el tipo el verbo apropiar con el concepto de cosa mueble, este último objeto material del delito) y de administración desleal del patrimonio ajeno (cuando se vincula en el tipo el verbo distraer con el concepto dinero, este último objeto material del delito). Para esta teoría la apropiación indebida afecta, única y exclusivamente, la propiedad y, por su parte, la administración desleal afecta el patrimonio.

En este sentido esta teoría, al entender que la apropiación indebida afecta la propiedad, se asimila a la primera de las 3 teorías mencionadas.

Por esta razón cualquier definición que se trate dar de este delito puede ser tachada de inapropiada, por una u otra razón. Sin embargo, sin que el proporcionar una en este trabajo sea una toma de postura definitiva, lo haré, eso sí, a estas alturas, como una forma de poder comenzar el desarrollo de mi trabajo.

La apropiación indebida es, por esencia, un delito de apropiación y, en consecuencia, afecta sólo a la propiedad. Consiste, lisa y llanamente, en apropiarse de una cosa mueble ajena que se detenta por un título (fiduciario) que genera la obligación de entregar o devolver.

Este delito se encuentra tipificado en el N°1 del artículo 470 del Código Penal como “El que en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.”⁶

⁴ Dentro de la literatura nacional sólo se puede encontrar en el trabajo de Miguel Soto Piñeiro, “La Apropiación Indebida” (Acción, autor y resultado típico), Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago 1994, p.5 y ss., p.29 y ss., un estudio sistemático de este tema (analizando las diferentes teorías). En la literatura española son emblemáticos los trabajos que más adelante veremos de Araceli Majón-Cabeza, Norberto de la Mata y, actualmente, M^a Luisa Silva Castaño, los cuales contienen un estudio sistemático sobre este delito.

Su marco regulador se halla en el libro II, título IX relativo a los crímenes o simples

⁶ Este delito se encuentra tipificado en otros países de la siguiente forma: a) C. P. Español de 1995 trata este delito dentro del título XIII llamado delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, capítulo VI relativo a las defraudaciones, sección 2ª de la apropiación indebida, artículos 252 a 254. El art. 252 sanciona a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negare haberlos recibido, cuando la cuantía.....". El Código Penal anterior lo regulaba dentro del título XIII llamado de los delitos contra la propiedad, siempre dentro de las defraudaciones, en una sección aparte, art. 535, cuya redacción era idéntica a la actual salvo que ahora, después de la frase "cualquier otra cosa mueble" se agregó la frase "o activo patrimonial". b) El C. P. para el Distrito Federal de México, 57ª edición, trata este delito en el título relativo a los delitos en contra de las personas en su patrimonio, capítulo II titulado abuso de confianza, art. 382 el cual sanciona al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio. El art. 383 tipifica el disponer o sustraer la cosa depositada, pignorada; el art. 384 establece una regla sobre lo que se reputa es abuso de confianza y, finalmente, el art. 385 habla sobre la disposición indebida o la negativa injustificada de la devolución de vehículos en depósito judicial. c) El C. P. Colombiano de 2000 trata el delito dentro del título relativo a los delitos contra el patrimonio económico, capítulo 5º del abuso de confianza, art. 249 que sanciona: al que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se la haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio. Luego el inciso 3º sanciona el uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero. d) El C. P. de Portugal trata este delito dentro de los crímenes contra el patrimonio, específicamente entre los delitos contra la propiedad, art. 205º relativo al abuso de confianza, sancionando al que ilegítimamente se apropie de una cosa mueble que tenga y le haya sido entregada por un título no traslativo de dominio. e) El C. P. Brasileño de 1940, modificado el año 1998 lo contempla dentro de los delitos contra el patrimonio, capítulo V relativo a la apropiación indebida art.168. f) El C. P. Paraguay lo trata en el título relativo a los hechos punibles contra los bienes de la persona, específicamente dentro del capítulo I relativo a los hechos punibles contra la propiedad, art. 160 N°2 y lo describe como la apropiación de una cosa muebles ajena que ha sido dada en confianza o por cualquier título que importe obligación de devolver o de hacer uso determinado de ella. g) El C. P. Uruguayo lo trata en el título relativo a los delitos contra la propiedad, capítulo IV, específicamente dentro de los delitos contra la propiedad mueble, de la que se está en posesión, art. 351 el cual sanciona al que se apropie de dinero u otra cosa mueble que le hubiera sido confiada o entregada por cualquier título que importare la obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella, convirtiéndola en su provecho o en el de un tercero. h) El C. P. Venezolano de 2000 trata este delito en el capítulo referido a los delitos contra la patrimonio. Es así como el art.468 sanciona la apropiación, en beneficio propio o de otro, de cosa ajena confiada o entregada por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado. i) El C. P. Argentino de 1998 contempla esta figura en el título relativo a los delitos contra la propiedad, específicamente dentro de las estafas y otras defraudaciones, art. 173 N°2 el cual sanciona al que en perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver. j) El C. P. de Nicaragua lo trata en el título IV relativo a los delitos contra la propiedad, dentro del capítulo que versa sobre la estafa, estelionato y defraudación, art. 283 N°4. En este artículo se denomina estafa a la apropiación indebida, requiere de la concurrencia de ánimo de lucro y perjuicio patrimonial, y la conducta típica consiste en negar haber recibido, negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo sin impedimento físico que lo justifique, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver. k) El C. P. Francés de 1994 trata el delito dentro del título de las apropiaciones fraudulentas, específicamente en el capítulo referido a las defraudaciones, lo llama "abuso de confianza" y lo describe en el art.314-1 como el que, en perjuicio de otro, desvíe fondos, valores o cualesquiera otros bienes que le hayan sido entregados y que haya aceptado con la condición de devolverlos, presentarlos o hacer de ellos un determinado uso. l) El C. P. Alemán trata el delito en la sección 19º relativa a los delitos de hurto y apropiación indebida, parágrafo 246, el cual sanciona al que se apropie ilícitamente de una cosa mueble ajena que tiene en posesión o custodia. Luego, en el inciso 2º la pena se agrava cuando la cosa apropiada haya sido confiada.

delitos contra la propiedad, párrafo 8º, el cual se lleva por título “De las estafas y otros engaños”.

Lo anterior nos conduce, necesariamente, a tener que analizar de forma somera el título en que se encuentra inserto el delito de apropiación indebida para saber si esa es, realmente, su correcta ubicación.

Veremos que en muchos de los delitos descritos dentro de este título no es la propiedad el bien jurídico comprometido.

Para ello es necesario saber, de antemano, que el concepto propiedad puede ser entendido desde dos puntos de vista; uno formal y el otro material⁷.

Se entiende por propiedad desde el punto de vista formal el más extenso derecho de dominación sobre un objeto, que según describe el derecho civil, permite al titular disfrutar y gozar de modo pleno y exclusivo de los bienes sujetos a su propiedad, excluyendo a otros de cualquier intromisión en su esfera de dominio.

Dice De la Mata⁸; “El punto de partida de esta postura se asienta sobre la aceptación de que, siguiendo el principio de accesoriedad, la protección que el Derecho Penal ofrece a la propiedad debe garantizar plenamente la relación de la propiedad tal y como es concebida en el ámbito del Derecho Civil. En éste se concede al propietario un amplio poder de dominio que permite impedir a otro sujeto cualquier intervención en bienes de su propiedad, lo que obliga, desde esta perspectiva formal, a sancionar penalmente cualquier ataque contra dicha propiedad, aunque no produzca ningún daño material a intereses del propietario. Y sólo excepcionalmente podrá permitirse jurídicamente dicho ataque contra la propiedad cuando concurra una determinada causa de justificación”.

A contrario sensu, comprender la propiedad desde una perspectiva material es buscar dar un contenido al derecho de propiedad, que va más allá de las facultades que emanan de la titularidad jurídicamente reconocida en el ámbito civil, que es lo que se protege dentro de la concepción formal. Entender la propiedad desde este punto de vista es proteger los intereses jurídicamente reconocidos o que subyacen en dicho derecho como pueden ser, por ejemplo, la función que puede darse al objeto materia del derecho de propiedad o el valor económico que encierra dicho objeto⁹.

Dice De la Mata¹⁰; “Frente a la tesis de la doctrina mayoritaria, defensora de un entendimiento formal en la concepción de la protección penal de la propiedad, un grupo todavía minoritario de autores se esfuerza por un concepto de propiedad desde

⁷ Cabe hacer presente, como lo hace Norberto De la Mata Barrales en “Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación”, PPU S.A., Barcelona 1994, p.70, nota al pie de página N°151, que tanto el concepto formal como el material de propiedad son conocidos en Alemania, más no en España, y cabe agregar para los fines del presente estudio, tampoco lo son en Chile.

⁸ De la Mata, ob. cit., p.325.

⁹ Véase a De la Mata Barranco, “La realización arbitraria del propio derecho”, Editorial Ceura, Madrid 1995, p.7 y ss.

¹⁰ “Tutela...”, p.336.

plantamientos materiales. Cifran el objeto de protección de estos delitos en la propiedad, pero entendida no ya como derecho formal, sino como institución dirigida al aseguramiento y garantía de los intereses de un sujeto, en el ámbito de lo patrimonial, que se definen, como ya veremos, de muy diversos modos. Prima en todos ellos el esfuerzo por prescindir de la vulneración formal del derecho de propiedad, del mero ataque a dicho derecho, como criterio para confirmar la existencia de una lesión perteneciente al ámbito de protección de los delitos de apropiación. Será relevante únicamente un perjuicio sustancial al titular, merecedor de atención en sede penal, que le imposibilite obtener del bien que posee la utilidad que con el mismo viene satisfaciendo normalmente”.

“Las formulaciones que para explicar cuál es el ámbito de protección de estos delitos intentan dichos autores son diversas. Por otra parte, algunos autores tratarán exclusivamente de explicar el auténtico significado de la propiedad como objeto de protección penal para determinar de conformidad con él en qué casos se produce una lesión penalmente relevante de la propiedad y en qué casos, por tanto, se ha producido o no la comisión de un delito de apropiación, mientras que otros conciliarán su postura sobre el bien jurídico con el concepto de apropiación –pieza clave en el entendimiento de estos delitos- para decidir mediante una interpretación teleológica de ambos conceptos en qué casos puede excluirse la tipicidad del supuesto enjuiciado”.

“Conviene advertir que la perspectiva material se ha adoptado abiertamente únicamente en los últimos tiempos –y al amparo del criterio del “ámbito de protección de la norma”-, en que los principios de ofensividad y el concepto de “antijuridicidad material” aparecen como criterios nucleares en la determinación del ámbito típico de los delitos de la Parte Especial”.

Basta hacer una breve lectura del título IX del libro II del CP, desde los puntos de vista formal y material, para darse cuenta que no es siempre la propiedad el bien jurídico protegido, a pesar de llevar por nombre dicho título “delitos contra la propiedad”.

Luzón Peña advierte, sin entrar en la distinción formal y material del concepto propiedad, y haciendo alusión al CP Español anterior al de 1995;

“Durante la vigencia del CP anterior, aunque la rúbrica del Título XIII era la de “delitos contra la propiedad”, ello no implicaba necesariamente que la propiedad fuese el bien jurídico protegido. El derecho de propiedad, entendido en su sentido estricto jurídico-privado (según el art. 384 CC: derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes) resulta demasiado restringido para el Derecho penal, pues no engloba toda la amplia gama de relaciones reales y obligacionales protegidas en el mencionado Título; muchas infracciones no afectaban el derecho de propiedad *stricto sensu* sino, por ejemplo, a la posesión, uso, mera tenencia, o a otros derechos de contenido patrimonial, como derechos reales de usufructo, prenda, hipoteca, derechos de crédito, etc...”¹¹.

Para los efectos del breve análisis que haré de nuestro mentado título noveno lo dividiré en seis partes en las que se agrupan los distintos delitos:

¹¹ Diego-Manuel Luzón Peña, “Enciclopedia Penal Básica”, Comares editorial, Granada 2002, p.370.

a) La primera de ella va desde el artículo 432 hasta el artículo 456 que agrupa los delitos de hurto y robo en sus diversas modalidades¹². Esta parte del código agrupa dos figuras cuyo núcleo típico básico lo constituye el acto de apropiación. Ambas se refieren exclusivamente a bienes muebles¹³, ambas son llevadas a cabo prescindiendo de la voluntad del propietario o, derechamente, en contra de ella y, ambas deben ser realizadas con ánimo de lucro¹⁴. Si a todo lo anterior se suman ciertas circunstancias, como por ejemplo, la violencia o intimidación en las personas, o la fuerza en las cosas, el delito pasa a llamarse robo (vol¹⁵ en Francia y raub en Alemania).

Hay que dejar en claro, eso sí, que la hipótesis de robo con fuerza en las cosas no es más que un delito de hurto agravado, precisamente, por el uso de fuerza en las cosas.

Ambos delitos participan de idéntico objeto de protección, con la precisión que el robo es un delito pluriofensivo y complejo por cuanto se “compone –al menos en el núcleo- de dos tipos de injusto diferentes, el del hurto y el de la coacción”¹⁶.

¹² Al respecto véase a Zugaldía Espinar, “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”, Akal / Lure, 1988, p.18 y ss.

¹³ Labatut Glens, “Derecho Penal”, tomo II, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp.195.

¹⁴ El ánimo de lucro, su función sistemática en la estructura típica del delito de hurto y el análisis de su posible presencia en el delito de apropiación indebida será visto en el punto 23 del capítulo 5º. Sin perjuicio de ello debo señalar, a modo de resumen, que el ánimo de lucro en el delito de hurto presenta problemas en dos órdenes de cosas: En primer lugar, en lo que dice relación a su función dogmática a nivel de la estructura típica. En segundo lugar, en lo que se refiere a la precisión de su concepto. Así, en relación a su función dogmática en el tipo, este ánimo puede ser entendido o como un elemento subjetivo del injusto (los delitos en que está presente el ánimo de lucro se denominan genéricamente de “tendencia trascendente” y, específicamente, “delitos de resultado cortado”; según Polaino Navarrete estos delitos “son tipos subjetivamente configurados en los que, conforme a la naturaleza de los delitos de intención, el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende conseguir con la mera realización de la conducta que ejecuta, necesariamente inspirada en esta finalidad intencional...La finalidad que subjetivamente el autor aspira conseguir no consiste en un *proprio hacer* ulterior del sujeto, como en los delitos “mutilados de dos actos”, sino que en los delitos de “resultado cortado” tal finalidad es constituida por una mera meta a alcanzar ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto”); o como elemento subjetivo de la acción que en sí misma lo lleva y exige o, finalmente, como una forma especial de dolo. Ahora bien, en lo que dice relación a la precisión de su concepto, el lucro puede ser entendido de forma amplia (como “cualquier utilidad, goce, ventaja, provecho o como cualquier beneficio material o moral”), de forma económica objetiva (“la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”), o de forma económica subjetiva (como “propósito de obtener un provecho económico desde el punto de vista del autor”). De la posición dogmática que se adopte frente a este especial ánimo, del entendimiento que poseamos del concepto propiedad –formal o material- y del concepto apropiación, dependerá nuestra postura si la apropiación indebida es un delito contra la propiedad o contra el patrimonio. Al respecto véase De la Mata Barrales, “Tutela ...”, p. 237 y ss.; Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español”, Parte Especial, Dykinson, Madrid 1991, p.419 y ss.; Silva Castaño, “El Delito de Apropiación Indebida y la Administración Desleal de Dinero Ajeno”, Dykinson, Madrid 1997, p.161 y ss.; Bajo Fernández, “La Realización Arbitraria del Propio Derecho”, Civitas, Madrid 1976, p.33 y ss.; Zugaldía Espinar, “Delitos...”, p.42 y ss.; Polaino Navarrete, “El Injusto Típico en la Teoría del Delito”, Mave, 2000, p.158 y ss.; J. M. Gómez Benítez, “Teoría Jurídica del Delito”, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid 1984, p.239.

¹⁵ El concepto “vol” abarca los casos de hurtos y robos del derecho penal español. Así, Carlos Aráneguez S. y Esperanza Alarcón, “El Código Penal Francés”, traducido y anotado, editorial Comares, Granada 2000, nota al pie de página 150, p.119.

Nuestro delito de robo ha seguido “la tradición de los derechos hispanos parlantes como un delito de hurto calificado por el uso de la violencia contra las personas o fuerza en las cosas. En el derecho europeo existen países donde sólo admiten la existencia de robo cuando el apoderamiento de la cosa ajena se lleva a cabo con violencia en las personas, estableciendo a la vez, que la fuerza en las cosas sólo determina un supuesto agravado de hurto”¹⁷.

Así, el parágrafo 249 del StGB sanciona como autor de robo a “Quien sustraiga a otro una cosa ajena con violencia contra una persona o con utilización de amenazas de peligro actual para el cuerpo o la vida, con la intención de apropiársela ilícitamente...”.

Respecto del robo en nuestro país existe una interpretación restrictiva de Jorge Mera que sostiene que la pluriofensividad y complejidad de este delito requiere constatar, además de la lesión a la libertad personal, “...la creación de un peligro para la vida o de un peligro para la incolumidad personal” cuyo correlato típico se encuentra “...en la exigencia de empleo de violencia e intimidación en las personas; en este contexto, estos términos no designan simples medios coercitivos de apropiación de cosa mueble ajena, sino de formas de afectación de la seguridad física de las personas”.

Distinta es la interpretación mantenida por la doctrina española y la alemana que se caracterizan por “...considerar lo injusto de la coacción –o el efecto de su combinación con la lesión de la propiedad- como elemento diferencial del robo frente al hurto...”.

En la línea recién mencionada Antonio Bascuñan R., en nuestro país, defiende la tesis “de que también en el Código Penal chileno el robo es un delito compuesto de hurto y coacción,...”¹⁸.

Bascuñan nos dice que Mera trata de justificar o fundamentar “a nivel de lo injusto la imposición de una pena tan grave como la establecida por la ley al delito de robo, que el Código Penal chileno es superior a la pena del delito de castración (art.395) e incluso la del homicidio simple (art.391 N°2)...”, sin embargo “El punto de partida para enfrentar esta cuestión práctica es el reconocimiento de que el legislador ha distorsionado el sistema de penas del marco legal, de modo tal que ya no es reconocible la jerarquización originaria del Código Penal, basada en el principio de proporcionalidad entre pena y disvalor de injusto. Ante esta irracional agravación de penas es explicable que la jurisprudencia judicial el foro desplieguen estrategias argumentativas para eludir sus efectos...Cuando aquí se defiende la tesis de que también en el Código Penal chileno el robo es un delito compuesto de hurto y coacción, con ello se sostiene que precisamente por tal razón la pena establecida por la ley para el robo debe ser objeto de reforma legal”.

Otro aspecto que es interesante destacar, dentro de estas figuras, es la que dice

¹⁶ Antonio Bascuñan R., “El robo como coacción”, en Revista de Estudios de la Justicia, Editada por Centros de Estudio de la Justicia de la Universidad de Chile, N°1, Santiago 2002, p.123 y ss. En el mismo sentido, E. Mezger, “Derecho Penal-Parte Especial”, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. Aires 1959, p.199.

¹⁷ Véase a Enrique Bacigalupo, “Estudios sobre la parte especial de derecho penal”, Akal / lure, Madrid 1991, p.171 y ss

¹⁸ Bascuñan R., “El robo...”, ob. cit., p.57 y 61.

relación con el artículo 448 y que es conocida con el nombre de hurto de hallazgo.

El hurto de hallazgo se incluyó en nuestro código en la sesión N°96 (19 de junio de 1872) de la Comisión Redactora de nuestro código ¹⁹.

Cabe señalar que cuando sesionaba la comisión redactora, el Código Penal Español de 1848, que sirvió de base al nuestro, no contemplaba esta figura. Ella, sin embargo, ya había sido conocida en la legislación española porque había figurado en el artículo 752 del código de 1822. Reapareció, con posterioridad al código de 1848, en el artículo 530 del código de 1870 ²⁰.

En el código Belga de 1867 tampoco nada aparecía.

Cabe señalar que en España, en la reforma llevada a cabo al Código penal por la Ley orgánica 8/1983 ²¹, esta hipótesis de hurto impropio (llamado así por la doctrina, por no reunir todos los elementos del tipo básico) que se encontraba contemplada en el mismo artículo en el cual se definía el hurto propio, específicamente, en el inciso 2º del artículo 514, fue trasladada como una nueva modalidad de comisión del delito de apropiación indebida, esto es, al inciso final del artículo 535.

Es en el Código Penal de 1995 donde este delito adquiere autonomía en un artículo propio, el 253.

Así, mientras en nuestro país este delito constituye una forma de hurto impropio, en la actualidad en España constituye una forma de apropiación indebida impropia ²². Respecto de esto último cabe señalar que en esta figura no hay entrega fiduciaria que motive la obligación de entregar o devolver ²³, esa obligación tiene por fuente la ley, y por esa razón no puede haber un delito de apropiación indebida.

Las particularidades de este delito son llamativas y así lo hace ver Vives ²⁴, ya que

¹⁹ "Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora", Editorial Edeval, 1974, pp.428. En esta sesión se dejó constancia que el Sr. Ibañez advirtió "que en las disposiciones concernientes al hurto no se había tomado en cuenta el caso de hallazgo de cosa ajena mueble que según las prescripciones del artículo 631 del Código Civil, puede reputarse tal delito cuando el inventor no cumple con las obligaciones que ese código le impone"

²⁰ Ver a Bajo Fernández, "Manual de Derecho Penal (parte especial)", Delitos Patrimoniales y económicos, Editorial Ceura, Madrid 1987, pp.291 y ss.; Quintano Ripollés, "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo II, Infracciones Patrimoniales de Apoderamiento, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1977, pp.199 y ss.;

²¹ Sobre la reforma de 1983 véase en la Revista de Derecho Público "Comentarios a la Legislación Penal", de la Editorial Revista de Derecho Privado, tomo V, volumen 2º, los trabajos de Quintero Olivares, pp.1127-1156, y de Rodríguez Ramos, pp.1273-1281. Destaca Quintero la opinión de Groizard y Quintano, pp.1130, en el sentido que en virtud del hallazgo de una cosa el inventor se transforma en poseedor (natural). En este mismo sentido véase a Díez-Picazo y Gullón, "Sistema de Derecho Civil", volumen III, 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2002, pp.166 y ss. Ha de señalarse que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en España nuestra llamada mera tenencia se denomina posesión natural.

²² Véase a Mestre Delgado, coord. Lamarca Pérez, "Manual de Derecho Penal", parte especial, Editorial Colex, Madrid 2001, pp.282 y ss.; Pérez Manzano, coord. de Bajo Fernández, "Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)", volumen II, Editorial Ceura, Madrid 1998, pp.491 y ss.

en él no hay sustracción –en nuestro país se habla de hallazgo y este término se hace sinónimo de apropiación²⁵ - como en el hurto, ni abuso de confianza como en la apropiación indebida.

En Chile, el hallador a lo máximo que puede civilmente aspirar es a obtener su parte de la venta pública de la cosa, ya que nunca podrá quedarse con ella. En España, en cambio, el hallador puede llegar a quedarse con la cosa encontrada. Así en nuestro país, civilmente, no hay un acto de apropiación en el hallazgo²⁶, quizás ello podría decirse en España.

Penalmente hablando cabe preguntarse; en el caso de una persona que se encuentra algo que cree perdido o que sin creer que es perdida, toma conocimiento posteriormente que sí lo era, y no lo entrega a la autoridad, ¿realiza un acto de apropiación o de retención?, ¿se apropia u omite?. Es esto lo que realmente importa, el saber claramente si estamos frente a un delito de acción o, sencillamente, a uno de omisión propia o impropia²⁷.

Los que creen que este es un delito de acción estiman que el hallazgo haría las veces de la apropiación. Así, por ejemplo Fuensalida²⁸, Etcheberry²⁹ y Silva Castaño³⁰.

²³ El profesor Soto Piñeiro en su libro “La Apropiación Indebida (Acción, autor y resultado típico)” hace presente que la obligación de entregar o devolver del tipo penal del artículo 448 nace de la ley a diferencia de lo que conocemos por apropiación indebida en la cual dicha obligación nace producto de alguna de las “relaciones jurídicas extra-penales” enumeradas en el artículo 470 N°1.

²⁴ Véase a T.S. Vives en “Derecho Penal (Parte Especial)”, 3ª edición, Tirant Lo Blanche, Valencia 1990, pp.960 y ss.

²⁵ Nuestro artículo 448 describe el tipo con la palabra “El que hallándose...”, es decir, habla claramente de hallazgo. El hallazgo, también conocido como invención, es una especie de ocupación. La ocupación es un modo de adquirir el dominio. El hallazgo supone, necesariamente, según lo exige el artículo 624 del Código Civil, encontrar una cosa que no pertenece a nadie. Si ésta, al parecer, pertenece a alguien y se encuentra perdida debe ponerse a disposición de su dueño, si se conoce, o en su defecto de la autoridad, tal como lo establece el artículo 629 del C. Civil. En caso que el dueño no se presentare a reclamar la cosa, el artículo 630 del mismo cuerpo legal establece que ésta se venderá en pública subasta y, deducidos los gastos generados en todo este proceso, el remanente se divide en partes iguales entre la persona que la encontró y el municipio. Así, si bien el hallazgo constituye una forma de adquirir el dominio llamada ocupación, es necesario hacer presente que la persona que encuentra una cosa al parecer perdida no adquiere el dominio de la cosa hallada, ya que ella se remata, motivo por el cual sólo obtiene parte del producto de la venta de dicha cosa. También es claro que el acto de encontrar una cosa sin dar cuenta de ello a la autoridad no puede llamarse un acto de apropiación, porque lisa y llanamente en estos casos se encuentra una cosa omitiendo dar aviso a quien corresponde.

²⁶ En España, en cambio, en vez de realizar la subasta el hallador puede adquirir la propiedad sobre la cosa. Véase “Comentarios al Código Civil”, de Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra 2001, pp.756 y ss. y “Tratado de los Derechos Reales”, de A. Alessandri y M. Somarriva, tomo I, 5ª edición, editorial Conosur, Santiago 1993, pp.154 y ss.

²⁷ En relación a la apropiación por acción u omisión véase a Enrique Bacigalupo en “Estafa de Seguro / Apropiación Indebida”, Ediciones Pannedille, Buenos Aires 1971, pp.37 y ss. Este autor analiza con profundidad el problema que genera en Argentina el artículo 173, inciso 2º, cuando habla de negarse a restituir o no restituyere a su debido tiempo, sean éstas actos positivos o sólo omisiones.

Ahora, para aquellos que estiman que este es un delito de omisión es necesario, previamente, realizar una clasificación de éstos delitos.

En primer lugar los delitos de omisión pueden clasificarse en torno a punto de vista formal y el otro material. Ambos puntos de vistas pueden dividirse en propios e impropios.

Desde el punto de vista formal (una cuestión de tipificación) son delitos de omisión propia los que se encuentra específicamente previstos en la ley y de omisión impropia, aquellos no previstos específicamente en la ley.

Ahora bien, desde el punto de vista material (una cuestión óptica), son delitos de omisión propia los que consisten en una simple omisión de lo mandado, y son delitos de omisión impropia los que suponen la no evitación de la producción de un resultado.

La otra clasificación que existe respecto de la omisión, es aquella que especifica Gimbernat; “El problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el de determinar cuándo el que se abstiene puede ser hecho responsable igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, o de una participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión o de comisión por omisión) y cuando no es el ese el caso (delito de omisión propia)”. El mismo Gimbernat aclara que en esta segunda clasificación lo que une a ambas clases de omisiones es el hecho de la “omisión de una acción determinada”, y lo que las diferencia es que en el caso de la omisión impropia se le da el mismo tratamiento que a una acción causante de aquél resultado y en el caso de la omisión propia “el sujeto responde únicamente por la omisión tal como omisión sin que se pueda reconducir a ésta el eventual resultado....”³¹ .

Atendiendo al primer grupo clasificatorio el delito sería de omisión propia y, mirado desde el punto de vista de Gimbernat, el delito sería de omisión impropia.

Personalmente, tomando en consideración las palabras de Armin Kaufmann³² (desde un punto de vista ontológico), la omisión es la no acción con posibilidad concreta de acción, es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta³³ . Y eso es lo que aquí encontramos, lisa y llanamente un no

²⁸ “Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno”, Imprenta Comercial Calle de Huallaga, Lima 1883, pp.188 y ss. Este autor sostiene que no existiendo este tipo penal en nuestro código se puede tipificar como hurto la situación del que encuentra una cosa al parecer perdida que no entrega al propietario, o a la autoridad sino le consta la identidad del propietario, fundándose para ello en que concurriendo apropiación –entiende que el hallazgo es una especie de apropiación- y ánimo de lucrar, la conducta es típica.

²⁹ Véase su obra “Derecho Penal (Parte Especial)”, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, pp.311 y ss. Asimismo, niega el carácter de delito de omisión en España, Juan Bustos en su “Manual de Derecho Penal (Parte Especial)”, 2ª edición, Ariel Derecho, Barcelona 1991, pp.209 y ss.

³⁰ Ob. cit., p.39.

³² Cita del profesor José Cerezo Mir en “Curso de Derecho Penal Español (Parte General)”, II, Teoría Jurídica del Delito, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1999, pp.50.

actuar, por eso puede causar extrañeza la idea de hacer sinónimo el hallazgo con la apropiación porque ésta supone, necesariamente, un hacer.

Bockelmann sostiene que quien se encuentra una cosa perdida y sabe que esta pérdida ha sido denunciada por su propietario, si no hace devolución de la cosa a su titular, comete el delito del parágrafo 246 del StGB, por omisión³⁴.

Que sea un delito de omisión propia no significa que no pueda encontrarse presente el *animus rem sibi habendi*³⁵.

Personalmente creo que estamos en presencia de un simple delito de omisión³⁶ al cual se suma, posteriormente, el ánimo de señor y dueño. Así, por ejemplo, aquel que se encuentra una cosa al parecer perdida sin saber a quién le pertenece, y que por hechos posteriores al hallazgo llega a saber a ciencia cierta quién es el propietario de la cosa, apareciendo en ese momento el ánimo de señor y dueño y, por tanto, no entregando la cosa, no puede decirse que esa persona hizo algo (que se refleje en el mundo exterior) que permita sostener que se apropió de ella.

Sin embargo, el que estime que se trata de un delito de omisión no significa que desconozca la dificultad que plantea la omisión en materia de la teoría del delito³⁷.

Lo anterior es un antecedente importante cuando veamos si el delito de apropiación indebida admite alguna forma de comisión omisiva, en especial lo tocante a la presencia del *animus rem sibi habendi*, ya que actualmente el delito de hurto de hallazgo es un delito de apropiación indebida en España.

Desda ya cabe señalar que Silva Castaño³⁸, como dije, sólo admite la comisión por

³¹ Véase a E. Gimbernat, en "La Omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de Publicación) y Boletín Oficial del Estado, t.L MCMXCVII, Madrid 2000, p.5 y ss.; en esta misma edición Ángeles Cuadrado Ruiz, "La comisión por omisión como problema dogmático", p.387 y ss; Jesús M^a Silva Sánchez, "La regulación de la comisión por omisión", en "El Nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales", Biblioteca de Derecho penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997, p.51 y ss. Desde un punto de vista funcionalista, véase a G. Jakobs, "Derecho Penal, Parte General", Fundamentos y Teoría de la Imputación, editorial Marcial Pons, 2^a edición, Madrid 1997, p.939 y ss. Del mismo autor, "Bases para una teoría funcional del Derecho Penal", Palestra editores, Lima 2000, p.93 y ss. Una visión global del problema puede verse en Eugenio Raúl Zaffaroni, "Derecho Penal, Parte General", 2^a edición, editorial Ediar, Buenos Aires 2002, p.401 y ss. Una visión sucinta del problema en Araceli Majon-Cabeza Olmeda en "Nuevo Enfoque de la Apropiación Indebida", Editorial Civitas, Madrid 1988, pp.128 y ss.

³³ Sobre las teorías normativa y naturalista de la omisión, ver a Eberhard Struensee en "Actuar y omitir (Delitos de comisión y de omisión)", Cuadernos de conferencias y artículos N° 10, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.14 y ss.

³⁴ Cita de Silva Castaño, "El delito....", p.104.

³⁵ Ver a Soto Piñeiro en ob. cit., pp.61 y ss. También a Bacigalupo, Ob. cit. pp.60 y ss.

³⁶ Esta es la opinión de Matus Acuña y Ramírez Guzmán en "Lecciones de Derecho Penal (Parte Especial)", 2^a edición, Editorial de la Universidad de Talca, Talca 2002, pp.111-113.

³⁸ Ob. cit., p.105.

acción de este delito de apropiación indebida de cosa perdida basada en el hecho de la dificultad de acreditar el ánimo de señor y dueño, de la dificultad de acreditar la exteriorización de la intencionalidad de expropiar definitivamente al titular de la cosa por parte del sujeto activo si no es a través de actos positivos.

b) La segunda sección la constituye el artículo 457 bis que trata del delito de receptación³⁹.

³⁷

Existe un grave problema que Radbruch hizo presente, ya hacia 1904, y que lo llevó a renunciar al concepto de acción como sustrato común del hacer y no hacer. Este problema dice relación con la posibilidad de equiparar en un solo concepto (meter en un mismo sombrero) “las ideas de acción (basadas en las nociones de voluntad, causalidad y hecho) y de omisión (la negación de estos elementos): un concepto A y su contrario A no pueden caer bajo un concepto superior” –cita de M^a Ángeles Cuadrado, ob. cit., p.393. También Silva Sánchez, ob. cit., p.55-. Si bien para esta autora la idea de Radbruch es cierta sólo desde un punto de vista causalista, no es menos cierto que este problema ha sido de mucha complejidad también dentro de la corriente finalista (tanto como el delito imprudente). La irreducibilidad de los conceptos acción y omisión desde un punto de vista ontológico es manifiesto. Esto llevó a la doctrina a elaborar otros criterios de estudio de la materia (y en general de toda la teoría del delito) para poder hallar un sustrato común para ambas formas de actuación. Se puede decir que se ha tratado de resolver este problema a través de **criterios normativos** (el concepto negativo de acción de Kahrs, Herzberg –“La clave común de todos los autores que ensayan esas construcciones es la caracterización de la acción sobre la base de la *evitabilidad: la acción en derecho penal es la evitable no evitación en posición de garante*”, Zaffaroni, ob. cit., p.410- y su variable funcionalista o de comportamiento evitable de Jakobs –“A la definición que hemos llegado, que sigue siendo provisional, actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación de “determinante” por un esquema social de interpretación. Una vez que se percibe que se trata de realizar una atribución y no de algo que pertenece a la naturaleza, también se resuelve el problema de la omisión. También en la omisión tiene lugar la atribución de un suceso a un ser humano; en el ámbito de la omisión de pleno peso, pudiese haber evitado el resultado, sino exclusivamente a una persona esencialmente implicada. Estas personas esencialmente implicadas se llaman garantes, y esta denominación no es más que otro nombre con el que se hace referencia a un segmento de aquel ámbito que he esbozado para el delito de comisión bajo el rótulo de “imputación objetiva”: quien omite la salvación ante un peligro sólo responde si su abstención es determinante”, G. Jakobs, “Bases para...”, 93-), **funcionalistas con sustrato pretípico** (el concepto personal de Roxin –“Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en casos de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”. C. Roxin, “Derecho Penal, Parte General”, t.I., editorial Civitas, traducción de la 2^a edición alemana, Madrid 1997, p.252) y **sociales** (concepto social de acción de Maihoffer –“Acción es una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales”. C. Roxin, “Derecho...”, p.244- o Jeschek –“la acción es un comportamiento humano con trascendencia social”, Jescheck / Weigend, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, 5^o edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002, p.239-). Véase a Calderón / Choclán, ob. cit., Parte General, t.I., p.92 y ss; Jaime Náquira Riveros, “Derecho Penal, Teoría del Delito”, t.I., Mc Graw Hill, Santiago 1998, p.21 y ss.; G. Jakobs, “El concepto jurídico penal de acción”, traducción de Manuel Cancio Meliá, cuadernos de conferencia y artículos N°41, Universidad del Externado de Colombia, marzo de 1998, p.36 y ss.

³⁹

Sobre la receptación y las teorías de la perpetuación y la teoría del mantenimiento, véase a E. Mezger en “Derecho...”, parte especial, p.215 y ss. Concebida como un delito de conexión y, adhiriendo a la teoría del mantenimiento véase a Maurach, Heinz y Zipf en “Derecho Penal”, parte general, volumen 2, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, pp.406 y ss. Sobre el bien jurídico de esta figura, si es uno propio o el mismo que proviene del hecho ilícito anterior, véase a Luzón Peña, “Enciclopedia...”, p.1063 y ss. También, ver a Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal”, parte especial, décimocuarta edición, pp.521 y ss.

Es importante este delito dentro del análisis de las formas de participación criminal, específicamente, el encubrimiento, pues se entiende este delito como un desmembramiento de ese grado de participación criminal.

Este delito se incorporó en nuestro país recién el año 1995, existiendo precedentemente un inciso final en el artículo 454 del código que establecía una regla especial de participación criminal acompañada de una presunción legal. Hoy, a través del párrafo 5 bis que contempla un artículo único, se incorporó un tipo penal cuyas raíces, “confusas e intrincadas”, según Mezger, vienen desde Roma en el caso de la receptación real, específicamente del “crimen receptorum”.

A la receptación se le ha entendido como el mantenimiento de una situación antijurídica creada precedentemente.

Respecto del bien jurídico puede decirse que en España se acepta que es el patrimonio, centrándose la discusión en dicho país básicamente en si la protección del patrimonio queda restringida a los supuestos en que la receptación supone un mantenimiento de una situación antijurídica contra el patrimonio creada ya por el delito o falta del que proceden los efectos, o si por el contrario se protege de manera más amplia y autónoma el patrimonio, en el sentido que se castiga el aprovechamiento lucrativo de las consecuencias económicas de cualquier delito.

c) La tercera parte va desde el artículo 457 hasta el 462 y trata del delito de usurpación. Aquí ya se presentan claramente casos en que lo que se protege no es el bien jurídico propiedad. Basta un mero análisis desde el concepto formal de propiedad, muy extendido, para ver que aquí no es precisamente la propiedad lo que se protege. Un ejemplo se encuentra en la usurpación de aguas, ya que respecto de ellas existe un derecho de aprovechamiento, por cuanto son bienes nacionales de uso público, según lo disponen los artículos 4º y 5º del Código de Aguas, derecho de aprovechamiento que no calza siquiera con el concepto formal de propiedad.

d) La cuarta parte la constituye el artículo 466 que trata los delitos que puede cometer el deudor no dedicado al comercio a través del alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, la insolvencia punible y el otorgamiento de contratos simulados, las llamadas “defraudaciones”.

Cabe hacer presente que el concepto defraudación proviene del latín *fraus*, el cual significa tanto el engaño como el daño o perjuicio⁴⁰. Al respecto sostiene Carlos Martínez Pérez, “Y lo cierto es que ya en el Derecho romano la designación “*fraus*” era semánticamente multívoca; en un primer momento, hacía referencia al perjuicio o daño, concebidos en su sentido puramente objetivo; sin embargo...con el tiempo la noción fraude se ve sometida a una progresiva subjetivización, manifestándose en su sentido de engaño, lo cual permitió que en la era republicana y en el Derecho clásico llegase a ser equiparada al dolo”⁴¹.

Por lo anterior señala Bacigalupo que este concepto “tiene unos contornos muy

⁴⁰ Diccionario latino-español Sopena, Barcelona 2000; Diccionario Ilustrado Latín, Vox mayo 2001.

⁴¹ “El Delito Fiscal”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid 1982, p.217 y ss.

imprecisos....Defraudar, en efecto, no es sólo la acción de infidelidad que causa una lesión patrimonial, sino cualquier quebrantamiento de una relación de confianza: por eso “defrauda” el deportista que no alcanza los resultados esperados o el artista que no esta a la altura de su prestigio....”⁴².

Nuevamente nos encontramos con un artículo que contempla hipótesis de delitos que no dañan el bien jurídico propiedad formal o materialmente hablando, sino que el patrimonio (concepto más amplio y comprensivo).

Tal como afirma Queralt⁴³, el bien jurídico protegido con la punición de las conductas integradoras de las diversas modalidades de insolvencia⁴⁴ es la existencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas.

e) La quinta parte corre desde el artículo 467 al 473. Esta sección trata del delito de estafa y otros engaños. De partida cabe señalar que la propiedad (formal o material), con mucho, no es el bien jurídico protegido en el delito de estafa. El bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio⁴⁵.

Así Antón Oneca en su conocida monografía⁴⁶, junto con haber proporcionado la definición más clásica de este delito afirma que la estafa es un delito contra el patrimonio. Dice “El ataque del estafador al patrimonio, bien jurídico comprometido, aquí como en los demás preceptos sobre infracciones patrimoniales es evidente, y si algunos escritores no lo han mencionado, señalando solamente la defensa de la buena fe, es porque dan a aquél por supuesto, omitiendo lo genérico para subrayar lo específico”.

Pero el patrimonio, como bien jurídico protegido, es otro tema poco pacífico que genera diversos problemas.

El primero de ellos dice relación a si, conjuntamente con el patrimonio, en la estafa se protege como bien jurídico la buena fe.

En segundo lugar, es importante tener claro que se entiende por patrimonio, ya que

⁴² Enrique Bacigalupo en "Estudios de Derecho Penal y Política Criminal", 1ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F. 1989, p.428.

⁴³ Ob. cit. pp.419 y ss.

⁴⁴ Entendiendo, al igual que este autor, la insolvencia como elemento aglutinador de las figuras en comento, ver a César Herrero Herrero en "Los Delitos Económicos", Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid 1992, p.147 y ss. Para este autor, la insolvencia punible no es un delito, sino el lazo común de las tres figuras precedentes. Además, para él, al igual que Muñoz Conde, el bien jurídico comprometido es el derecho de los acreedores a ser satisfechos con relación, cobrándose de los bienes de sus deudores.

⁴⁵ El patrimonio, como bien jurídico protegido, puede ser entendido de cuatro formas distintas; de forma jurídica, económica, jurídica-económica o personal.

⁴⁶ Antón Oneca en "Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia", Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1957, pp.1 y ss.

existe diversas teorías que explican su naturaleza, a saber, el concepto jurídico del patrimonio, el concepto económico del patrimonio, el concepto ecléctico también conocido como concepto jurídico-económico y, finalmente, el concepto funcional o personal del patrimonio.

Finalmente, es importante tener claro si el objeto jurídico de protección del patrimonio es éste en su globalidad, es decir, que la estafa protege a un todo llamado patrimonio o, por el contrario, el objeto de protección son los elementos particulares que lo integran.

En cuanto a la primera de las cuestiones aquí planteadas sobre la posible pluriofensividad del ámbito de protección del delito de estafa:

Antón Oneca sostiene en su monografía que la estafa es, efectivamente, un delito pluriofensivo que ataca a la vez tanto el patrimonio como la buena fe. En idéntico sentido se pronuncia en Mezger⁴⁷. Muñoz Conde participa en la idea de la protección conjunta de la buena fe, pero ésta no como bien jurídico protegido, sino que como finalidad político-criminal, cuestión que creemos permite zanjar correctamente la problemática de esta protección dual, pero profundizar en ella es entrar en una discusión bizantina que el mismo Antón Oneca reconocía⁴⁸.

En contra de la idea que la estafa sea un delito pluriofensivo se han manifestado López Barja de Quiroga, Rodríguez Devesa, González Rus y la doctrina mayoritaria española⁴⁹.

En Chile los profesores Soto Piñeiro, Mera Figueroa, Garrido Montt, Labatut, Matus y Ramírez estiman que el bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio. Etcheberry, por su parte, cree que el bien jurídico es la propiedad entendida en sentido amplio, en el sentido de la garantía establecida en el N°24 del artículo 19 de la C.P.E., es decir, como

⁴⁷ Edmund Mezger en "Derecho Penal", Parte Especial, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959, pp.237-239. Sin embargo, cabe señalar que es el mismo Mezger quien reconoce que la doctrina dominante en Alemania es la que piensa que el único bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio. Beling se manifestó a favor de esta última postura. Véase a Ernest von Beling en "Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo", Librería El Foro, Buenos Aires 2002, pp.193.

⁴⁸ Véase Edgardo Alberto Donna en "Derecho Penal (Parte Especial)", tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, pp.265.

⁴⁹ Dentro de los que se pronuncian también por el patrimonio como bien jurídico en el delito de estafa, hay dos variantes importantes, la primera de ellas dice relación con que la estafa es un ataque al todo que constituye la universalidad jurídica que define el concepto patrimonio. La segunda variante ve el ataque a los elementos que en particular forman este patrimonio. Antonio Quintano Ripolles en "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo II (Infracciones Patrimoniales de Apoderamiento), Editorial Revista de Derecho, 2ª edición, Madrid 1977, pp.2 y ss.; Francisco Muñoz Conde en "Derecho Penal (Parte Especial)", 10ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995, pp.229 y ss., 295 y ss., y en la 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp.350 y ss. y 410 y ss.; T.S. Vives Antón en Cobo, Vives, Boix, Orts y Carbonell, "Derecho Penal (Parte Especial)", 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1990, pp.786 y ss., 899 y ss. (Vives entiende que el ataque el patrimonio no es a la universalidad jurídica, sino al o a los elementos específicos a que se dirige el ataque y, que a su vez, componen el patrimonio); T.S. Vives Antón y J.L. González Cussac en Vives, Boix, Orts, Carbonell y González "Derecho Penal (Parte Especial)", 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pp.347 y ss.; Jacobo López Barja de Quiroga en Cobos Gómez de Linares, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos "Manual de Derecho Penal, parte especial II", 2ª edición, Akal/Lure, pp.86 y ss. y 209 y ss.;

conjunto de derechos patrimoniales⁵⁰. Para él la estafa ataca ese conjunto de derechos patrimoniales.

Etcheberry reconoce que el concepto de propiedad es superado por éste y otros delitos del título 9°, ya que como en el caso de la estafa, se protege derechos pertenecientes al patrimonio que van más allá de la propiedad en su sentido jus privatista, pero sostiene citando a Soler “el término “delitos contra el patrimonio” no resulta mucho mejor, puesto que el patrimonio es una universalidad jurídica, que consta de un activo y de un pasivo. Los delitos de este título no atentan contra el patrimonio en cuanto atributo de la personalidad, ya que siendo una universalidad jurídica es, en abstracto, inmutable. Atacan determinadamente ciertos bienes y derechos que forman parte del patrimonio, y más precisamente, del activo del patrimonio⁵¹”. Creo que el patrimonio, en cuanto atributo de la personalidad, es tan abstracto e inmutable como puede ser el derecho de propiedad, lo que no es inmutable sino tangible, es el objeto sobre el cual recae el derecho o los bienes que integran el patrimonio. Además, muchos de los derechos patrimoniales comprendidos en la garantía constitucional del N°19 del art. 24 de la C.P.E. son intangibles.

Coinciden con esta interpretación del concepto propiedad dentro del marco del CP y estiman que la sustitución de la palabra “propiedad” por “patrimonio” no conllevaría un mejoramiento significativo Politoff⁵², Garrido Montt⁵³ y Silva Silva⁵⁴. En este sentido se pronuncian en España Cuello Calón y Rodríguez Devesa, y en Argentina Soler y Nuñez⁵⁵.

⁵⁰ Creo que nuestra Constitución cuando garantiza el derecho de propiedad en el N°24 del artículo 19, lo hace en el sentido de dominio o propiedad quiritaria, y en realidad, tal como señala Enrique Evans en su obra “Los Derechos Constitucionales”, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, p.133 y ss., este derecho garantizado en el N°24 del artículo 19 de la carta fundamental junto a los N°21, 22, 23 y 25 del mismo artículo conforman lo que el autor llama “derechos patrimoniales”, y es en este conjunto donde subyace la tutela que la Constitución brinda a las personas para que se desarrollen en plenitud su iniciativa en materia económica, sin temor a la intervención o participación dominante o exclusivista del Estado, y para que ese proceso y el dominio de los bienes que de él resulte, tengan la más completa garantía de estabilidad y de seguridad institucionales. En otras palabras, y esta es mi opinión, la Constitución garantiza a través de este conjunto de derechos subjetivos la posibilidad del hombre de ser, o llegar a ser, titular de derechos en materia económica sin que exista intervención del estado que los conculque. Estos derechos subjetivos, propios del modelo liberal, deben ser entendidos como pequeñas esferas de poder que autorizan al sujeto a defender sus intereses personales o un “poder o señorío de voluntad conferidos por el orden jurídico”. A este respecto véase a Hernán Hormazabal Malaree en “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1992, p.13 y ss.; a Pablo Ruiz-Tagle Vial en “Revisión Crítica del Derecho”, Cuadernillos Universitarios, Series Manuales, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1990, p.72 y ss.

⁵¹ Ob. Cit., p.288.

⁵² Ver en “El Delito de Apropiación Indebida”, nueva edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1992, p.7 y ss.

⁵³ Véase “Derecho Penal”, Parte Especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p.141 y ss.

⁵⁴ Véase en su libro “Las Estafas (Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado)”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1996, p.95 y ss.

Adhiriendo a la idea de modificar el nombre del título se pronuncian en Chile Labatut y en Argentina Donna⁵⁶.

Los primeros comentaristas de nuestro código, Fernández (tanto en la primera como en la segunda edición de su obra), Fuensalida y Vera⁵⁷ no se hicieron cargo del problema que presentaba el concepto propiedad como bien jurídico protegido en el título 9º.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, la existencia de distintas teorías que definen el concepto de patrimonio:

De forma sucinta podemos señalar que son 4 las teorías, a saber, la jurídica, la económica, la jurídico-económica (o ecléctica) y la teoría personal del patrimonio (emparentada con esta última, su posterior corrección denominada concepto funcional del patrimonio)⁵⁸.

Al respecto nos dice Gladys Romero; “Es necesario definir la noción de patrimonio antes de precisar en qué consiste el daño patrimonial, en la medida en que este se determina mediante una comparación de la situación del patrimonio antes y después del acto de disposición”⁵⁹.

Podemos ver, siguiendo a esta autora⁶⁰, que la teoría jurídica de patrimonio define a éste como “el conjunto de relaciones jurídicas, sean activas (derechos) o pasivas (obligaciones) que, en el momento de que se trate, forman esa esfera”. Desde la teoría económica se podría sintetizar señalando que “El patrimonio estaría constituido por los valores económicos de una persona, reconocidos o no por el Derecho...Por consiguiente, es posible la compensación económica del perjuicio sufrido en los delitos contra el patrimonio”. La teoría jurídico-económica o mixta del patrimonio lo define a éste, sugiriendo la clásica fórmula de Welzel, como “la suma de los valores económicos

⁵⁵ Sebastián Soler en “Derecho Penal Argentino”, TEA, 10ª reimpresión, 1992, p.175 y ss.; Ricardo C. Nuñez en “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, Marco Erner Editora Córdoba, 2ª edición, 1ª reimpresión 1988, p.215 y ss.

⁵⁶ Ver a Edgardo Alberto Donna en “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001, p.9 y 262.

⁵⁷ Véase a Fuensalida en “Concordancia i Comentarios del Código Penal Chileno”, tomo 1º, Imp. Comercial Calle del Huallaga N°139, Lima 1883; a Vera en “Código Penal de la República de Chile, Comentado po Robustiano Vera”, Imprenta de P. Cadot i Ca., Santiago 1883, y a Fernández en “Código Penal de la República de Chile, Explicado i Concordado por Pedro Javier Fernández”, 1ª y 2ª edición, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago 1875 y 1899, respectivamente.

⁵⁸ Elaborada hacia 1944 en Alemania por Bockelmann, en 1956 fue retomada y reelaborada por Hardwig de forma más completa. Luego, en ese país, Harro Otto es el máximo exponente de la revalorización de esta teoría. En España ha sido defendida por Romero, Elguero y Merino, Rodríguez Montañez, Asua Barrita, De la Mata y, con críticas, por Paredes Castañón.

⁵⁹ “Delito de estafa”, Análisis de modernas conductas típicas de estafa-Nuevas formas de ardir o engaño, editorial Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires 1998, p.266 y ss.

⁶⁰ Ob. cit., p.266 y ss.

puestos a disposición de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico”. Finalmente, desde el prisma de la teoría personal patrimonio sería la “unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos. Este desarrollo esta constituido por las relaciones de dominio de la persona, reconocidas por el ordenamiento jurídico, respecto a los objetos (bienes patrimoniales) que son admitidos por la sociedad jurídicamente organizada, como objetos independientes del tráfico económico”. Esta última es la tesis a la que ella se adhiere⁶¹.

La teoría imperante en España es la teoría ecléctica, mixta (como llaman ellos) o jurídico-económica⁶². Esta teoría (y sus dos variantes, la amplia y la estricta) señala, de forma sintética, que la protección penal se dirige a aquellos bienes patrimoniales amparados por el derecho que sean, a la vez, susceptibles de apreciación económica.

Dice Gallego Soler al respecto; “En la doctrina española, ANTÓN ONECA define el patrimonio como conjunto de valores económicos *jurídicamente reconocidos*; siendo acogida esta tesis del “reconocimiento jurídico” entre otros por MUÑOZ CONDE, VIVES ANTÓN, MARTOS NUÑEZ, GUTIÉRREZ FRANCÉS y por GONZÁLEZ RUS al requerir este último el *reconocimiento jurídico, siquiera provisional*, del conjunto de valores económicos. VALLE MUÑIZ, a pesar de acoger inicialmente las tesis postuladas por WELZEL –de igual modo hace QUINTERO OLIVARES-, acaba finalmente aceptando también la tesis del *reconocimiento jurídico*. Por su parte, HUERTA TOCILDO, siguiendo la línea de que los bienes tienen que poseerse en virtud de una relación jurídica, requiere que ésta se concrete en la *protección del Ordenamiento* jurídico, exigencia de protección jurídica que ya había reclamado RODRÍGUEZ DEVESA y más recientemente han defendido MUÑOZ CONDE, VIDALES RODRÍGUEZ y LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN. Por su parte BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO requieren la existencia de una mera *aparición jurídica*...Recientemente PAREDES CASTAÑÓN ha defendido una adscripción a un concepto que autodetermina *funcional* de patrimonio y a un concepto netamente económico de perjuicio patrimonial...En puridad metodológica no creo que podamos ubicar la tesis de este autor entre las tesis funcionales-personales en la línea de OTTO o de LA MATA BARRANCO, por ejemplo. Si se repara en el punto de partida de la tesis de PAREDES, éste acepta que un bien integra el patrimonio cuando nos encontramos ante bienes reconocidos en el tráfico jurídico como propios del sujeto y poseídos fácticamente por el mismo. En mi opinión esta tesis está plenamente en la línea de las teorías mixtas mayoritarias, y la alusión terminológica a las *finalidades propias* de los bienes no creo que justifique su inclusión entre las tesis funcionales”⁶³.

Gallego incluye dentro de los seguidores de la tesis mixta del patrimonio a Lorca Martínez y, críticamente, a Silva Castaño cuando sostiene “También parece aceptar las tesis (esta autora) mixtas del patrimonio, sin particular argumentación ni precisión de

⁶¹ Ob. cit., p.330 y ss.

⁶² Véase a Corcoy, Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez y Hortal en “Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, pp.58.

⁶³ “Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial”, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, p.158 y ss.

matices,...”⁶⁴ .

Gallego adopta una postura personal-funcional frente al concepto patrimonio. Él dice; “De ello concluyo que, en la estafa, y en los delitos contra el patrimonio en general, la libertad de disposición patrimonial tiene relevancia en el ámbito de protección penal, hasta el punto de dotar contenido al fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia asimismo de lesión de la libertad de disposición patrimonial...De este modo, la asunción de un concepto personal-funcional de patrimonio permitiría aceptar que, siendo el patrimonio el bien jurídico-penal, la libertad de disposición patrimonial también es un elemento merecedor de tutela penal...Pero el bien jurídico-penal (salvo en el caso de robo, por su estructura típica compuesta) es únicamente el patrimonio...Viene a suceder algo similar a lo que sucede en los delitos contra la libertad sexual: todo ataque contra la libertad sexual, además de contravenir la libre determinación sexual supone un ataque contra la genérica libertad y se acepta que en los supuestos típicos normales ya queda consumido el desvalor referido a la libertad al castigar por un delito contra la libertad sexual. De modo similar, en los delitos contra el patrimonio el propio castigo por estos delitos ya engloba el contenido de injusto contra la libertad genérica”⁶⁵ .

Dentro del funcionalismo sistémico español encontramos a Nuria Pastor para quien “La protección del patrimonio es el reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona”⁶⁶ .

En Chile parecen adscribir a la teoría mixta del patrimonio Etcheberry, Matus y Ramírez⁶⁷ , Garrido Montt⁶⁸ , Silva Silva⁶⁹ y Mera⁷⁰ . En cambio, las cosas no quedan claras con Labatut quien en su libro primero dice adherir al concepto mixto del patrimonio y, luego, borrando con el codo lo que escribió con la mano, parece adherir a la teoría económica⁷¹ .

Digo que “parecen” adscribir a la teoría jurídica económica por una cuestión que no se puede obviar, y que trata de muy claramente el profesor Héctor Hernández.

Se trata de la poca claridad con que se trata el tema en nuestra doctrina y

⁶⁴ Ibídem, p.160, nota al pie N°280.

⁶⁵ Ob. cit., p.238 y ss. Debe mencionarse que una crítica que se apunta en contra el concepto personal de bien jurídico es que convertiría los delitos contra el patrimonio en verdaderos delitos contra la libertad, perdiendo el norte.

⁶⁶ “Consideraciones...”, p.459.

⁶⁷ Es discutible la cita de estos autores en ob. cit. pp.159 en cuanto señalan que el profesor Etcheberry adhiere a la teoría jurídica del patrimonio, ya que también se podría afirmar que su postura adhiere a la tesis económica-jurídica. Sobre esta discusión ver opinión de Héctor Hernández.

⁶⁸ En ob. cit., p.141, este autor define la propiedad en términos jurídico-económico.

⁶⁹ Ob. cit., p.105.

jurisprudencia ⁷² .

Él sostiene, al tratar del perjuicio patrimonial y, en especial, de cuál es la teoría sobre el patrimonio aplicable en Chile, lo siguiente; “Ahora bien, surge la pregunta sobre cuál de estos conceptos se ajusta a lo que en Chile se entiende por patrimonio y por perjuicio. Ésta es una pregunta extraordinariamente difícil, pues más que ver las declaraciones de la literatura y las más ocasionales de la jurisprudencia, para dilucidar los conceptos se debe ver cómo se resuelven en definitiva los casos concretos. Los autores nacionales que en trabajos publicados se han hecho cargo de la oposición entre un concepto jurídico y otro económico de patrimonio, no exhiben un panorama homogéneo. Así, si bien en un comienzo Etcheberry parece optar por un concepto jurídico de patrimonio a propósito de un tema tan específico como es el de las prestaciones unilaterales a título gratuito..., inmediatamente, al matizar esa posición niega el perjuicio en virtud de una compensación económica, con lo cual asume un elemento central de la concepción económica, al tiempo que, también en sintonía con esa última concepción, deja abierta la puerta para ver un perjuicio ya en la puesta en peligro del patrimonio y para la relativa protección de las expectativas; Garrido no toma partido explícitamente, pero su opción por el patrimonio como suma de objetos determinados y no como universalidad, su rechazo a la protección de las expectativas y sus reservas para aceptar la compensación lo ponen en sintonía

⁷⁰ En “Hurto y Robo”, pp.87, Mera Figueroa señala, de forma textual; “Creemos, en suma, que el hurto exige de un perjuicio económico que debe determinarse del mismo modo que en la estafa, de acuerdo con la teoría económica jurídica del patrimonio y del perjuicio. Se requiere, por lo tanto, de una afectación real del bien jurídico protegido (derecho de dominio o relación con la cosa protegida jurídicamente), avaluable económicamente, y que signifique un menoscabo económico del patrimonio afectado”. Luego, en “Fraude Civil y Penal”, p.129, este autor señala que el ámbito máximo de la búsqueda u objeto genérico del delito de entregas fraudulentas es “...el patrimonio, entendido como el conjunto de los valores económicos de una persona, es el objeto jurídico genérico del delito de entrega fraudulenta”. Este segundo concepto de patrimonio que maneja el autor no parece, para nada, una definición jurídico-económica del patrimonio, más parece reflejar una concepción económica de éste. Ahora bien, Mera, páginas más adelante (p.140 y ss.) establece que el objeto jurídico específico de este tipo de delitos es “el derecho del sujeto pasivo a demandar el cumplimiento cabal de la obligación de entregar la cosa debida, que pesa sobre el agente”. Si bien Mera al hablar de este “derecho” da la idea de que lo que engloba el concepto patrimonio como objeto genérico de protección son las cosas reconocidas por el derecho, la utilización de las palabras “valores económicos de una persona” en la definición de patrimonio es absolutamente equívoca, y da lugar a malas interpretaciones.

⁷¹ Así en ob. cit., pp.195 señala “..la denominación de “delitos contra la propiedad”, agrupa a un conjunto de infracciones que en realidad atentan contra los derechos patrimoniales de las personas. “En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que pueden ser estimables en dinero, o sea, que formen su activo patrimonial (...). En efecto, el concepto penal de propiedad es más amplio que el concepto civil de la misma, como comprende no sólo el dominio.(...) sino también los demás derechos reales e incluso los derechos personales o créditos, que son los afectados en el delito de extorsión.”. Pero luego, en la pp.225 afirma “Asimismo, se discute la procedencia de la estafa en aquellos casos en que la víctima, movida por un interés inmoral o criminal, resulta perjudicada económicamente en sus pretensiones. La cuestión no ofrece dudas si se considera que el Derecho Penal castiga los delitos haciendo abstracción del sujeto pasivo. Cada cual responde de sus propias acciones criminosas.”. Un párrafo antes a este afirma al autor la protección de las meras expectativas. No se puede, por un lado, sostener como objeto de protección penal los derechos patrimoniales o derechos de las personas estimables en dinero y, luego, a renglón seguido, sostener que sean objeto de protección también las meras expectativas y las pretensiones movidas por un interés inmoral y criminal.

con una concepción jurídica de patrimonio, la que sin embargo, se rompe cuando niega toda relevancia a la causa ilícita en la consideración del perjuicio. Por último, Yubero y Matus y Ramírez optan por un concepto “económico-jurídico” o, más bien, como se suele decir en España, por un concepto “mixto” de patrimonio, esto es, tomando como punto de partida uno esencialmente económico, pero con el correctivo normativo de excluir las situaciones expresamente reprobadas. Como sea, veo ciertas similitudes con el estado de la discusión en España –la influencia de la literatura española en esta materia, en uno u otro sentido, es evidente-, país donde, en principio rige un concepto “mixto” de patrimonio, el que a primera vista coincidiría con el concepto dominante en Alemania y que acabamos de exponer, pero cuyos alcances son bastantes diferentes...Personalmente intuyo que en Chile rige un concepto que tendencialmente combina lo más restrictivo de los posibles modelos en discusión”⁷³.

Luego Hernández, a reglón seguido, expone su apreciación de este asunto, que él llama “interpretación” y no “descripción”, por cuanto “se trata de una materia donde nada es seguro”.

Dice; “Desde una perspectiva se podría pensar que entre nosotros se sigue un concepto marcadamente económico, si se considera que en principio nunca se considera que ha habido perjuicio sólo por no haberse recibido aquello a lo cual se tenía derecho”⁷⁴. En la misma línea sostiene este autor que otra manifestación de esta concepción del patrimonio (“bastante radical”) entre nosotros se encuentra en la circunstancia que se estima por parte de la doctrina y la jurisprudencia irrelevante la desvaloración de las

⁷² Un ejemplo de esta poca claridad en el tratamiento del delito de estafa (de gran parte de sus elementos típicos, en especial del elemento perjuicio patrimonial) la podemos encontrar en el proceso, aún en etapa de sumario, rol N°94.525-5, seguida ante el 11 Juzgado del Crimen de esta ciudad, en la cual se sometió a proceso a 3 personas (por el art.468 del C.P.) por parte de la ltma. Corte de Santiago (N° de ingreso a la I.C.A. 76.197-2000 el cual se puede ver en la página del poder judicial de Chile) al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante Laboratorio Chile S.A. en contra de la resolución del tribunal de primera instancia que no accedió a someterlos a proceso por el mencionado delito. El supuesto de hecho que se da por establecido en la resolución del tribunal de alzada es el siguiente; “terceras personas que se desempeñaban como vendedores del Laboratorio Chile, mediante el proceso de simular órdenes de compra de instituciones de beneficencia que por ser tales, procedían a sacar mercaderías cuyas facturas pagaban, con dineros en caja o depósitos en efectivo en la cuenta corriente en la empresa, para luego venderlas en el mercado informal por valores superiores, quedándose con la diferencia y ocasionándole un perjuicio superior a las 400 UTM, al no poder vender esos medicamentos en los precios de lista que eran muy superiores”. Se subentiende, al parecer (digo al parecer porque sería importante corroborar todos estos datos), que el laboratorio recibió íntegramente el dinero correspondiente al precio fijado en el acto de la venta por parte de la misma empresa, es decir, el laboratorio aprobó el precio de venta de los medicamentos creyendo que esta venta se hacía a las mencionadas instituciones. El quid del asunto parece transcurrir por el cause de hasta qué punto es posible asegurar a ciencia cierta que, de no haber vendido dichos medicamentos a través del procedimiento engañoso (ventas que, repito, se hicieron y el laboratorio parece haber aprobado, y por la cual recibió el dinero correspondiente al precio aprobado), necesariamente dicho laboratorio los habría vendido a terceras personas a un precio muy superior.

⁷³ Véase el trabajo de este autor en “Aproximación a la problemática de la estafa”, en Problemas Actuales de Derecho Penal, edición de la Universidad de Temuco, mayo 2003, p.174 y ss.

⁷⁴ Ibídem, p.175-176.

llamadas “posiciones económicas perdidas” (por ejemplo el estafador estafado), y la fundamentación de ello se encontraría en los N°5 del artículo 469 y N°7 del artículo 470 del Código penal. Prueba de ello se encontraría en una cita que hace de un interesante caso que se presentó en la jurisprudencia nacional ⁷⁵.

Sin embargo, acto continuo como destaca este autor, “al margen de estas notas características de una concepción económica de patrimonio, todo indica que el concepto jurídico tiene más importancia que la que se le atribuye. Desde luego por un aspecto central en la discusión comparada, como es que en general no se admite la existencia de un perjuicio por la pérdida de expectativas de valores económicos que no contribuyan o estén directamente asociados a derechos reales o personales...”.

Para él “Otra manifestación de lo anterior se aprecia cuando se trata de desentrañar el significado concreto de la reiterada exigencia de “perjuicio efectivo”, término oscuro que se encuentra muy arraigado también en la dogmática española. Desde luego se trata de una expresión redundante, pues es indudable que el perjuicio, como todos los elementos típicos del delito, deben darse de un modo efectivo, a menos que realmente se quiera designar algo diferente, como sería un determinado concepto de perjuicio...Y en realidad es un determinado concepto de perjuicio lo que subyace en esta expresión, concepto que aparentemente se expresaría en las siguientes definiciones parciales:...Por una parte, existiría tal perjuicio efectivo no ya cuando el patrimonio se vea gravado por una obligación contraída en virtud del engaño, sino recién cuando en definitiva el afectado debe desembolsar materialmente el dinero. Es lo que nítidamente entiende la Corte Suprema, por ejemplo, en el siguiente caso ⁷⁶ ...A primera vista este efecto restrictivo podría entenderse precisamente como restricción de una visión jurídica que viera en la mera asunción de una obligación un perjuicio patrimonial. Pero si se mira con cuidado se

⁷⁵ *Ibidem*, p.176. Se trata del proceso contra José Goldstein Canapka y otros, RDJ T. LXIX, 2°, 4°, p.184: en este caso unos funcionarios del Servicio de Impuestos Internos realizaron una fiscalización a un empresa X y le presentaron al director de ésta una abultada (pero falsa) liquidación de impuestos, solicitándole a este director su “colaboración” para disimular la base impositiva en atención a un “pequeño incentivo pecunario”. Dice el profesor Hernández, “En realidad los sujetos no pensaban defraudar al fisco, sino que simplemente hacer correctamente su trabajo, aunque aprovechándose del empresario. En un primer momento, el empresario aceptó pagar la dádiva, pero luego se arrepiente y denuncia los hechos. Al margen de la discusión sobre si no se trataba más bien de un delito funcionario, los funcionarios fueron condenados por estafa frustrada, pero lo interesante es que, si se dan cuenta, la supuesta contraprestación que no hubiese recibido el empresario era la comisión del delito..., pero esto no fue obstáculo para considerar que, de haber pagado la dádiva, hubiese sufrido un perjuicio patrimonial”. Agrega este autor que a una solución similar hubiese llegado la concepción jurídico-económica dominante en Alemania.

⁷⁶ Véase *ob. cit.*, p.177. Contra Alberto Merlet Gillet, RDJ T. LXV, 2°, 4°, p.105 y ss. Dice Hernández “Mediante engaño, un sujeto hace creer a otro que ha recibido de una empresa el encargo de vender acciones, encargo por el cual recibirá una cuantiosa comisión. Sin embargo, como para cumplir con su encargo necesita hacer frente a ciertos gastos, le pide dinero con la promesa de devolverle el dinero y además pagarle una parte de su comisión. El otro sujeto le proporciona unas letras de cambio aceptadas por él. Pues bien, todo esto era un engaño. No había encargo ni tales acciones. Las letras no fueron devueltas, fueron protestadas el aceptante tuvo que pagarlas sin recibir nada a cambio. Como era previsible, la Corte Suprema confirma que aquí ha habido estafa consumada, sólo que entiende que tal consumación, esto es, el perjuicio patrimonial se verificó cuando, en definitiva, el engañado tuvo que pagar el valor de las letras de cambio entregadas. Es decir, para la Core Suprema existió perjuicio recién cuando se desembolsó dinero, no cuando se entregaron las letras que obligaban a tal desembolso”.

verá que al mismo tiempo es una restricción respecto de una aproximación económica, pues en vez de preguntar si el patrimonio –económica, fácticamente- ha visto disminuido su valor, se ignora ese dato objetivo y sólo se considera perjuicio la pérdida de porciones patrimoniales concretas, con lo cual se inserta de lleno en la tradición del concepto jurídico del patrimonio...”.

Asimismo señala Hernández “Desde otra perspectiva, a la hora de apreciar el valor de la obligación correlativa compensatoria de la propia disposición, parece entenderse que recién hay perjuicio patrimonial cuando se verifica formalmente, conforme a la reglas del derecho privado, el incumplimiento de dicha obligación correlativa, con total independencia de la valoración fáctico-económica que se puede hacer de la situación”. Luego, este autor da un ejemplo de esta situación, como sería el caso de unos supuestos inversionistas extranjeros⁷⁷.

Continúa Hernández, “Lo mismo ocurre cuando, ahora con independencia de cualquier plazo, se alega que una persona no ha sido perjudicada mientras tenga un crédito que cobrar, con total prescindencia de si dicho crédito es económicamente cobrable o no. Esto puede ser razonable desde un punto de vista de la definición de las cosas del derecho civil, pero poco comprensible si de lo que se trata es de la protección real de intereses económicos, ámbito en lo cual lo único decisivo es la posibilidad real de ejecución. Desde esa perspectiva, nadie duda que hay un perjuicio económico si a cambio de una prestación real se recibe un crédito incobrable, aunque tenga toda las bendiciones del Código Civil. La práctica contable es muy sincera en este punto...Pues bien, esto es lo que a veces la jurisprudencia, negando un perjuicio desde puntos de vista exclusivamente jurídicos, a despecho de la realidad económica⁷⁸ ...No es inusual tampoco que se niegue la existencia de un perjuicio aludiendo a las posibilidades de accionar para obtener protección jurídica civil...Todos estos casos se resuelven de otra manera si se sigue un concepto económico de patrimonio, con o sin correctivos normativos...”.

Luego sostiene Hernández “lo decisivo para un concepto económico puro de patrimonio, como también en el punto de partida para un concepto económico-jurídico, es si el valor de la unidad que constituye el patrimonio ha disminuido o no, y esto con criterios fáctico-económicos, que pueden coincidir, pero no necesariamente con la regulación civil...Si esto es así, cuando mediante engaño se contraiga una obligación, la aceptación o no de un perjuicio dependerá de si económicamente esa obligación afecta el

⁷⁷ Dice este autor; “Unos supuestos inversionistas extranjeros llegan a la ciudad para echar andar un ambicioso proyecto turístico en Puerto Saavedra. Se instalan en grandes oficinas, realizan actividades de difusión de su proyecto, con presentaciones, maquetas, folletos que dan cuenta de otros proyectos realizados en otros países, invitando a inversionistas locales a participar en el financiamiento del proyecto. Algunos empresarios de la región prestan dinero a estos inversionistas, a un año plazo. Al día siguiente de tener a su disposición el dinero, cierran las oficinas y los supuestos inversionistas desaparecen. Días después la Policía Internacional informa que se trata de falsos inversionistas, conocidos por actividades ilícitas en otros países y que actualmente se encuentran en el Caribe dándose la gran vida. Los empresarios locales inician inmediatamente acciones legales contra los timadores, pero surge entonces la pregunta por el fundamento de tales acciones, esto es si se está frente a una estafa consumada o no. El punto es si puede hablarse ya de perjuicio o hay que esperar un año –cuando todo indica que del dinero no quedará nada- para tener por consumado el delito”.

patrimonio,...Tendencialmente habría perjuicio cuando se ha constituido un poder de disposición efectiva sobre porciones patrimoniales que ya no dependen de la voluntad del afectado...Desde otro punto de vista, la potencia compensatoria de la obligación correlativa no puede quedar absolutamente supeditada a la verificación formal del incumplimiento conforme al derecho civil”.

Luego, como se verá más adelante Hernández, de una manera muy similar a Roland Hefendehl (en Vermögensgefährdung und Exspektanzen)⁷⁹ en su estudio funcional de este tema incluye el análisis a la luz de las normas contables a fin de determinar el perjuicio patrimonial, dice; “A mi juicio, en esta materia pueden cumplir un rol orientador decisivo las prácticas asentadas en la contabilidad, en cuanto expresión más o menos aceptada de las valoraciones económicas...”⁸⁰.

Posteriormente Hernández expone la teoría de la frustración de los fines; “Ahora bien, desde una perspectiva distinta de la que define la oposición entre un concepto jurídico y uno económico de patrimonio..., ha surgido una serie de conceptos alternativos que tienen en común el propósito de atender a los fines e intereses del titular del patrimonio a la hora de definir el perjuicio patrimonial. Se constata que la aplicación del criterio económico objetivo o al menos intersubjetivo, incluidos sus correctivos normativos, puede conducir a resultados desafortunados e injustos desde el punto de vista concreto de la víctima, por cuanto no se consideran suficientemente sus fines económicos”.

En tercer lugar, y para terminar con estos tres temas planteados, cabe señalar si el patrimonio se protege como universalidad jurídica o la protección penal se concede a sus componentes individuales:

En España Antón Oneca, Bajo Fernández / Pérez Manzano, Queralt y Zugaldía, adhieren a la teoría que es la universalidad jurídica la que se afecta con el delito de estafa. En contra, y sosteniendo que la lesión particular de elementos integrantes del patrimonio constituyen objetos jurídicos de protección en el delito de estafa se pronuncian Vives, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Valle Muñiz, López de Barja Quiroga, Díaz

⁷⁸ *Ibidem*, p.178 y ss. Al respecto este autor cita un ejemplo de nuestra jurisprudencia. Se trata de la sentencia de la E.C.S. de 12 de septiembre de 1957, caratulado Morand contra Palacios, RDJ T. LIV, 2º, 4º, p.194. Dice Hernández que esta sentencia, notable por cierto sostiene, anterior a la ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, “y que probablemente motivó la creación del tipo del art.110 de dicha ley. El supuesto de hecho era el siguiente: El portador de una letra de cambio quiere obtener el pago forzado de la misma, para lo cual debe preparar la vía ejecutiva, gestión en la cual un suscriptor de la letra tacha de falsa su firma, descubriéndose luego que la firma era auténtica. Hoy hay un tipo penal especial para esta hipótesis, pero en la época en que se dictó el fallo no existía y el afectado se querelló por estafa. La Corte Suprema resolvió que no había estafa, en parte porque a su juicio no había engaño, pero también porque supuestamente no concurría el elemento perjuicio, considerando que la sola pérdida de la vía ejecutiva no constituía perjuicio típico. La pregunta es si, desde un punto de vista económico, se puede decir que no fue perjudicado. Nosotros sabemos que, salvo que sea mucho el dinero involucrado, sino se tiene disponible la vía ejecutiva no se tiene nada, sólo una quimera jurídica. En este caso la Corte Suprema aplicó, de facto, un concepto jurídico del patrimonio”.

⁷⁹ Gallego Soler, ob. cit., p.196 y ss.

⁸⁰ Hernández, ob.cit., p.180.

Palos, Bustos, Choclán / Calderón.

En Chile, Etcheberry y Garrido Montt adscriben a tesis de la protección individual de los elementos que integran el patrimonio. Mera, Matus y Ramírez, en cambio, adhieren a la teoría de la universalidad. Labatut no se hace cargo de esta discusión.

Teniendo presente toda la diversidad de opiniones reinantes en cuanto al bien jurídico que realmente protege el delito de estafa, cabe señalar que dentro de este párrafo relativo a la estafa y otros engaños existen figuras típicas que, en primer lugar, nada tienen que ver con el delito de estafa y, menos, tienen por finalidad proteger el bien jurídico propiedad.

Lo anterior hace evidente los errores de sistematización legislativa dentro de nuestro código, que conducen indefectiblemente a cuestionarse cuál es en realidad el bien jurídico protegido dentro del título en comento, y si es uno o son más los intereses jurídicamente relevantes que subyacen dentro de éste.

Así, por ejemplo, no es la propiedad formal o material lo que se protege en el caso del artículo 469 N°6 que castiga la destrucción de la cosa embargada por parte del propietario de ésta.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 471 N°1 que regula el llamado “hurto de posesión”, figura en que lo que se protege no es precisamente la propiedad como bien jurídico, sino que la posesión, puesto que el ataque se dirige desde el propietario hacia el poseedor⁸¹. O, en el caso del artículo 470 N°5, en que se impide la utilización de ciertos documentos de alguna de las formas descritas en esa norma.

Esta técnica legislativa es tan defectuosa que incluye dentro de las estafas la apropiación indebida, la cual está muy lejos de constituir una forma de este delito.

f) La sexta parte y última, corre desde el artículo 474 a 488 y trata de los delitos de incendio y los otros estragos⁸².

Respecto del delito de incendio queda claro que la propiedad formal o material no es, necesariamente, el único bien jurídico protegido, ya que se encuentra penado, por ejemplo, el incendio sobre bien propio.

El incendio excede, con creces, el marco conceptual de lo que pueda entenderse por

⁸¹ Al respecto véase a José Miguel Zugaldía Espinar en “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”, Akal/lure, 1988, pp.12 y ss.; a Antonio Quintano Ripollés en “Tratado de la parte especial del derecho penal”, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1977, pp.835 y ss. En contra, Francisco Muñoz Conde en “Derecho Penal, Parte Especial”, Décimocuarta Edición, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia 2002, pp.373. La postura del Muñoz Conde es concordante con su tesis que el bien jurídico comprometido en el delito de hurto no es la propiedad, sino que la posesión legítima del que tiene la cosa mueble.

⁸² Existen códigos donde la sistematización de este delito se ubica en bienes distintos a la propiedad como en nuestro país o en México. Así, en el Código Penal Alemán, este delito se encuentra ubicado dentro de los delitos de peligrosidad social. Italia es otro ejemplo. En Argentina el delito se encuentra contemplado relativo a los delitos contra la seguridad pública, al igual que en Uruguay. En Paraguay el delito se encuentra dentro de los llamados hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos, específicamente dentro de la figura relativa a la producción de riesgos comunes. En Venezuela se encuentra dentro de los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados.

delito de daños. Ello nos lleva a la necesaria conclusión de que hay casos en que el bien jurídico propiedad deja de ser el objeto jurídico de protección y este pasa a ser, por ejemplo, la propiedad ajena o la seguridad de las personas. Cuando el delito daña la propiedad ajena, claramente el delito se encuentra bien ubicado sistemáticamente, pero en cambio cuando el incendio afecta un bien propio que pone en peligro la seguridad de las personas, obviamente el delito no encuentra la adecuada ubicación sistemática.

En nuestro país Etcheberry⁸³ estima que el delito de incendio es de aquellos denominados de destrucción y en los cuales la protección de la propiedad aparece unida a la tutela de la seguridad pública y ciertos valores sociales, razón por la cual se castiga el incendio de cosa propia cuando supone un peligro para las personas o la propiedad ajena⁸⁴.

En cambio Garrido Montt se pronuncia en contra de esta tesis (que sostiene que el incendio constituye un delito de peligro) y estima que constituye un delito de lesión. Además, para este autor el bien jurídico comprometido no es uno, sino que son varios; ha veces es la vida, ha veces la integridad física, ha veces los bienes materiales y, en otros casos, la seguridad colectiva⁸⁵.

Labatut señala que no es la propiedad el único bien jurídico protegido, “sólo cuando esa contingencia no sea de temer, podrá afirmarse que el único bien jurídico protegido es la propiedad. Lo normal es el daño que sufren o el peligro que corren las personas”⁸⁶.

Queda claro que para estos autores, más allá de sus legítimas diferencias, existen distintos bienes jurídicos protegidos en el delito incendio que superan, por mucho, la mera propiedad.

En España, antes del actual código penal ocurría lo mismo que en nuestro país, ya que la ubicación sistemática del delito de incendio era la misma en ambas legislaciones.

Bajo esa antigua sistemática véase a Queralt⁸⁷. Este autor, representativo del sentir mayoritario de la doctrina, estima que este es un delito de peligro contra la seguridad colectiva en general y, por otro lado, contra la salud pública⁸⁸.

⁸³ Véase “Derecho Penal”, Parte Especial, tomo III, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, pp.461 y ss.

⁸⁴ En un sentido similar se pronuncia la coordinación dirigida por el profesor Antonio Bascuñán Valdés en “El delito de incendio”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1974, pp.63 y ss

⁸⁵ Véase “Derecho Penal”, tomo IV, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, pp.398 y ss.

⁸⁶ Véase “Derecho Penal Tomo II”, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago 2002, pp.239 y ss.

⁸⁷ Véase “Derecho Penal Español, Parte Especial”, Editorial Bosch, 1992, pp.469 y ss.

⁸⁸ En un sentido similar Federico Puig Peña en “Derecho Penal”, 5ª edición, tomo IV, parte especial, volumen 2º, Ediciones Desco, Barcelona 1960, pp.284 y ss.; Eugenio Cuello Calón en “Derecho Penal II (parte especial)”, undécima edición, Bosch, Barcelona 1961, pp.858 y ss.; Antonio Quintano Ripollés en “Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal”, tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967, pp.163 y ss.; a Juan Bustos Ramírez en “Manual de Derecho Penal”, parte especial, 2ª edición, Editorial Ariel Derecho, pp.244 y ss.

En esta misma línea encontramos a Vives, quien hace incapié en que si bien este delito “viene constituido por un entramado de intereses dispares”, ellos son reconducibles a las ideas de “seguridad de las personas”, “el patrimonio privado” y “el patrimonio público”⁸⁹.

Bajo Fernández establece una tripartición de este delito según el ámbito de protección penal. Esta tripartición es entre aquellas figuras que protegen exclusivamente a la propiedad ajena, aquellas que protegen la seguridad colectiva desplegando riesgo y, finalmente, la que protegen a ambos⁹⁰.

Una opinión distinta la representa Rodríguez Ramos⁹¹ al sostener que esta figura es en realidad un delito de daños mediante la acción del fuego u otro medio de especial potencialidad destructora subsidiaria a los delitos de daños genéricos, que protegen desde lo meramente patrimonial hasta la vida y la integridad corporal de una o varias personas.

También disiente de la doctrina mayoritaria Rodríguez Devesa⁹², al afirmar que este delito lo que se castiga es el abuso de la propiedad⁹³.

Semejante postura es la de Zugaldía quien sostiene que la doctrina mayoritaria no es correcta, ya que “la legislación penal española no se eleva a la categoría (de delito) a toda destrucción o incendio de bienes propios, sino sólo aquellos incendios que tienen por finalidad defraudar o perjudicar a tercero, o causan defraudación o perjuicio, o ponen en peligro bienes ajenos...”⁹⁴.

Otro tanto ocurre con los artículos 480 y 481 del Código Penal, que contemplan los llamados delitos de estragos, hipótesis típicas de nuestro cuerpo normativo que contemplan dinámicas comisivas que comprometen de lleno la seguridad pública (de riesgo colectivo como señala Muñoz Conde), por ejemplo, la explosión de minas o máquinas de vapor, del artículo 480, deja de manifiesto el compromiso del riesgo colectivo.

Así en el caso del artículo 481, se produce una anticipación de la barrera defensiva del derecho penal⁹⁵ al sancionar el sólo hecho de portar bombas explosivas conocidamente dispuestas para causar estragos, ello porque el legislador ha estimado que la antijuridicidad del acto -el desvalor⁹⁶ de éste- es digno de sanción, ya que en este

⁸⁹ Ob. cit., 1990, p.991.

⁹⁰ Ver “Manual de Derecho Penal (parte especial)”, Delitos Patrimoniales y Económicos, Editorial Ceura, Madrid 1987, pp.359 y ss.

⁹¹ Véase a Cobo, Gómez y Rodríguez en “Manual de Derecho Penal”, parte especial II, 2ª edición, Akal/lure, Madrid 1990, pp.357 y ss.

⁹² Ver “Derecho Penal Español”, parte especial, décimocuarta edición, Dykinson, Madrid 1991, pp.369 y ss.

⁹³ Quintano afirma que la tesis de Rodríguez Devesa, que deniega la naturaleza contra la seguridad colectiva y le asigna una sui generis en íntima correlación con los daños, constituyendo una variante cualificada de ésta.

⁹⁴ Ver “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”, Akal/lure, 1988, pp.12 y ss.

caso la específica modalidad de ataque va referida a la creación de un riesgo de importantes bienes jurídicos. En este tipo penal, la tenencia de artefactos explosivos, que de suyo conllevan un alto poder destructivo, pueden, lógicamente, dañar a las personas. Ello convierte esta hipótesis legal en un tipo de peligro abstracto⁹⁷. Luzón Peña estima que este es un delito de peligro concreto.

Nadie puede desconocer que no es la propiedad lo que se protege en estos casos, sea entendida la propiedad desde un punto de vista sentido formal o material.

Otro antecedente que debe tenerse en consideración de que no es, necesariamente, la propiedad el bien jurídico protegido en todos los delitos del título IX de nuestro código penal, es lo que aconteció con la reforma al Código Penal Español en 1995.

En este cuerpo normativo se trasladó las figuras del incendio y los estragos desde el antiguo título de los delitos contra la propiedad –actualmente contra el patrimonio- hasta el nuevo título de los delitos contra la seguridad colectiva (título XVII del libro II)⁹⁸.

También podemos ver otro ejemplo de que el delito de incendio protege más que la propiedad en la legislación alemana, país en el cual tanto el incendio como los estragos se regulan a partir del parágrafo 306 del StGB, dentro de los llamados delitos de peligrosidad social.

Habiendo efectuado hasta aquí un somero análisis del título 9º desde el punto de

⁹⁵ Sobre este tema ver a Pablo Cuesta Pastor en "DELITOS OBSTÁCULOS, Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico", Editorial Comares, Granada 2002, p.67 y ss. Este autor plantea que "En los delitos de peligro concreto, el tipo, por tanto, requiere como resultado de la acción la "proximidad" de una "concreta" lesión (es decir, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal "resultado" de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la "conducta", la cual se supone inherente a la acción salvo que se pruebe en el caso particular quedó excluida de antemano. Los delitos de peligro concreto son, pues, delitos de resultado (de proximidad de la lesión), mientras que los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad (peligrosa), siendo ambos verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro."

⁹⁶ Gonzalo Rodríguez Mourullo en "Derecho Penal (Parte General)", Editorial Civitas, Madrid 1978, p.331 y ss. Señala este autor que "El contenido material de la antijuridicidad está constituido fundamentalmente y en primer lugar por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La antijuridicidad es un juicio de desaprobación del hecho en cuanto ofensivo para un bien jurídicamente protegido. Ahora bien, como el Derecho penal, dado su carácter fragmentario, no prohíbe bajo amenaza penal toda clase de ataque a los bienes jurídicos más elementales del individuo y la comunidad, sino aquellos que se muestran como más intolerables, el desvalor de la acción que entraña específica modalidad de ataque pasa también a formar parte del contenido sustancial de la antijuridicidad. En la ofensa al bien jurídico radica el desvalor del resultado. En la forma y modalidad de perpetrar la ofensa radica el desvalor de la acción."

⁹⁷ Véase a José Manuel Gómez Benitez en "Teoría Jurídica del Delito (Derecho Penal Parte General)", Editorial Civitas, Madrid 1984, pp.167 y ss. En contra, estimándolo como un delito de peligro concreto ver a Luzón Peña en "Enciclopedia Penal Básica", Comares Editorial, pp.691.

⁹⁸ Véase "Diccionario Jurídico Espasa", Madrid 2001, pp.819 y ss. Una fuerte crítica a la nueva sistematización de este delito puede leerse en "Enciclopedia Penal Básica", de Luzón Peña, pp.807 y ss., quien llega a hablar de una "sistemática esperpéntica" en esta materia.

vista de la propiedad (formal o material), para saber si lo que realmente se protege es este derecho, queda más que claro que no es ella el bien jurídico protegido en todo este título.

Por eso, después de haber hecho un análisis tan básico a este título, desde una premisa de elemental técnica jurídica (como es el objeto jurídico protegido), no parece raro, como ya dije, que en un marco regulador tan confuso y errado el delito como la apropiación indebida se encuentre incluido, a estas alturas, dentro del párrafo destinado a las estafas y otros engaños, incrustándose como un cuerpo absolutamente extraño en un delito que es heredero del *stellionatus*⁹⁹ romano, no teniendo por tanto un origen común con ella.

La apropiación indebida nació a partir del *furtum* romano, haya sido *furtum rei*, *possessionis* o *usus*, pero no del *stellionatus*.

Desde los tiempos de los primeros comentarios de nuestro Código Penal hasta la fecha, pocos juristas han incursionado en este tema, constituyendo sus trabajos un necesario aporte a la renovación del debate jurídico de este delito y, en general, de los denominados delitos contra la “propiedad”.

Creo que existe un verdadero estancamiento de más de cien años sobre la materia en relación al avance de otros países, cuya primera evidencia se encuentra en el vetusto código que nos rige de más de 127 años.

Tan anticuado es, sin desmerecer su aporte en estos años, que basta mirar lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 386 para preguntarse; ¿es este código reflejo de la actual sociedad chilena?

La concepción actual del delito de apropiación indebida, y la influencia del erudito trabajo del profesor Politoff, han permitido lo que en palabra de Sainz-Pardo trascribiré; “La admisión del mero derecho a la devolución o entrega, como bien jurídico protegido, nos llevaría a desvirtuar de tal modo el delito de apropiación indebida, que habríamos de aplicar el 535 ante supuestos de mero incumplimiento contractual, dejando la esencia, el ataque al derecho de propiedad, reducida a plano secundario. El incumplimiento de las obligaciones, las reparaciones por daños y perjuicios derivados del mismo, o las repeticiones por enriquecimiento injusto, se resuelven y desenvuelven en el marco del derecho privado, dejando a salvo el carácter del Derecho Penal como última “ratio”. La huida al Derecho Penal, de que Roxin nos habla, significa el abandono del estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen”¹⁰⁰.

Queda claro de lo aquí sucintamente señalado que es necesaria una urgente reestructuración del título 9º de nuestro código penal, no sólo por cuanto no es la propiedad el bien jurídico aglutinador de este título, sino que también, por cuanto dentro de éste existe una confusión reinante que hace incoherente la sistematización de cada uno de los delitos que conforman el título, y uno de esos caso es, precisamente, la apropiación indebida.

Hasta ahora nuestra doctrina y jurisprudencia se han hecho cargo de cuestiones más

⁹⁹ Antón Oneca, ob. cit., p.2 y ss.

bien adjetivas que dicen relación con el análisis de la parte formal del contenido de la propiedad –la titularidad del derecho- y, con suerte, del patrimonio. Jamás se ha pronunciado sobre las corrientes formales o materiales que explican sobre el concepto propiedad y, menos, si el adoptar una corriente materialista del concepto, agregando el factor económico a la idea de propiedad, llevaría a desvirtuar los delitos contra la propiedad en delitos de enriquecimiento.

Tampoco se ha cuestionado sobre que comprende el concepto apropiar, ni se ha preguntado ¿de qué se apropia el sujeto activo en los delitos de apropiación?, si acaso será el valor ínsito de la cosa o su valor de comercialización, si es su sustancia o es su función.

Sin necesidad de constituir una manifestación de adhesión, no ha habido mayor debate acerca de la sustitución del concepto propiedad existente por el concepto patrimonio.

Tampoco ha habido mayor debate entorno a la posibilidad de regular de forma separada lo que constituyen auténticos delitos contra la propiedad de aquellos que, por esencia, son delitos patrimoniales (o contra el patrimonio), como asimismo lo ha habido sobre el alcance de los conceptos delitos patrimoniales en sentido amplio y restringido, y su utilidad como posible criterio de reestructuración de nuestra realidad legislativa.

No ha habido en Chile un análisis profundo de lo que realmente subyace bajo los conceptos propiedad y patrimonio, y lo que realmente se debe proteger a través de ellos como bienes jurídicos.

Para evidenciar lo anterior es importante recordar (como lo hace Welzel¹⁰¹, Mir Puig¹⁰² y toda la doctrina) la distinción entre objeto material y objeto jurídico del delito.

Es necesario en nuestro país efectuar un debate acerca de ambos objetos comprometidos en los delitos del título 9º, en especial en los delitos de apropiación indebida, hurto, robo y daños, los que podríamos llamar delitos contra la propiedad, y en el caso de las estafas, que podríamos llamar delito contra el patrimonio.

¹⁰⁰ José Sainz-Pardo C., "El delito de Apropiación Indebida", editorial Bosch, Barcelona 1977, p.69. Al respecto véase el comentario de Gonzalo Quintero Olivares, sobre La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español, en "Estudios Penales y Criminológicos", III, Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p.205 y ss. Este último autor señala; "El delito de apropiación indebida, que no es particularmente censurable en cuanto estructura típica, ha sido en cambio abusivamente utilizado como recurso sancionador de comportamientos ilícitos civiles, Leyes como la Ventas a plazos, o la Prenda sin desplazamiento, por ejemplo, lo cual en puridad de principios no es aceptable, pues el nacimiento del delito no debe depender de que una ley no penal disponga sin más subsunción en el Código penal de un hecho descrito por ella. Entiendo que en el futuro debiera evitarse semejante proceder que ha permitido con razón se diga que la apropiación indebida se está convirtiendo en el "refugium peccatorum" de todas las nuevas leyes garantizadoras del tráfico comercial, con riesgo incluso del respeto al principio de legalidad. Si aquellas leyes civiles es preciso prestarles un refuerzo coactivo penal, lo cual es plausible, el camino ha de ser otro".

¹⁰¹ Hans Welzel, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición castellana, Santiago 1987, p.15.

¹⁰² Ver en "Derecho Penal, Parte General", 5ª edición, Tecfoto, S.L., Barcelona 1998, p.199.

Mezger¹⁰³ sostenía que el objeto de la acción (u objeto material) es parte exterior integrante del mundo corporal y el objeto de protección (jurídico u objeto del ataque) parte integrante del mundo valorativo del derecho.

En base a lo anterior cabe preguntarse, por ejemplo, si en nuestro derecho el objeto material del hurto es la sustancia de la cosa o el valor de ésta, y si en la estafa lo es el patrimonio como universalidad jurídica o sólo lo son las partes individuales de éste.

También es necesario que la discusión se extienda a qué es lo que realmente se busca proteger en estos delitos, cuál es el objeto jurídico o bien jurídico comprometido en estos delitos, si en el caso de la propiedad es el derecho en sí mismo o las facultades inherentes al dominio¹⁰⁴, si es el valor económico de esta o su función, y en el caso del patrimonio si son los “valores que son reconocidos como derechos patrimoniales subjetivos por el derecho privado o por el derecho público”, o los “valores económicos, expresados en dinero, que pertenecen a una persona aunque no goce del reconocimiento por parte del derecho”, o los “valores económicos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica” o si, finalmente, es la “unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo del individuo en el ámbito objetivo”¹⁰⁵.

Mir Puig y Roxin citan en sus obras un ejemplo que es esclarecedor en cuanto a la distinción entre objeto material y objeto jurídico de un delito. Ambos señalan que en el delito de hurto el objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

Esta distinción es básica para poder esclarecer, correctamente, que es lo que se busca proteger en cada tipo penal.

Sólo al tener en claro que en cada delito siempre es necesario distinguir el binomio objeto material / objeto jurídico, se podrán evitar contradicciones como la que existe respecto del delito de hurto entre los artículos 432, 446 y 494 N°19 del Código Penal.

Esta contradicción se produce porque el artículo 432 define genéricamente el hurto como la apropiación de cosa mueble ajena y, luego, en el artículo 446, gradúa la pena de este delito en atención al valor económico de la cosa hurtada. Posteriormente el N°19 del artículo 494, sanciona el hurto de cosas cuyo valor no exceda de medio sueldo vital, es decir, se esta entregando protección a cosas carentes de valor económico (por ejemplo, de valor afectivo), ya que este numeral establece un límite máximo (al utiliza las palabras “no exceda”), pero no uno mínimo.

Así lo ha hecho presente Zugaldía en España, siguiendo el trabajo de Schmidhäuser en Alemania.¹⁰⁶

En España se han manifestado en contra de esta interpretación Susana Huerta

¹⁰³ “Tratado de Derecho Penal”, volumen XII, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid 1946, p.370 y ss.

¹⁰⁴ Zugaldía Espinar, ob. cit., p.29.

¹⁰⁵ Zugaldía Espinar, ob. cit., p.52 y ss.

¹⁰⁶ Véase “Los delitos.....”, p.27.

Tocildo, haciendo mucho incapié en la relación que existiría entre ánimo de lucro y el valor económico de las cosas objeto de protección en el C. P. Español ¹⁰⁷. También se suman a ella Bajo Fernández y Pérez Manzano ¹⁰⁸.

Pérez Manzano afirma en el libro "Compendio de Derecho Penal", que "La doctrina española mayoritaria entiende que la cosa ha de ser valorable económicamente, es decir, que ha de tener un valor de mercado. En contra, sostiene Zugaldía y un sector de la jurisprudencia (STS 27.10.93) que las cosas sin valor económico son objeto idóneo del hurto, aunque su sustacción habría de calificarse de falta de hurto. Según esta tesis, si para la falta de hurto basta con que el valor de la cosa sea inferior a 50.000 ptas., la sustracción de cosas carentes de valor económico también constituiría sustracción de cosas de valor inferior a 50.000 ptas. Sin embargo, entiendo que el hecho de que se exija un valor inferior a 50.000 ptas. para la falta de hurto corrobora la idea de que el objeto material ha de tener un valor económico: superior -delito- o inferior -falta del art.623.1- a 50.000 ptas, pero valor económico al fin" ¹⁰⁹.

Sin embargo, la postura del Zugaldía no es tan aislada, ya que actualmente la sigue Silva Castaño ¹¹⁰.

Cabe señalar que Zugaldía parece tener razón en su planteamiento, ya que como sostiene Kindha-user;

"La reformulación de los delitos contra la propiedad como delitos de enriquecimiento a través de la teoría del valor de la cosa (concepto material de propiedad), o bien de la teoría de la unificación, ha conducido de nuevo, en la moderna dogmática del hurto, a volver a considerar el contenido de la propiedad. Así, se entiende que el objeto de la apropiación no debe ser el valor, sino los factores constitutivos de valor de la cosa; en particular, su posibilidad de utilización. Sin embargo, si se comercializa la posibilidad de utilización y se concibe como valor económico funcional de una cosa, lo que se está haciendo es sencillamente volver a aplicar de un modo nuevo la teoría del valor de la cosa, porque toda utilización de una cosa que de alguna manera posee valor se convierte entonces en objeto apto de imputación. El hurto pasaría de ser un delito contra la propiedad a convertirse en un delito de uso económico ilícito de la cosa. Ya BOCKELMANN había intentado evitar esta consecuencia exigiendo que sólo pudiera tomarse en consideración, como objeto de imputación, el valor vinculado a la cosa según su forma y función. En esa misma dirección van los planteamientos que se centran en la utilización económicamente razonable, en la utilidad funcional, en el uso de acuerdo con el destino, en las posibilidades funcionales objetivamente inherentes a la cosa, etc. Pero estas propuestas son poco convincentes. El elemento decisivo de la propiedad, poder usar la cosa "a discreción" (parágrafo 903 BGB), no se descubre buscando criterios

¹⁰⁷ Véase "Protección.....", p.35.

¹⁰⁸ Véase " Delitos patrimoniales.....", p.72 y también en "Compendio de.....", p.351 y ss.

¹⁰⁹ Ob. cit., p.351 y 352.

¹¹⁰ "El delito de.....", p.140 y ss.

objetivos de utilización –teniendo en cuenta que, además, tal esfuerzo lleva consigo dificultades difíciles de dominar. Precisamente, es la arbitrariedad del uso lo que caracteriza el poder de dominio extenso de la propiedad sobre la cosa. Además, este planteamiento (se refiere al criterio funcional) tampoco resiste el “test de transmisión”: si tenemos en cuenta que el Derecho civil no conoce propiedad alguna sobre las posibilidades de utilización o funcionales, tampoco pueden tales posibilidades ser transmitidas aisladamente, de modo que quedan excluidas como objetos de la cuasi-propiedad”.

“Como resultado provisional, hay que constatar que, en una interpretación orientada al concepto de propiedad y no al de patrimonio, el objeto de la apropiación en el hurto solamente puede ser la misma cosa sustraída por el autor ¹¹¹”.

Es necesario hacer un alto en este punto.

El BGB (Código civil) no contiene ninguna definición legal de propiedad (ya que el párrafo 903 busca fundamentalmente fijar el contenido de la competencia correspondiente al propietario) y tampoco la GG (Ley Fundamental de la República Federal Alemana). La GG contiene una garantía de la propiedad en la que están comprendidos todos los derechos de valor patrimonial (vermogenswert) y el BGB entiende que la propiedad es el derecho más extenso a un acto de dominio real (uso –Benutzung-, consumo –Verbrauch-) y legal (enajenación) que el ordenamiento jurídico permite respecto de una cosa mueble o inmueble.

Se puede ver, de esta forma, que el BGB proporciona un concepto formal de la propiedad el cual toma en consideración Kindhäuser al definir su postura. En otras palabras, es necesario tener en consideración que este autor parte de un concepto formal de propiedad.

En España la postura de Zugaldía no es aceptada por Muñoz Conde. Sin embargo, Muñoz Conde reconoce de forma tangencial al problema que plantea la protección penal de las cosas carentes de valor económico; “Es necesario que el patrimonio tenga un *valor económico estimable en dinero*. Desde luego también deben ser protegidas las cosas que, aun estando desprovistas de un valor económico objetivo, tienen un valor afectivo, subjetivo, para el que las posee. Pero en el Derecho penal no se puede decir que el patrimonio comprenda también las cosas que, estando privadas de un valor de cambio en dinero, tienen para el sujeto uno afectivo sentimental” ¹¹² .

Actualmente, Gallego Soler cree que la propiedad sobre un bien o derecho comporta un valor económico en sí mismo, sin importar que la cosa tenga o no un valor económico.

Él señala, en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia española, que no es un elemento definitorio la existencia de un valor económico para la delimitación entre los delitos contra la propiedad y el patrimonio, y ello es así porque puede estimarse que la mera propiedad de un bien ya es un valor en sí mismo.

¹¹¹ “La apropiación en el hurto: objeto y límites”, Revista del Poder Judicial N°54, España.

¹¹² “Derecho Penal...”, 14ª edición, p.352.

Dice; “De este modo, la posesión de un objeto con valor afectivo tiene un valor económico por el mero hecho de su existencia, a pesar de que dicho valor puede ser insignificante en el caso concreto. Una prueba de que la práctica jurisprudencial acoge implícitamente esta argumentación es que en los supuestos en que no existe prueba acerca del valor de la cosa o del bien objeto materia de la infracción patrimonial en cuestión, invocando el principio de presunción de inocencia o el *indubio pro reo*, se califica sin más la conducta como falta....(y ello ocurre ¹¹³) porque en todo caso se asume que la propiedad de un bien o derecho comporta un valor económico en sí mismo....” ¹¹⁴.

Esta es la forma como Gallego Soler trata de solucionar este problema fundamental.

En Chile, si bien estima que la cosa ha de tener un valor económico, autores como Garrido Montt ¹¹⁵ ha tratado tangencialmente el tema de la protección penal de las cosas carentes de valor pecunario al reconocer las críticas realizadas al sistema de regulación de la pena en atención exclusiva al valor pecunario de las cosas.

Debo manifestar que dentro de los argumentos proporcionados por Garrido Montt en cuanto a que la cosa ha de tener valor económico menciona lo preceptuado por el art. 455 del CP. Este artículo sostiene que cuando no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente. Sin embargo, este artículo no contiene elemento alguno que permita concluir que las cosas carentes de valor económico no se encuentren protegidas por el ordenamiento jurídico, es más, podría sostenerse que dicha norma sólo se aplica cuando la cosa tiene valor económico. Además, es una regla de onus probandi y, por tanto, un problema de prueba.

La tesis que protección penal se brinda sólo a las cosas con valor económico es avalada en nuestro país por Fuensalida ¹¹⁶, Politoff ¹¹⁷ y Etcheberry. Este último señala; “Además, dentro de un sistema legislativo que integra el delito con el ánimo de lucro, no resulta tan criticable que se atienda, para la penalidad, al valor de la cosa, que ordinariamente será lo que ha impulsado al hecho de delinquir” ¹¹⁸.

Labatut trata también de forma tangencial el tema cuando sostiene que es muy censurable el criterio objetivo de graduar la sanción “tomando como base el valor de las cosas hurtadas, porque el agente, al cometer el delito, ignora de ordinario el verdadero valor de las cosas que se apropia, de donde resulta que la pena va a depender de un factor que a menudo escapa a su conocimiento” ¹¹⁹.

¹¹³ Este agregado es mío.

¹¹⁴ "Responsabilidad Penal y perjuicio patrimonial", editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, p.308 y ss.

¹¹⁵ Ob. cit., p.157.

¹¹⁶ Ob. cit., 183.

¹¹⁷ “El delito...”, p.93.

¹¹⁸ Ob. cit., 307.

Matus y Ramírez adhieren a la tesis de que la cosa ha de tener valor económico. Se desprende esto de que, al igual que Etcheberry (quien trata el tema), ellos entienden que el ánimo de lucro es la intención del sujeto activo de obtener una ventaja de carácter económico de la cosa. Mencionan el art.494 N°19 del C.P al que sólo relacionan con el hurto de hallazgo, sin entrar al tema que aquí tratamos ¹²⁰.

Este tema complica a muchos autores y conduce, necesariamente, a preguntarse;

¿sobre qué recae la apropiación?,

¿qué es lo que protege el bien jurídico propiedad en el delito de hurto, la propiedad formal o material?,

¿lo que se protege a través del bien jurídico propiedad es la sustancia de las cosas, el valor de éstas o su función?.

Si a la pregunta ¿qué se protege a través del bien jurídico propiedad? se respondiera “que es el valor de las cosas”, cabe preguntarse entonces;

¿cuál es el valor de las cosas que se protege, el valor ínsito de éstas o el valor que ellas pueden llegar a producir en el comercio jurídico?.

En este contexto, ¿cuál es la función dogmática del ánimo de lucro?.

Todas estas preguntas que nos hemos formulados en relación al hurto, por lo dispuesto en los arts. 432, 446 y 494 N°19, también se presentan en el delito de apropiación indebida, ya que el artículo 470 N°1 gradúa la penalidad en atención al monto del perjuicio, remitiéndose para ello a la escala establecida para el delito de estafa.

Si el perjuicio no excede de medio sueldo vital, el artículo 494 N°19 lo castiga como falta. En otras palabras, es perfectamente posible argumentar que es punible la apropiación indebida de cosas carentes de valor económico.

Nuestro código se estructura como un catálogo de normas penales en torno a un criterio unificador como son los bienes jurídicos. Pero como vimos, efectuado un test primario en base a este criterio unificador en los llamados delitos contra la propiedad de nuestro código penal (desde el punto de vista de la propiedad formal), queda en evidencia la confusión reinante respecto del verdadero bien jurídico protegido de este título. No se sabe cuál es y si éste es uno o son más.

Si bien en doctrina, sin embargo, otros criterios unificadores o de clasificación de los delitos ¹²¹, claro es que el sistema de codificación existente los agrupa sólo en función de uno de sus elementos objetivos del tipo llamado bien jurídico.

Sin perjuicio de utilizar los criterios de clasificación de los delitos aquí señalados, en el desarrollo de mi trabajo, atenderé, para poder elaborar un concepto coherente del delito de apropiación indebida, al criterio utilizado (nominalmente) por nuestro código como es el del bien jurídico protegido (ya que de un somero estudio de los delitos comprendidos dentro del título “delitos contra la propiedad” se puede deducir que el

¹¹⁹ Ob. cit., p210.

¹²⁰ Ob. cit., p.101, 103, 111 y 112.

código sólo menciona el bien más no atiende a él cuando desarrolló el mentado título). Creo que a este nivel es donde existe el mayor desorden conceptual del delito materia de este estudio. Consecuencia de lo anterior se produce la confusión en sus verbos rectores, el objeto de la acción y, también, en el sentido de un aspecto subjetivo como es el ánimo de lucro.

Para mí el bien jurídico es importante, porque dentro de las funciones que desempeña se encuentra su rol sistemático como criterio de clasificación de los delitos dentro del sistema de codificación, ello en razón del sentido dogmático que posee como el objeto jurídicamente protegido por la norma penal vulnerada¹²².

Gunther Arzt señala al respecto que; “Las consideraciones sobre el bien jurídico tienen la finalidad, además, de servir a la sistemática de la Parte Especial, al poner de relieve los intereses que en cada caso se protegen de modo primordial.”¹²³.

Según señala este autor, el bien jurídico protegido es “el punto de referencia

¹²¹ Ver a Rodríguez Mourullo, ob. cit., p.267 y ss. Los delitos pueden clasificarse en base a 3 órdenes de cosas: a) En función a la gravedad; b) En función a los elementos del tipo, c) Y, finalmente, en función a la conexión que existe entre las figuras legales. **En función a la gravedad los delitos, el art. 3º de nuestro CP, clasifica los “delitos” en crímenes, simples delitos y faltas.** Este criterio viene de la tripartición napoleónica del Código Penal Francés de 1811. **En función a los elementos del tipo los delitos se clasifican según se trate de los elementos objetivos o de los elementos subjetivos.** Tratándose de los **elementos objetivos del tipo**, los delitos se clasifican se en primer lugar en atención al **autor o sujeto activo** (dentro de esta categoría **se subclasifican según sea uno o varios, si son varios se denominan** plurisubjetivos, y éstos se dividen en delitos **de conducta unilateral** –delito **de convergencia** en Alemania- y delitos **de conducta bilateral** –o delitos **de encuentro**-; **según la cualificación del sujeto activo** se dividen en **comunes y especiales** y, finalmente, **según el criterio para discernir** –dominio del hecho o infracción de deber-; en atención a la **acción y el resultado** (aquí cabe en primer lugar hablar de los delitos **de mera conducta** y los **de resultado**; delitos **simples, complejos, mixtos y de hábito**;delitos **de propia mano**; delitos **de consumación normal o consumación anticipada**); en atención al **bien jurídico y modo de afectación** (aquí caben los delitos **de lesión o peligro**; **de consumación normal o anticipada**; **instantáneos, permanentes y de estado**; **uniofensivos o pluriofensivos**; **de intereses individuales, colectivos o mixtos**); en atención al sujeto pasivo y/o el titular del bien jurídico(de coincidencia **de sujeto pasivo y titular del bien jurídico y de no coincidencia** entre éstos). **Tratándose de los elementos subjetivos del tipo**, los delitos se clasifican en **delitos que contienen elementos subjetivos del tipo** (aquí caben los delitos **de tendencia interna trascendente** y los delitos **de intención, y estos últimos se dividen en mutilados de dos actos y de resultado cortado**), delitos que sólo admiten **comisión dolosa y delitos imprudentes** (imprudencia que puede ser **consciente, inconsciente, temeraria o grave, negligencia o imprudencia profesional y, finalmente, ignorancia o negligencia inexcusable**). **Para terminar, cabe señalar que los delitos pueden clasificarse también en función a su conexión con otros tipos penales, y ello puede ser a través de tipos básicos o tipos derivados (calificados o privilegiados), tipos primarios y tipos subsidiarios.**

¹²² En cuanto al bien jurídico y su rol como elemento a tomar en consideración a la hora de clasificar los delitos en la parte especial del derecho penal se puede ver una referencia en el trabajo de José Luis Guzmán Dalbora em “El delito de amenazas”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago 1999, p.11 y ss., en especial notas al pie de páginas 6 y 7. Ahora bien, en contra de tomar en consideración los rótulos de los títulos del Código Penal a fin de determinar los bienes jurídicos se manifiesta Valle Muñiz, “El delito...”, p.77.

¹²³ Ver a Gunther Arzt en Roxin, Arzt y Tiedemann en “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”, Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona 1989, p.87 y ss..

fundamental tanto para valorar la gravedad o importancia de cada delito, como para ordenar sistemáticamente los delitos a lo largo de toda la Parte Especial.”.

La primera gran clasificación en torno al bien jurídico comprometido que puede aplicarse al caso de la apropiación indebida la obtenemos del trabajo de Artz. Según él “Todos los delitos y todos los correlativos bienes jurídicos pueden dividirse en dos grandes grupos:

“En el grupo primero pueden situarse todos los bienes jurídicos individuales, es decir, intereses particulares como la vida, la salud, la libertad, la propiedad, el patrimonio. A tales bienes jurídicos corresponden los delitos de asesinato y homicidio, las lesiones, detenciones ilegales, hurto y estafa.”.

“En el grupo segundo se concentran los bienes jurídicos de la comunidad y del Estado, es decir, intereses públicos como la protección de la seguridad del Estado, con los delitos correspondientes de desórdenes públicos, de asociaciones terroristas, etc., o la protección de la Administración de Justicia, con los correspondientes delitos de falso testimonio o de favorecimiento, o la protección de la Administración Pública frente a la corrupción, mediante los delitos de cohecho.”¹²⁴.

Cabe mencionar respecto a esta tajante clasificación, como lo hace Tiedemann¹²⁵, que existen casos en que los delitos que protegen bienes individuales se entrecruzan a los delitos que involucran bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Este autor sostiene que el caso de los delitos patrimoniales, (dentro de los cuales él menciona los delitos de estafa, de administración infiel, de apropiación indebida, de soborno, de usura, de daño, de hurto, de quiebra, etc.) “se dirigen primordialmente a la protección del patrimonio de particulares y sólo en casos especiales implican, de modo incidental y complementario, la tutela de intereses patrimoniales supraindividuales, como son los del fisco, de los bancos, de las compañías aseguradoras, de las sociedades mercantiles, etc. Existen situaciones que demuestran que tales delitos contra el patrimonio, clásicos en el Código Penal, son también o pueden convertirse en un delito económico en sentido estricto. Así lo indica el ejemplo del daño, el cual, desde el punto de vista del sabotaje económico, puede concebirse como un delito económico y en muchos ordenamientos jurídicos se halla previsto como tal; e igualmente lo indican recientes casos de alteración de computadoras con ayuda de magnetos, etc., en los cuales la finalidad de la acción y la entidad del daño adquiere nuevas dimensiones. Hay aquí un entrelazamiento entre dogmática penal y política criminal, en el sentido de que nuevas formas de daño social, derivada de acciones previstas ya como delitos patrimoniales, pueden y deben mover al legislador a examinar si, a la luz de todo el sistema penal y social, exigen la creación de nuevas figuras delictivas a fin de proteger bienes jurídicos también nuevos”.

“En principio, existirá un delito económico, en el ámbito clásico del Derecho Penal patrimonial, cuando para la ejecución del delito se empleen medios que el legislador protege como instrumentos de la vida económica mediante tipificaciones penales autónomas. Al propio tiempo, tales hechos punibles afectan a bienes jurídicos de la

¹²⁴ Artz, “Introducción..., ob. cit., p.87.

¹²⁵ Ver en “Poder Económico y Delito”, Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona 1985, p.17 y ss.

generalidad o de sectores enteros de la economía”.

Sin embargo, el delito de apropiación indebida es claramente, según esta clasificación, un delito que protege bienes jurídicos individuales, sea la propiedad, el patrimonio (que como veremos no es el interés tutelado en este delito) o ambos, y pertenece al primer grupo de que habla Artz.

Debe recordarse al respecto a Samson, citado por Zugaldía ¹²⁶, en cuanto a que la sistematización de los delitos contra la propiedad y el patrimonio se orienta en primer lugar en el bien jurídico protegido.

Bajo Fernández ha sostenido que la doctrina española “Pese a que reconoce que la clasificación de los delitos patrimoniales ofrece dificultades muy serias, sorprende, sin embargo, el prurito que ha empujado a la mayoría de los autores a hacerla”, ya que “En Realidad, el esfuerzo por clasificar los delitos patrimoniales no compensa por la escasa utilidad de sus resultados” ¹²⁷. Así elude Bajo una sistematización, para él vacía en contenido ¹²⁸.

Creo que esta clasificación es útil, para lograr la necesaria reelaboración del título 9º del libro II de nuestro código de una forma coherente (respetando de este modo el principio de intervención mínima del derecho penal y sus consecuencias conocidas como la subsidiariedad, accesoriedad y secundariedad ¹²⁹), y por ello adhiero, como señalé anteriormente, al criterio de clasificación de los llamados delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, clasificación que tiene muy en cuenta el objeto material y el objeto jurídico que involucran ambos grupos ¹³⁰. Este criterio de clasificación dual (que puede ser tilado de entender la propiedad de un modo formal) de los llamados, en nuestro país, delitos contra la propiedad, fue desarrollado por la doctrina alemana (teniendo muy en cuenta que el concepto de patrimonio que se ha desarrollado en ese país ha sido en consideración al delito de estafa) y tiene por seguidores a Samson, Rudolphi, Hern y Schreiber.

En España ha sido seguida por Zugaldía Espinar, Choclán Montalvo ¹³¹ y en Chile por M. Soto Piñeiro.

La clasificación de estos delitos es la siguiente ¹³²:

¹²⁶ Zugaldía Espinar, ob. cit., p.26.

¹²⁷ “Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Delitos Patrimoniales y Económicos)”, p.14.

¹²⁸ Véase a De la Mata Barranco en “Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación”, PPU S.A., Barcelona 1994, p.57 y ss.

¹²⁹ Véase a Mir Puig en “Introducción al Derecho Penal”, Julio César Faira, B de F Ltda., Buenos Aires 2001, p.107.

¹³⁰ Sobre la importancia de la distinción entre bien jurídico y objeto de la acción véase, entre otros, a Claus Roxin en “DERECHO PENAL”, ob. cit., p.62-63; Reinhart Maurach / Heinz Zipf en “Derecho Penal”, Parte General, I, editorial Astrea, Buenos Aires 1994, p.338 y ss; Hans-Heinrich Jeschek / Thomas Weigend, ob. cit., p.274 y ss.

¹³¹ Ver en “El Delito de Estafa”, Barcelona 2000, según cita de José Ignacio Gallego Soler en “Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial”, Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia 2002, p.37 y ss.

a) Según el bien jurídico protegido existen delitos contra derechos absolutos y delitos contra el patrimonio.

b) Según la clase de ataque o lesión, en los delitos contra los derechos absolutos esta lesión importa una reducción de la posibilidad de disponer. En los delitos contra el patrimonio la lesión se dirige al patrimonio en su conjunto (aunque ataque posiciones jurídicas particulares de la víctima) e implica una reducción del valor global del patrimonio.

Es menester señalar que esta clasificación atiende sólo a elementos objetivos del tipo.

La doctrina a efectuado una distinción muy importante de lo que sucede en el mundo externo entre el objeto de la agresión del delito (objeto material, objeto de la acción u objeto del hecho) y la lesión que causa esta agresión (el llamado resultado típico que es el efecto de la acción sobre el objeto del hecho), de lo que sucede en el mundo valorativo entre el objeto de protección del delito (objeto jurídico o bien jurídico) y la lesión de este objeto de protección (o lesión del bien jurídico).

Cabe señalar que todo delito (sea de mera actividad o resultado) se puede caracterizar como lesión de un bien jurídico, pero no todo delito requiere la lesión de un objeto determinado.

Teniendo presente la aclaración recién expuesta de objetos y lesión, puede efectuarse una especificación a la clasificación de Zugaldía en lo relativo al objeto del ataque o lesión, donde parece haber una confusión. Una cosa es, como ya vimos, el ataque y otra muy distinta la lesión, estos dos conceptos se encuentran en una relación de causa a efecto. Por tanto, en la clasificación de Zugaldía debiera distinguirse el objeto del ataque (causa) de la lesión (efecto). Creo, que ese ataque, para los efectos de esta clasificación se refiere al objeto de la agresión de que habla Stratenwerth¹³³ o Jescheck y Weigend¹³⁴, es decir, al objeto material del delito¹³⁵. Así, en base a ello, se podría distinguir en dicha clasificación:

- a) El objeto del ataque,
- b) La lesión del bien jurídico.

Dentro del concepto objeto del ataque, en los delitos contra derechos absolutos, encontraríamos la cosa sobre la que recae la posición jurídico-formal del titular del

¹³² Zugaldía Espinar, ob. cit., p.26.

¹³³ Véase a Günter Stratenwerth en "Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible", traducción de Gladys Nancy Romero a la 2ª edición Alemana de 1976, por Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires 1999, p.77 y ss.

¹³⁴ Véase a Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend en "Tratado de Derecho Penal, Parte General", traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Editorial Comares, Granada 2002, p.281.

¹³⁵ Véase a Carlos Blanco Lozano en "Derecho Penal, Parte General", Editorial La Ley, Madrid 2003, p.732 y ss.; Reinhart Maurach y Heinz Zipf en "Derecho Penal, Parte General I", traducción de Jorge Boffil y Enrique Aimone a la 7ª edición Alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994, p.338 y ss.

derecho (de propiedad u otro derecho real). En cambio, la lesión del bien jurídico en estos delitos es la reducción de las facultades inherentes al dominio o posición jurídico-formal del titular sobre la cosa.

Ahora bien, en los delitos contra el patrimonio, el objeto del ataque es el patrimonio, específicamente a través de los elementos que lo componen. En cambio, la lesión del bien jurídico es la disminución del valor global del patrimonio o perjuicio patrimonial.

Existen otro criterios de clasificación para estos delitos, que si bien son respetables, no parecen ser muy apegados a la realidad. Un ejemplo lo puede constituir, desde un punto de vista de los elementos subjetivo del tipo, la clasificación que hacía Carrara (él atendía como criterio de clasificación al ánimo de lucro)¹³⁶. Esta es una clasificación que Quintano Ripollés¹³⁷ denomina teleológica y que rechaza por insuficiente.

Desde mi punto de vista esta clasificación no es correcta al basarse en el ánimo de lucro, ya que respecto de este ánimo aún no es muy claro su contenido como tampoco su función dentro del delito de hurto y de la apropiación indebida. Además, como señalé, en nuestro país se castigan por igual (aunque sea como falta) tanto el hurto que afecta a cosas sin valor económico como a cosas con valor económico, entonces cabe preguntarse ¿a qué se refiere el lucro?, ¿qué es en realidad?. Una sistematización que tome en consideración este ánimo es sumamente criticable.

Quintano Ripollés, aquí citado, también acude al ánimo de lucro dentro de su tripartición de los delitos contra la propiedad (él los divide en infracciones de apoderamiento lucrativo, infracciones de uso abusivo del propio patrimonio e infracciones de menoscabo patrimonial), y por ello, como señala Zugaldía, se pierde claridad en cuanto al verdadero bien jurídico comprometido.

Sin recurrir al ánimo de lucro directamente, sino al enriquecimiento obtenido por el

¹³⁶ Ver en "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, volumen VI, Editorial Temis, p.8 y ss., párrafo 2013 y ss. Carrara criticaba en su época la clasificación de los delitos contra la propiedad basada en la distinción de bienes muebles e inmuebles por engañosa. Así él, en el párrafo 2015, sostiene que siguiendo las huellas de Erhard, divide los delitos contra la propiedad "según el criterio de los distintos fines del culpable" (sujeto activo). Así, por ejemplo, la primera división la hace en cuanto a las ofensas contra la propiedad que proceden de avaricia de lucro y las que proceden de espíritu de venganza. Un aspecto que es muy destacable de este alumno de Rossi es el tratamiento que le dio a la clasificación de los delitos, atendiendo a su carácter jusnaturalista y racionalista. Dividió los delitos entre aquellos de fuerza física (externa) y aquellos de fuerza moral (interna). Ambas categorías de delitos gozan de un aspecto objetivo (en los delitos de fuerza moral es el daño moral y en los delitos de fuerza física es el resultado o daño material) y de otro subjetivo (en los delitos de fuerza moral es la voluntad inteligente y en los de fuerza física es la acción corporal mediante la cual se cumple el designio perverso). Esta forma de clasificar los delitos tuvo influjo incluso en Welzel (la fuerza física lo constituye el injusto y la fuerza moral lo constituye la culpabilidad), con la variante de que en la división de los aspectos objetivos y subjetivos, para Welzel en el aspecto subjetivo de la fuerza debe incorporarse la voluntad o designio perverso (que en Carrara se encuentra en la fuerza moral subjetiva). Por su parte, Hegel al valorar la voluntad y la finalidad une el aspecto externo con el aspecto interno del acto, los que pasan a ser un todo indisoluble, a consecuencia de lo cual se hace inaplicable la distinción de los delitos efectuada por Carrara. Finalmente es importante recordar que Carrara, sin lugar a dudas, junto con Binding, constituyen los mayores expositores de la escuela clásica, ya que la elaboración de sus sistemas era de una gran coherencia. J. Bustos, "Introducción al Derecho Penal", Ediar Conosur, Santiago 1989, p.116 y ss.

¹³⁷ Ob. cit., p.26 y ss.

delito Muñoz Conde los clasifica en de dos grandes grupos, uno de delitos patrimoniales de enriquecimiento, dentro de los cuales incluye al hurto y la apropiación indebida, y otros de delitos patrimoniales sin enriquecimiento. Obviamente, ni el hurto ni la apropiación indebida son delitos de enriquecimiento. Por ello también es objetable su clasificación.

Existen recientes críticas dentro de la doctrina española a la clasificación propuesta por Zugaldía, críticas que han sido extraídas de un sector de la doctrina alemana. Si bien a continuación pasaré a mencionar dichas críticas, la sistemática ha utilizar en este trabajo será simplemente la del binomio propiedad / patrimonio, por ser la más clasificadora.

De la Mata y, actualmente, Gallego Soler¹³⁸ (desde el punto de vista normativo) critican a Zugaldía por cuanto este distingue dos grupos totalmente distintos, unos de ellos denominados delitos contra la propiedad (donde se exige sólo la existencia de una cosa, un propietario y un acto de expropiación) y los otros denominados delitos contra el patrimonio (los cuales exigen la causación de un perjuicio económico). Consecuencia de lo anterior, dicen, es que Zugaldía no puede aglutinar en un solo gran grupo estas 2 clases de delitos, los cuales podrían clasificarse en un solo gran grupo llamado, por ejemplo, “delitos contra los valores patrimoniales”.

Así ellos sostienen que la clasificación de los intereses patrimoniales debe efectuarse en función a un referente único de concepto patrimonial (o referente único de sistematización).

Estos delitos que podrían llamarse “contra los valores patrimoniales” (del cual este concepto sería el referente único de sistematización o concepto único de patrimonio) ellos los subdiven, a su vez, entre los delitos contra la propiedad (o delitos contra el patrimonio en sentido amplio) y los delitos contra el patrimonio en sentido estricto.

De la Mata y, posteriormente, Gallego Soler afirman que, antes que todo, existen dos cuestiones fundamentales a tener en consideración para clasificar esta clase de delitos; en primer lugar, el objeto material sobre el que recae la conducta y, en segundo lugar, la naturaleza jurídica del interés patrimonial.

En la doctrina alemana, según Gallego Soler, la primera clasificación puede efectuarse tanto en función del objeto material sobre el que recae la conducta típica cuanto de las peculiaridades del resultado típico. La segunda clasificación puede efectuarse en función de la naturaleza jurídica individual y supraindividual del interés patrimonial.

Dentro de la primera clasificación (objeto material / resultado típico) él distingue dos subgrupos; los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la propiedad.

A su vez, de los delitos contra el patrimonio los subdivide en delitos contra el patrimonio en su globalidad y los delitos en contra de elementos individuales del mismo.

En la segunda clasificación (que atiende a la naturaleza jurídica del interés patrimonial), Gallego Soler dice que puede distinguirse entre los delitos contra el

¹³⁸ Véase a José-Ignacio Gallego Soler en “Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial”, Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia 2002, p.37 y ss.

patrimonio en sentido amplio y los delitos económicos o socio económicos.

Cabe consignar que existen otras clasificaciones aceptadas en Alemania que también atienden al objeto material del delito o al bien jurídico protegido de referente individual. Así Vogel, atendiendo al bien jurídico protegido, habla de delitos contra la propiedad conocidos también como delitos contra el patrimonio en sentido amplio (estos se dividen entre delitos de daños y delitos de apropiación) y delitos contra el patrimonio o delitos contra el patrimonio en sentido estricto.

Ahora bien los delitos contra el patrimonio, atendiendo al objeto material, se dividen en delitos contra el patrimonio en su totalidad (en estos delitos se lesiona el patrimonio globalmente considerado mediante la pérdida integrante del mismo) y delitos contra elementos concretos del patrimonio (aquí se incluye posesión sobre bienes muebles, derecho a la propiedad y el derecho de posesión).

Se ha sostenido, afirma Gallego Soler, que los delitos contra el patrimonio en su totalidad, de aquellos que habla Vogel, se dirigen contra derechos particulares o concretos elementos integrantes del mismo, aunque estos elementos patrimoniales individuales no aparecen incluidos en el tipo legal, de tal modo que cualquiera de ellos puede ser objeto de ataque.

Hay que hacer notar que, la clasificación entre delitos contra el patrimonio en su globalidad y delitos contra elementos patrimoniales individuales parte del presupuesto de la existencia de UN CONCEPTO ÚNICO Y UNITARIO DE PATRIMONIO.

Pero sucede, como ha puesto de manifiesto Otto, que en realidad la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia parten de 2 conceptos distintos de patrimonio¹³⁹, y así;

En los delitos contra el patrimonio en su totalidad, sólo se protegen
objetos con valor monetario, en cambio,

En los delitos de hurto y robo el ataque puede dirigirse a cosas sin valor
monetario (cosas que quedarían incluidas en un patrimonio distinto del anterior y, por ende, más reducido).

Esta observación de Otto supone, como señala Gallego Soler, que así los delitos contra el patrimonio en su totalidad el concepto de patrimonio se determina por el valor de cambio de la cosas o UMSATZMÖGLICHKEIT y, a su turno, en los delitos de hurto y robo, el concepto de patrimonio se determina según el valor de uso de la cosas.

Lo anterior conduce a la idea de que no existe un concepto único de patrimonio y, por tanto, de perjuicio patrimonial.

La crítica de Otto se dirige a la doctrina dominante en Alemania, que mantiene un concepto formal de propiedad, de manera tal que dicho concepto, que prescinde de elementos como el valor de la cosa (y, con mayor razón, del daño económico que pueda producir la apropiación de un objeto), no permite incluir dentro de su clasificación delitos tales como la estafa que se fundan, precisamente, en una concepción económica-objetiva e individual del patrimonio. Por ello agrupan, por un lado, los delitos que sólo abarquen

¹³⁹ De la Mata, "Tutela...", p.347.

actos de apropiación y, por tanto, sólo incluyen en este grupo los delitos que protegen la propiedad desde un punto de vista formal, y por otra parte hablan de los delitos patrimoniales los cuales abarcan todos aquellos tipos que protegen de la causación de un daño económico individual.

Esta es la misma idea de De la Mata, el cual distingue 2 tipos de lesiones patrimoniales, por una parte la lesión patrimonial entendida en forma global y, por la otra, la lesión de un aspecto concreto de ese patrimonio (sea ese aspecto una relación de propiedad, una relación de posesión o cualquier otro derecho real).

Este autor sostiene¹⁴⁰ ; “Es evidente que los delitos de apropiación se dirigen contra la propiedad y, en este sentido, podría parecer superfluo entrar a debatir el concepto de patrimonio. Sin embargo, ha de insistirse en que los delitos de apropiación son también delitos patrimoniales en cuanto afectan a una relación patrimonial concreta, lo que obliga a aceptar que lesionándose la propiedad se lesiona también el patrimonio del titular, que puede perjudicarse bien en su globalidad bien mediante el menoscabo de uno de sus componentes. Hablamos, por tanto, de dos tipos de lesión patrimonial: en un caso, lo que se lesiona es el patrimonio entendido en su aspecto global; en otro, lo que se lesiona es un aspecto concreto de ese patrimonio: así, una relación de propiedad, posesión, o cualquier otro derecho real que constituya el bien jurídico específico. Pero tanto en un como en otro caso estamos ante la lesión de un patrimonio, lo que implica, por exigencias de congruencia sistemática y conceptual, que el concepto de patrimonio sea unívoco en ambos casos”.

Hay que dejar en claro que De la Mata parte de la base, a diferencia de Zugaldía, que debe existir un concepto de patrimonio que aglutine tanto a los delitos contra el patrimonio como de los delitos contra la propiedad, y para ello acude a un concepto funcional tanto de la propiedad como del patrimonio.

Él cree que este concepto funcional difumina la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio. Una vez aglutinado todos los delitos bajo un concepto funcional del patrimonio la diferenciación entre los diversos tipos que la integran habrá de buscarse, tanto en la modalidad comisiva, cuanto en la concreta relación patrimonial afectada.

Gallego Soler concluye de las palabras de De la Mata que el hecho que existan diferentes clases de perjuicio patrimonial no es incompatible con la idea de un concepto de patrimonio como bien jurídico penal que permita englobar las peculiaridades de cada modalidad típica y adoptar un concepto amplio de patrimonio en que puedan tener cabida los distintos elementos patrimoniales y sus concreciones. Pueden coexistir la idea de un concepto único de patrimonio que englobe todo los delitos referidos a esta materia, únicamente diferenciados en el tipo de perjuicio patrimonial o la parte del patrimonio que concretamente afectan, cuestión que se verá en cada modalidad delictiva. Así, mientras que el concepto de patrimonio tiene que ser inicialmente el mismo, por ejemplo en la estafa y en la apropiación indebida (al margen de las peculiaridades que impone el objeto material propio de cada modalidad), el concreto contenido del bien jurídico-penal en

¹⁴⁰ Ob. cit., p.65 y ss.

ambas modalidades no tiene idéntico alcance, como tampoco para lo que respecta al perjuicio patrimonial.

La distinción propuesta por Gallego Soler incurre en el error de considerar, como sostiene Zugaldía, los delitos de apropiación indebida, hurto y daños como auténticos delitos contra el patrimonio y, en definitiva, como auténticos delitos de enriquecimiento, ya que como señala este autor, el concepto patrimonio nace para la estafa. Tan es así, que Zugaldía sostiene que siguiendo esta tesis, mayoritaria en España, no sería hurto la apropiación de un objeto de valor afectivo y, como vimos, este sistema protege las cosas carentes de valor. Para Zugaldía, la lesión a la propiedad se produce por la mera expropiación de la cosa apropiada, siendo indiferente que dicha expropiación recaiga en sobre una cosa carente de valor económico o que la expropiación vaya acompañada de una compensación que, todo lo más, servirá para cubrir las responsabilidades civiles surgidas "ex delicto"¹⁴¹.

Gallego Soler y De la Mata sostienen que la tesis de Zugaldía no ha tenido recepción mayoritaria en España, y el primero de éstos sostiene que en dicho país, el hurto y la apropiación indebida son delitos patrimoniales y, por tanto la sistemática española no permite aplicar la clasificación elaborada en Alemania.

Zugaldía ha respondido a las críticas sosteniendo que sus tesis puede aplicarse entendiendo el ánimo de lucro como ánimo de apropiación y recordando que el tradicional sistema de cuantías utilizado para la determinación de la pena en estos delitos, tanto en el antiguo título XIII del código español, como en el título 9º nuestro, ha ido desapareciendo en la actualidad.

Para Gallego Soler quien mejor representa la doctrina mayoritaria española es Huerta Tocildo, por cuanto sostiene "que todos los delitos patrimoniales presentan una doble faceta: de un lado impiden al sujeto pasivo un efectivo dominio sobre la cosa; de otro, la pérdida de este dominio se traduce en una disminución, económicamente estimable del patrimonio. Ambos aspectos son, desde mi punto de vista, inseparables a la vista del Código penal español, ya que, de otra manera, no se comprendería la exigencia de "ánimo de lucro" en los delitos de hurto y robo. En el delito de hurto, el sujeto activo tiene el propósito de aumentar su patrimonio, en forma antijurídica, mediante una cosa que le ha de producir un beneficio económico; resultaría, por ello bastante chocante que se considerase constitutivo de hurto la apropiación de, por ejemplo (ejemplo utilizado frecuentemente en la doctrina), un mechón de cabellos, por mucho valor sentimental que éstos tuvieran para su propietario. Aparte de que, en tal supuesto, habría que descartar por completo el ánimo de lucro, de aceptarse que también las cosas desprovistas de valor económico puedan ser objeto de un delito de hurto,....."¹⁴².

Si bien Gallego Soler cita esta autora, la critica, ya que según él el ánimo de lucro se puede referir también a cosas que no tengan valor económico. Por esto él propone un concepto amplio de ánimo de lucro que no se refiere al valor de la cosa sino que al provecho que la cosa le puede reportar al sujeto activo. Para esto propone el ejemplo de

¹⁴¹ Zugaldía, Propiedad, p.25 y ss.

¹⁴² Ver en "Protección Penal del Patrimonio Inmobiliario", Editorial Civitas, Madrid 1980, p.34 y ss.

la carta del novio ¹⁴³. Hay que recordar que en contra de este concepto amplio se había manifestado Bajo Fernández porque no permite, entre otras cosas, distinguir el delito de daños del delito de hurto, como sucedería en el caso del comerciante que destruye el negocio de su competidor ¹⁴⁴.

Choclán Montalvo ¹⁴⁵ aceptando los postulados ius privatistas y, por ende el concepto formal de propiedad, en su libro “La Estafa”, adhiere a la críticas hechas a la tesis mayoritaria y se muestra partidario de la clasificación de los delitos entre aquellos que antentan en contra de la propiedad y aquellos que antenta en contra del patrimonio, tomándo como base de la clasificación la distinción que existe entre el ánimo de lucro y el ánimo de obtener beneficio económico, ello por cuanto los delitos contra la propiedad tutelan una relación de dominio y el derecho civil reconoce el dominio de cosas sin valor económico, por eso existen delitos contra la propiedad que protegen relaciones de dominio sobre cosas sin valor económico. Es por esta razón que los delitos contra la propiedad no pueden ser comprendidos dentro de la categoría de los delitos patrimoniales, porque se incluyen dentro de los delitos contra la propiedad la protección de cosas sin valor económico y los delitos patrimoniales se basan precisamente en ese antecedente, a saber, el valor económico de las cosas.

Gallego Soler señala que la consecuencia de la tesis de Choclán es que entiende el ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad como ánimo de apropiación (así también Zugaldía), y este ánimo de apropiación lo formula como comprensivo del ánimo de quebrar el dominio ajeno y constituir una nueva relación de dominio sobre la cosa. Esta constitución de una nueva relación de dominio debe ser en todo similar a la del propietario, pero sin el reconocimiento del derecho.

En la doctrina alemana Kindhäuser ¹⁴⁶ (seguidor de la teoría de la sustancia y los postulados del derecho civil) trata del problema del reconocimiento del derecho respecto de la nueva relación de dominio que se entabla entre el sujeto activo y la cosa. Él dice

¹⁴³ Ob. cit., p.45. Este ejemplo consiste: “A se apropia de una carta de amor que el famoso cantante X envió a su novia, con la intención de subastarla entre sus fans, ¿negaremos el evidente ánimo de lucro de A, que puede cobrar por la venta de dicho objeto una ingente cantidad de dinero a partir del argumento que las cartas de amor son objetos con valor meramente afectivo?”.

¹⁴⁴ Véase “ La Realización Arbitraria del Propio Derecho”, Editorial Civitas, Madrid 1976, p.21. Él define el lucro la “ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa de valor económico o de tráfico”. Bajo sostiene que la interpretación del ánimo de lucro en la doctrina española es casuística y amplia. Así cita a Rodríguez Devesa para quien el lucro es el “propósito de obtener un provecho económico contemplado desde un punto de vista del agente” y provecho económico lo define como “la adquisición de una cosa, valuable en dinero, gratuitamente o por un precio inferior al que en el caso concreto debería haber satisfecho el agente para llegar a un acuerdo cerca del propietario sobre la transmisión”. Bajo recuerda que Rodríguez Mourullo, Díaz Palos y Quintano rechazan este concepto amplio de lucro porque como señala Quintano, por ejemplo, en el caso de la destrucción del negocio del competidor, no se puede distinguir entre los delitos de hurto y de daños. Bajo rechaza a Quintano cuando analiza si el ánimo de lucro persigue fines inmediatos o ulteriores la distinción lucro altruista y lucro satisfacción.

¹⁴⁵ Gallego Soler, ob. cit., p.46.

¹⁴⁶ Urs Kindhäuser en “La apropiación en el hurto: objeto y límites”, Poder Judicial, España, N°54 / p.139 y ss.

que la intención de apropiación específica exigida por el delito de hurto sólo puede interpretarse como voluntad de detentar la posición de un propietario sin reconocimiento jurídico (ver parágrafo 935 párr. 1º del BGF). En este mismo sentido se pronuncia también Majón-Cabeza¹⁴⁷.

Gallego Soler estima que los delitos contra la propiedad (a pesar de que pueden no afectar el patrimonio) y los delitos contra el patrimonio son reconducibles a un referente individual; a un concepto unitario de bien jurídico de referencia.

Esta tesis no es sólo posible sino que también es necesaria, afirma Gallego Soler. En el mismo sentido se pronuncia en nuestro país Etcheberry¹⁴⁸.

¿Y por qué es necesario?, se pregunta Gallego Soler.

Es necesario tanto por razones dogmáticas como por razones de política criminal. En el fondo, es necesario un referente único para ambas clases de delitos para de esta forma poder dotar de sentido axiológico al sistema de los delitos contra los intereses patrimoniales individuales.

Por esto es trasladable a España, sostiene Gallego Soler, las críticas que Kindhäuser ha hecho al derecho patrimonial alemán cuando afirma que se percibe una ausencia de una sistemática, la cual se concreta en la apreciación de lagunas legales y contradicciones valorativas entre los distintos tipos penales.

Gallego dice que es necesario definir, como lo afirma De la Mata, un concepto de patrimonio que no sea incompatible con el que se mantenga respecto de cada relación patrimonial concreta para, de este modo, intentar elaborar un verdadero sistema de delitos contra bienes jurídicos patrimoniales con independencia de las concretas manifestaciones del patrimonio que debemos tomar en consideración, sea por la vía del bien jurídico penal, sea por la vía del objeto material.

De esta forma, hay que definir inicialmente el bien jurídico-penal patrimonial y dicho concepto no podrá tener en consideración las posibles concreciones de ese bien jurídico-penal de referencia que el legislador haya realizado en tipos concretos. A pesar de la diferencia existente entre propiedad y patrimonio, no puede permitirse una noción de propiedad que no pueda integrarse dentro del concepto patrimonio. No puede defenderse, sostiene este autor, criterios económicos o jurídicos económicos del patrimonio y, paralelamente, defender un concepto formal de propiedad.

Como dije, estas críticas son un eco de la tesis formulada recientemente en Alemania por Kindhäuser respecto de la clasificación que existe en dicho país entre los llamados delitos contra de la propiedad y los delitos contra del patrimonio.

Kindhäuser ha tratado de emparentar los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio teniendo en cuenta como único referente el concepto genérico de patrimonio jurídico penal.

Por ello sostiene que dependiendo del concepto de patrimonio que se adopte como

¹⁴⁷ Ob. cit., p.184.

¹⁴⁸ Ob. cit., tomo III, p.296.

bien jurídico va a ser el concepto de propiedad que habrá de sostenerse.

Por ejemplo; si se parte de un concepto jurídico formal del patrimonio el concepto de propiedad que habrá de sustentarse será formal, en cambio, si se parte de un concepto de económico del patrimonio, la protección del patrimonio y de la propiedad van a configurarse en ámbitos distintos (los delitos patrimoniales desde un punto de vista económico y los delitos contra la propiedad desde un punto de vista formal).

Si se concibe el patrimonio como un conjunto de derechos transmisibles dispuestos como medio para el libre desarrollo de una persona (su titular), careciendo dichos derechos de valor económico, debemos concluir que nos encontramos frente a un concepto formal de propiedad. Ahora bien, si le atribuimos valor económico a dicho conjunto de derechos (los derechos patrimoniales de una persona) el concepto de patrimonio pasa a ser material.

Desde un punto de vista jurídico del patrimonio, puede afirmarse que los delitos de apropiación protegen única y exclusivamente la propiedad de los bienes muebles, pero no en el sentido que afecten al derecho de propiedad, entendido en términos iusprivatísticos, si no más concretamente, garantizan el derecho del propietario a la posesión de una cosa como fundamento de su ejercicio jurídico.¹⁴⁹

Por eso Gallego Soler reclama que; “es preciso distinguir entre el patrimonio como bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio, del patrimonio entendido como objeto material de un delito patrimonial. Y ello porque, por ejemplo, afirmar que el patrimonio es el bien jurídico protegido en la estafa o en cualquier otra figura delictiva, con independencia del concepto de patrimonio que se acoja –jurídico, económico, mixto, personal-funcional- poco aporta en orden a la comprensión de la configuración delictiva en un plano más empírico como es el objeto material u objeto de la acción típica”.

“En este sentido, puede precisarse que la limitación del objeto material concreta o define el alcance del bien jurídico-penal”¹⁵⁰.

Así, según este autor, la congruencia del ámbito de protección de los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio depende del concepto de patrimonio que se maneje. Habrá congruencia si el concepto de patrimonio que se maneja es formal (o jurídico), lo que significa que se protege la propiedad con independencia de su valor económico. En cambio, no habrá congruencia si se concibe el patrimonio desde un punto de vista jurídico-económico, ya que el ámbito de protección de los dos grupos de delitos será distinto, por una parte en los delitos contra la propiedad el objeto jurídico protegido será formal (existirá protección independencia de que las cosas objeto material de la acción tengan o no valor económico) y en los delitos contra el patrimonio el objeto jurídico protegido tendrá un contenido material (de carácter económico).

Lo anterior constituye una fuerte crítica a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española que acepta el concepto mixto o jurídico-económico del patrimonio.

¹⁴⁹ Gallego S., ob.cit., p.48 y ss.

¹⁵⁰ Gallego S., ob.cit., p.103 y ss.

Gallego postula la reagrupación de los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio bajo el epígrafe, único, de delitos contra el patrimonio, siempre y cuando ello ocurra a través de un concepto adecuado de patrimonio, para de esta forma evitar las mencionadas incongruencias.

Para lograr lo anterior es necesario una limitación del objeto material concreto establecido en el tipo penal.

En Italia, los profesores Fiandaca y Musco afirman que los delitos contra el patrimonio se contemplan desde una perspectiva de tutela más cercana al concepto material, mientras que los delitos contra la propiedad se contemplan más desde una perspectiva formal. Por esta razón las cosas (como objeto material del delito) no necesitan tener un valor económico, ya que en el ámbito de protección de los delitos contra la propiedad el objeto protegido es el derecho de señorío que ejercita el titular del derecho de propiedad sobre la cosa ¹⁵¹.

Si bien son atendibles algunas de las críticas hechas a la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio creo, junto a Zugaldía ¹⁵² (quien sigue a Schmidhäuser en este punto) que es altamente dudosa la legitimidad de la unificación de los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio bajo la rúbrica de “delitos contra los valores patrimoniales”.

Para Zugaldía las dudas a la legitimidad de esta unificación nacen, en primer lugar, por cuanto ella significa una contradicción patente, ya que si los delitos contra la propiedad se construyen al margen del concepto de patrimonio (concepto que fue acuñado en exclusividad para el delito de estafa, paradigma de los delitos patrimoniales) “no se explica por qué los delitos contra la propiedad suponen un ataque a un valor precisamente patrimonial”. Para ello Zugaldía nos proporciona un ejemplo; “si la expropiación de una cosa carente de valor patrimonial puede ser hurto, con ello se está indicando que el delito de hurto se construye al margen de los valores que puedan merecer calificación de patrimoniales”.

En segundo lugar, porque el aceptar la unificación de ambos grupos de delitos bajo la rúbrica de “delitos contra los valores patrimoniales”, supone subordinar el hurto a las exigencias del concepto patrimonio que se utilice para la estafa, lo que con razón no es aceptado en las elaboraciones teóricas ni en las soluciones dadas a los supuestos prácticos.

Creo, además, que nada impide la creación de títulos aparte dentro del código en los cuales trate separadamente lo que son los auténticos delitos contra la propiedad de lo que son los auténticos delitos contra el patrimonio. Se evita, de esta forma, lo endeble (y criticable) que se transforma el sistema de los delitos contra los valores patrimoniales (o delitos patrimoniales) cuando, por un lado, y como ya se dijo, se protege un concepto formal de propiedad y, por el otro, se protege un concepto material de propiedad, todo

¹⁵¹ Fiandaca Giovanni / Musco Enzo, “Diritto penale, Parte speciale, vol. II, t.II, Il delitti contro el patrimonio”, 2ª edición, Bologna 1996, p.44 y ss.

¹⁵² Zugaldía, “Los delitos contra...”, ob. cit., p.27 y ss.

esto dentro de un mismo título.

Es necesario tener presente que si se busca proteger dentro de un determinado grupo de delitos los valores económicos de un sujeto, en especial, el mantener incólume el patrimonio de éste, no se puede incluir como objeto de protección de dicho grupo la relación de propiedad que se tiene sobre una cosa ya que, como dice Kindhaüser¹⁵³, se haría ingresar a dicho grupo de delitos un “elemento distorcionador del ámbito civil”. Esto sería así porque la propiedad, en el Código Civil, es respetada con independencia de su valor económico y, por tanto, si ella ingresa a dicho grupo de delitos se mezclaría la protección de cosas carentes de valor económico con cosas que si poseen un valor económico.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la creación de conceptos amplios y restringidos de patrimonio puede incurrir en el error de confundir dos órdenes de cosas distintas dentro de la teoría del delito, por una parte el objeto material (u objeto de la acción) y, por la otra, el objeto jurídico del delito.

El objeto material se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción y el objeto jurídico equivale al bien jurídico comprometido¹⁵⁴

Al crear la categoría de delitos patrimoniales en sentido amplio se confunde el objeto jurídico de protección (en este caso el patrimonio que tiene un contenido económico) con el objeto material del delito (la cosa, que no necesariamente tiene valor económico) y la lesión al bien jurídico (que en el caso de las cosas es la reducción de las facultades inherentes al dominio y en el caso del patrimonio la disminución del valor económico de éste).

La apropiación indebida, al ser un delito de apropiación y, por tanto, que atenta contra la propiedad, puede perfectamente brindar protección a cosas carentes de valor económico. Desde este punto de vista, este delito se encontraría perfectamente ubicado dentro de la categoría de delitos contra la propiedad, versus lo que constituyen los delitos contra el patrimonio.

Ahora bien, entendiendo el delito de apropiación indebida como una modalidad de defraudación, la ubicación de este delito se traslada de los delitos contra la propiedad a los delitos contra el patrimonio. Entonces, en este supuesto el delito de apropiación indebida no podrá brindar protección a cosas carentes de valor económico y, además, pasará a ser el único delito de apropiación que tendrá por finalidad proteger la incolumidad del patrimonio, sea entendido éste en su globalidad o en sus partes individuales.

Finalmente, si se entiende que el art. 470 N°1 de nuestro Código penal contiene dos delitos distintos, por una parte el delito de apropiación indebida y por otra el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, el delito de apropiación indebida vuelve a ser entendido como un delito de apropiación y, por tanto, un delito contra la propiedad, por lo

¹⁵³ Urs Kindhaüser, "La apropiación...", ob. cit., p.142 y ss.

¹⁵⁴ Mir Puig, ob. cit., p.199.

que su ubicación en la clasificación estará fuera de toda duda.

2.- Elementos

La apropiación indebida, como todo delito, requiere de la concurrencia de ciertos elementos objetivos y subjetivos.

Dentro de los elementos objetivos encontramos:

(1) La conducta, sea en sus modalidades de apropiación y distracción. Es importante el estudio de si la apropiación y distracción son dos modalidades de la misma conducta o son cuestiones diferentes. Además, es importante estudiar si cabe la posibilidad de que se dé una apropiación omisiva.

(2) El objeto material, la cosa mueble ajena, sea no fungible¹⁵⁵ o fungible¹⁵⁶. Cabe hacer presente, como veremos, que si reconocemos validez a la regla civil (de las obligaciones de género) que cada vez que media la entrega de una suma de dinero (bien ultrafungible) se esta traspasando la propiedad de ese dinero del tradens (sujeto pasivo) al accipiens (sujeto activo), entonces será necesario reconocer que deja de ser la propiedad el bien jurídico protegido en la apropiación indebida y pasa a ser el patrimonio dicho bien. Este es uno de los puntos más álgidos a que debe enfrentarse el estudio de la apropiación indebida.

Otro de los problemas que se plantean, que vamos a tratar aquí, es el que hacen presente Quintano Ripollés y Silva Castaño. Dice esta autora; “Con respecto al último de los problemas apuntados, esto es, si mencionar el dinero supone incorporar como posibles cosas muebles todos los bienes fungibles o consumibles, la respuesta es discutible. Quintano Ripollés en su Tratado sostiene frente a las opiniones que consideran que los bienes fungibles no pueden ser objeto del delito de apropiación, que “al enumerar el propios Código junto a las cosas muebles el dinero, se resuelve en parte

¹⁵⁵ Un ejemplo de apropiación de bien no fungible que vemos en la jurisprudencia nacional de los últimos 20 años es el caso de los “woofer”. El hecho fue el siguiente; Carlos Vilches Castillo entregó a Antonio Marín Garay aparatos en que iban parlantes bajo o woofer que fueron reemplazados so pretexto de reparación, quedándose Antonio Marín (el encausado) con los originales que no fueron retornados (hecho que consta tanto por haberse dejado constancia de su numeración como por cuanto las cajas que los contenían, al ser devueltas, presentaban señales de haber sido limadas y adaptadas para la instalación de los parlantes nuevos). En este caso el Primer Juzgado del Crimen de San Miguel condenó a Antonio Marín como autor del delito de apropiación indebida. Este fallo fue confirmado por la I.C.A. de San Miguel el 04 de mayo de 1993 y la E.C.S. rechazó el recurso de casación en el fondo. Véase la Gaceta Jurídica N°184, p.107 y ss.

¹⁵⁶ Silva Castaño, ob. cit., p.121, al tratar nota al pie N°339; “Nótese como el tratamiento del dinero es diferente al de los bienes fungibles en general. El tema del tratamiento que debe darse a los bienes fungibles desde la interpretación de los delitos de apropiación, se inicia con la discusión de si por la específica mención del dinero en el artículo 252, se debe entender “extensivamente” que podemos incluir los bienes fungibles en general, o por el contrario éstos deben quedar al margen en la realización típica del comportamiento delictivo de la apropiación indebida”.

la cuestión. Ya que por extensión tanto el dinero como los bienes consumibles o fungibles podrán ser objeto de la apropiación”. Desde nuestro punto de vista el argumento podría ser totalmente contrario, ya que, si el Código realiza una expresa mención del dinero, es porque de no haberlo hecho, habríamos encontrado con que, en atención a la propia naturaleza del delito, en el concepto de bien mueble sólo podrían entender incluidos aquellos que tuvieran la característica de no fungibles, con lo que nos encontraríamos ante una clara laguna legal”¹⁵⁷ .

Además, es necesario hacer presente que en España el Código penal habla, en su artículo 252, de activo patrimonial, cuestión que ha suscitado la discusión de si es posible la apropiación indebida de bienes inmuebles.

(3) La relación pre-existente entre sujeto activo y el objeto material del delito. Este elemento es determinante para definir el delito de apropiación indebida en relación al hurto, ya que hay una serie de casos en que existiendo una relación entre el sujeto activo y el objeto material del delito anterior al acto de apropiación, no se duda en calificar dicha conducta como hurto. En estos casos no funciona la alegoría de Groizard que señala; “Los ladrones *cogen* las cosas; los estafadores de que tratan los numeros anteriores *alargan* la mano para conseguir que en ellas se las pongan incautamente sus dueños; á los estafadores actuales (apropiación indebida) les basta con *cerrarla* cuando ocasionalmente se las entregan”¹⁵⁸ . No se puede decir que en los casos comentados, como por ejemplo el de los llamados servidores de posesión¹⁵⁹ (empleado doméstico), la persona coga el objeto material del delito, porque en definitiva dicho objeto ya está en sus manos.

(4) El título que genera la obligación de entregar o devolver. Este título, como trataré extensamente se refiere a aquellas relaciones contractuales, civiles o comerciales, por las cuales el sujeto activo recibe la cosa y por la cual se encuentra obligado a entregarla o devolverla, es decir, el mismo título es el que motiva la entrega y motiva la obligación de entregar o devolver. (principio de la identidad del título de Araceli Majón-Cabeza¹⁶⁰). Dice M. Soto Piñeiro que “...observado el problema desde una perspectiva material, sólo quien es titular de dicho “especial deber extra-penal” puede realizar o satisfacer el contenido del injusto del tipo que nos ocupa, pues sólo dicho titular u obligado está en posición y, por ende, en posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, en la forma descrita y por tanto disvalorada en el tipo penal”¹⁶¹ .

¹⁵⁷ Ob. cit., p.132.

¹⁵⁸ Alejandro Groizard y Gomez de la Serna, “El CODIGO PENAL DE 1870, CONCORDADO Y COMENTADO”, 2ª edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J.A. García, Madrid 1914, t.IV, p.594.

¹⁵⁹ El término servidor de posesión es de origen germánico, y nace del parágrafo 855 del BGB que trata dentro del título de la posesión al “siervo en posesión de la cosa”. Dice este parágrafo; “Si una persona ejerce el señorío de hecho sobre una cosa por otro en la casa o el negocio de este último, o en una relación similar en virtud de la cual ha de obedecer las instrucciones del otro relativas a la cosa, sólo dicha persona es el poseedor”.

¹⁶⁰ Ob. cit., p.119.

Ahora bien, toca su turno a los elementos subjetivos del delito:

- (1) El primero de ellos es el dolo.
- (2) El siguiente es el animus rem sibi habendi.
- (3) El otro elemento mencionado es el ánimo de lucro.

Estos tres elementos subjetivos serán estudiados en el capítulo quinto párrafo 23.

- (4) Finalmente se habla del abuso de confianza.

“La exigencia de una relación de confianza de la que se abusa tiene su origen en el Código penal de 1822, que incluía la apropiación indebida entre los supuestos de abuso de confianza, y en la influencia del derecho comparado, en particular del Código penal francés que describe la apropiación indebida bajo la denominación de “abuso de confianza””¹⁶².

El abuso de confianza no es una figura desconocida en el resto del Código penal. Ella se encuentra presente como una circunstancia agravante genérica en el N°7 del art. 12 del Código o como una agravante específica del hurto en el art.447 del mismo cuerpo legal, entre otros.

El abuso de confianza, como agravante genérica, es una circunstancia personal o subjetiva, comunicable (inciso 1° del art.64 del CP)¹⁶³, que consiste en el aprovechamiento indebido de la existencia de un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, en virtud del cual el segundo ha depositado una fe especial en el primero¹⁶⁴.

Cury encuentra la razón de ser de esta agravante en “un incremento de la *reprochabilidad*. Para ejecutar el hecho con esta circunstancia, el sujeto no solo ha tenido que vencer las tendencias inhibitorias opuestas por el rechazo legal de la acción típica, sino también la repugnancia a quebrantar un vínculo de lealtad”¹⁶⁵.

Sin embargo, no es a este tipo de confianza a la que se refiere el Código en el caso de la apropiación indebida.

“En efecto, cuando para indicar el contenido material y dotar de individualidad a la apropiación, se alude al “abuso de confianza”, se introduce en el análisis un elemento altamente ambiguo y equívoco. En el “lenguaje ordinario”, supuesta una “relación de confianza”, puede estimarse como un abuso de la misma, (“abuso de confianza”), el de dar a la cosa, con, o (incluso) son detrimento de la misma, un uso distinto de aquel para

¹⁶¹ Ob. cit., p.74.

¹⁶² Bajo Fernández, “Manual...”, p.284. En el mismo sentido Choclán / Calderón, ob. cit., p.822.

¹⁶³ Cury, ob. cit., t.II, p.133.

¹⁶⁴ C. Künsemuller, “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, t.I., Libro Primero, Parte General, obra dirigida por Sergio Politoff y Luis Ortiz, Coordinación J.P. Matus, Santiago 2002, p.200

¹⁶⁵ Ob. cit., p.133.

el que fue solicitada o entregada; así, por ejemplo, abusaría de la confianza en el depositada el sujeto que, en lugar de guardar el vehículo que un amigo le había falicitado, después de cumplir con la labor para el que lo había solicitado, decide dar previamente un corto paseo en el mismo y dicho sujeto acorde la tesis aquí criticada, se convertiría en autor de un delito de apropiación indebida si su conducta (“distracción”) le causa un perjuicio a otro (tercero cualesquiera)...Pero también, puede entenderse que a lo que alude con dicha expresión es a una suerte de “confianza jurídica”, confianza que el obligado cumplirá con la obligación jurídica de “entregar o devolver”, que para él emana de la “relación jurídica extra-penal”, de la que se deriva la posesión o tenencia lícita de la cosa que ostenta; es dicha “confianza jurídica” la que se vería defraudada por el “abuso” sobreviniente que representa el incumplimiento de las referidas obligaciones”¹⁶⁶.

Existen 2 posturas frente a este elemento, uno de ellas estima que si es parte integrante de la apropiación indebida y, la otra, le niega relevancia y su condición de elemento del delito. Así autores como Silva Castaño, Bacigalupo, Bustos, Vives y González Cussac, Garrido Montt, Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, Cury, Antón Oneca, Cuello Calón, Valle Muñiz, Künsemuller, Matus y Ramírez, Labatut¹⁶⁷.

En contra se pronuncian Soto Piñeiro, Conde-Pumpido, Sainz-Pardo, González Rus, Politoff, Etcheberry, Bajo Fernández / Pérez Manzano, Choclán / Calderón¹⁶⁸.

Es necesario consigar, a la hora de tratar el abuso de confianza, la diferencia que existe entre nuestro derecho y el derecho alemán respecto de la construcción del delito de apropiación indebida, ya que lo que en nuestro derecho es la única figura que existe en Alemania constituye la figura calificada o agravada. En España el tipo básico del delito de apropiación indebida regulado en el art. 252 del Código penal, equivale a nuestro art. 470 N°1, y ambas figuras son el equivalentes al inciso 2° del parágrafo 246 del StGB que tipifica la Veruntreuung-Unterschlagung que corresponde al tipo calificado del delito de apropiación indebida consagrado en el inciso 1° del mismo parágrafo conocido como Unterschlagung (tipo básico).

Dice Silva Castaño (hay que recordar que ella, como recién dije, estima que el abuso de confianza es un elemento de la apropiación indebida); “En este sentido encontramos el parágrafo 246 del Código Penal Alemán, que describe el tipo básico del delito de apropiación indebida (Unterschlagung), como “el que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno se lo apropia ilegítimamente (...)”, y regula en un segundo lugar la

¹⁶⁶ Miguel Soto P., ob.cit., p.42, nota al pie N°27.

¹⁶⁷ Silva Castaño, ob.cit., p.93 y ss., p.107; Bacigalupo, Director, “Derecho Penal Económico”, editorial Hammurabi, Buenos Aires 2000, p.150; Bustos, ob. cit., p.205; Vives y González Cussac, “Derecho...”, 1999, p.466 y 470, “Comentarios...”, p.1255; Garrido Montt, ob.cit., p.369; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, ob.cit., p.405, Serrano Gómez, ob.cit., 416; Cury, “Derecho Penal, Parte General”, t.2, 2ª ed., Editorial Jurídica, Stgo 1992, p.133; Antón Oneca, ob. cit.,p.1; Cuello Calón, ob. cit., p.831; J.M. Valle Muñiz, “El Delito...”, p.206; C. Künsemuller, ob. cit., p.200; Matus y Ramírez, ob. cit., p.183; Labatut, ob. cit., p.235.

¹⁶⁸ Soto Piñeiro, ob. cit., p.42; Conde-Pumpido, ob. cit., p.126 y ss; Sainz-Pardo, ob. cit., p.140 y ss; González Rus, ob. cit., p.696; Politoff, “El Delito...”, p.72; Etcheberry, ob. cit., t.III, p.424; Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., p.425; Quintano R., ob. cit., p.869; Choclán / Calderón, ob. cit., p.822.

apropiación indebida en sentido estricto (Veruntreuung), cualificada porque “la cosa le fue confiada al sujeto activo”..., caracterizada por el elemento de la confianza en la entrega de la cosa, que corresponde a los casos en los que se toma la cosa en posesión con obligación de devolverla o de utilizarla para un fin... Gracias a la regulación con la que cuenta el Derecho Penal Alemán, en el parágrafo 246, se pueden considerar punibles supuestos en los que existe apropiación, pero no se da el especial elemento de confianza... Por lo que respecta a la Unterschlagung o apropiación indebida simple, se exige exclusivamente la posesión de la cosa por el sujeto activo, previa al acto de apropiación”¹⁶⁹.

La jurisprudencia nacional estima que el abuso de confianza es un elemento inherente al delito, así se estableció por ejemplo en el considerando quinto del fallo de la I.C.A. de 02 de diciembre de 1983 en la causa en contra de Guillermo Segundo A.; en el considerando cuarto del fallo de la I.C.A. de Santiago de 23 de abril de 1985 en la causa contra Marta Infante Salinas; en el considerando 6º del fallo de la I.C.A. de San Miguel de 26 de octubre de 1993 en la causa de Benjamín Troncoso Castro¹⁷⁰ y en el considerando 6º y 7º del fallo de la E.C.S. de 17 de agosto de 1995 en la causa en contra de Nancy Ester Navarrete Llanos y Loreto Angélica Jeraldino Márquez¹⁷¹.

3.- Diferencias con los delitos de estafa y malversación de caudales públicos

La apropiación indebida, por razones históricas, encuentra ubicación en nuestro Código penal dentro de las estafas. Sin embargo, aparte de una conexión histórica, no existe relación alguna entre estos delitos. Aquellos que ven un parentesco entre estas figuras, son aquellos autores que adhieren a la corriente que entiende este delito de la forma francesa, como un abus de confiance.

“Algunas de las dificultades que pudiera plantear la diferenciación de la estafa con la apropiación indebida encuentra fundamento en la paralela regulación positiva de que han sido objeto históricamente... En efecto, como es sabido mientras el Código Penal de 1822 regulaba en capítulo aparte (...) los abusos de confianza (...). el de 1848 incluye entre las estafas la conducta de quienes “...en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren....” (art.441-1.º). En idénticos términos se mantendría en la Reforma de 1850 (art.452-1.º) y en el Código de 1870 (art.548-5.º)... Por otro lado, también puede sumar confusión el hecho de entender por algunos que “...subyace en la apropiación un comportamiento fraudulento constitutivo de engaño implícito...”. “A la razón ya esgrimada –argumenta QUINTANO- de constituir este delito una defraudación, por imperativo del epígrafe del capítulo, hay que añadir las realidades vitales de que los negocios sobre que la conducta criminal actúa, todos ellos, son títulos contractuales que presuponen buena fe en la parte contraria, y que quien la quebranta engaña la confianza depositada, abusa de ella...”¹⁷².

¹⁶⁹ Ob. cit., p.93 y 106.

¹⁷⁰ RDJ 1993, tomo XC, sección IV, p.252.

¹⁷¹ Gacetas Jurídicas N°43, p.93 y ss; N°58, p.127 y ss; N°182, p.132 y ss.

¹⁷² J.M. Valle Muñiz, “El Delito...”, p.205 y ss.

Es por lo anterior que Bajo dice “El parentesco de la apropiación indebida con la estafa explica la ubicación conjunta de ambas figuras entre las defraudaciones”¹⁷³.

Ahora bien la diferencia que existe entre estos delitos radica en:

Para Antón Oneca; “En ella y en la estafa hay abuso de confianza; la diferencia está en que la confianza existía de antemano en la apropiación indebida, mientras que en la estafa se crea mediante engaño con el fin de explotarla”¹⁷⁴. Incluso este autor anota, “En la estafa la intención criminal es anterior o contemporánea a la recepción de las cosas, mientras que en la apropiación indebida es posterior a ella”¹⁷⁵.

Para Bajo la diferencia radica también en el engaño, ya que en la estafa la entrega siempre tiene su origen en el engaño del sujeto pasivo.

En nuestro país Garrido Montt sigue un criterio similar: “El delito de estafa se diferencia de la apropiación indebida porque en esta última figura los bienes han sido entregados al delincuente con motivos de actos jurídicamente válidos, perfectamente legítimos (...), la voluntad de apropiación surge con posterioridad, en tanto que en la estafa la entrega es siempre consecuencia de un *engaño previo* que induce a la víctima a realizarla”¹⁷⁶.

Labatut¹⁷⁷ mantiene una línea similar a la hasta ahora anunciada; la diferencia radica en que el engaño en la estafa es concomitante a la entrega y en la apropiación indebida el abuso de confianza surge con posterioridad a la entrega.

Matus y Ramírez¹⁷⁸ también apuntan que la diferencia se encuentra en que el engaño es el medio de comisión del delito, “mientras que en la apropiación indebida es la *apropiación* posterior a un acto lícito”.

Tanto Labatut, Garrido Montt como Matus y Ramírez anotan otra diferencia, la que Garrido Montt denomina “de orden secundario”, y la cual no puede ser puesta en duda en nuestro país, pero que en España con la actual redacción del tipo de apropiación indebida que incluye la voz “activo patrimonial” es discutida. Esta diferencia se da a nivel del objeto material del delito y es que en la apropiación indebida este objeto sólo puede estar constituido por bienes muebles, mientras que en la estafa el objeto material pueden ser tanto cosas muebles como inmuebles.

De los autores revisados creo Muñoz Conde es el más claro a la hora de establecer diferencias entre ambos delitos. Él dice que “La diferencia con la estafa es de tipo

¹⁷³ “Manual...”, p.273;

¹⁷⁴ Ob. cit., p.1.

¹⁷⁵ Ibidem, nota al pie N°4 p.1.

¹⁷⁶ Ob. cit., p.364.

¹⁷⁷ Ob. cit., p.234.

¹⁷⁸ Ob. cit., p.182.

morfológico y comisivo. En la apropiación indebida no existe el engaño previo que en la estafa es esencial. En la apropiación indebida la posesión de la cosa es originariamente lícita y después surge del ánimo de apropiación ilícitamente. En la estafa la constitución de la posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es la origen o la causa de esa constitución, con lo que la posesión es desde ese momento ilícita. Esta tesis es dominante desde antiguo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (...); sin embargo, en la praxis se plantean muchas veces problemas de prueba del engaño previo que determinan alternativamente la aplicación de la apropiación indebida cuyo marco penal es el de la estafa”¹⁷⁹.

La dinámica comisiva es fundamental como destaca Pérez Manzano, ya que ella dice que la diferencia “procede de las distintas dinámicas comisivas..., en la estafa la entrega se ha obtenido mediante engaño, mientras que en la apropiación indebida ésta es fruto de un título jurídico del que deriva la obligación de entrega o devolución”¹⁸⁰.

Un poco distinta es la apreciación de Vives Antón y González Cussac en cuanto a que la diferenciación sería de orden morfológico, sino más bien a lo fundamental que resulta el acto de disposición; “...las diferencias con la estafa saltan a la vista: no radican, como a veces se ha dicho, en la presencia o ausencia de engaño, sino en que el acto de disposición constituye, en la apropiación, la esencia de la acción del autor, mientras que en la estafa es sólo una consecuencia del comportamiento engañoso, que debe realizar, justamente, la víctima del engaño...El acto de disposición, en la apropiación indebida, puede encubrirse mediante un engaño, previo o posterior, sin que ello transforme el delito en estafa. Así, v.gr., el depositario de unas alhajas puede, para evitar las preguntas del dueño, decirle que las va a guardar en un lugar alejado por ser más seguro, y así apropiarse de ellas con mayor tranquilidad: su conducta seguirá siendo de apropiación”¹⁸¹.

Entre la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida “existen paralelismos evidentes”¹⁸².

Este paralelismo sería en cuanto “una de las modalidades de aquella puede aparecer constituida por la apropiación que, de los caudales públicos que tenga en depósito, haga el funcionario. La analogía es aún mayor en los casos de malversación impropia recogidos en el art. 435¹⁸³, y en especial las de su nº 2, en los que el sujeto activo

¹⁷⁹ Ob. cit., 14ª ed., p.427.

¹⁸⁰ “Compendio...”, p.479.

¹⁸¹ Vives Antón / González Cussac, “Derecho...”, 1999, p.473; “Comentarios...”, p.1259.

¹⁸² Bajo Fernández, “Manual...”, p.274.

¹⁸³ Art.435; “Las disposiciones de este Capítulo (De la Malversación) son extensivas: “1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas”. “2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos”. “3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.

depositario o encargado de los bienes puede ser un particular”¹⁸⁴ .

Etcheberry, al tratar de los delitos de los arts. 233 y 234 del Código penal y sostener que es importante la distinción entre el verbo sustraer y el verbo consentir que otro sustraiga, señala la similitud de ambas conductas; “Esta distinción es imprescindible, porque en esta figura, a semejanza de lo que ocurre en el delito de apropiación indebida, los fondos sustraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del deliciente, que no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona”¹⁸⁵ .

Politoff, al tratar del objeto jurídico del delito, también reconoce la similitud que existe entre ambos delitos. Dice; “Creemos que las conductas similares que se describen en la Parte Especial de los códigos deben ser estudiadas con criterio unitario. Ello nos movió, precisamente, a encarar la acción de apropiarse con vistas a las diversas figuras que la contienen, como el hurto, la malversación de caudales o la apropiación indebida”¹⁸⁶ .

Hay que tener presente que tanto la apropiación indebida como la malversación de caudales presentan conductas similares cuyo presupuesto material del delito es la tenencia legítima de una cosa mueble ajena y el verbo rector apropiar. Sin embargo, la amplitud de la malversación de caudales públicos presenta otro tipo de conductas, que por vía de asimilación no comparten el presupuesto material y el verbo rector mencionado (como por ejemplo los casos de los artículos 234 o 237 del CP). Por esto la malversación de caudales públicos es, como recuerda Carlos Mir Puig cuando cita a Suárez Montes, un delito de “polimórfica tipificación”¹⁸⁷ .

Pero, ¿qué hace distinta la situación de un particular que recibe una cosa mueble por un título idóneo con cargo a entregarla o devolverla de la conducta de un funcionario público que tiene a su cargo cosas muebles con ese mismo cargo?.

¿Qué sucedería en el caso de que un funcionario público se apropiara de los fondos puestos a su cargo en razón de su oficio si no existiera el delito de malversación de caudales?, ¿podríamos decir que la conducta sería subsumida por el delito de apropiación indebida?¹⁸⁸ .

Bajo Fernández / Pérez Manzano, reconociendo este paralelismo, señalan que es la cualidad de funcionario del sujeto activo y el carácter público del objeto material del delito lo que permiten una fácil distinción. Incluso, ellos hace una reflexión en torno a las penalidades de ambos delitos en el anterior CP, la cual que es recogida posteriormente por Silva Castaño¹⁸⁹ .

¹⁸⁴ Conde-Pumpido, ob. cit., p.49.

¹⁸⁵ Ob. cit., t.IV, p.237.

¹⁸⁶ “El delito...”, p.11.

¹⁸⁷ Carlos Mir Puig, “Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal”, Colección de Derecho Penal de J. M. Bosch editor, Barcelona 2000, p.280 y ss.

¹⁸⁸ En el mismo sentido, Sainz-Pardo, ob.cit., p.61.

La reflexión que hacen Bajo / Pérez Manzano es la siguiente; “El similar contenido de los delitos de apropiación indebida y malversación de caudales públicos, sobre todo en la forma extensiva del artículo 399 (similar a nuestro artículo 238 del CP), denuncia la deficiente reforma de 1983 al reducir las penas de la apropiación indebida permaneciendo intactas las anormalmente severas de la malversación, cuya desproporción se agrava por el hecho de seguirse en este último el sistema de las cuantías para la determinación de la pena. Esta diferencia conduce en la práctica a resultados sumamente alarmantes que los jueces no tienen más remedio que acudir a la facultad prevista en el artículo 2º del Código penal pidiendo al Gobierno el indulto para evitar resultados injustos por desproporcionados”¹⁸⁹. Esta crítica también puede formularse en nuestro país, ya que mientras el art. 233 llega en su tramo más alto a una pena de presidio mayor en su grado mínimo, el art.470 Nº1 (art.467) llega a presidio menor en su grado mínimo.

Si se acepta que existe un paralelismo entre ambos delitos, la desproporción no tiene explicación. Si no se acepta dicho paralelismo, la respuesta debe buscarse en el verdadero bien jurídico protegido en el delito de malversación que hace más grave la sanción en dicho delito.

Entonces, ¿qué hace que las penas en el delito de malversación sean más grave que las del delito de apropiación indebida?.

Dice Politoff; “Enfrentado el particular –a quien otro particular confía determinados efectos- al funcionario público que sirve igual encargo, pareciera que hay entre ambos una situación jurídica idéntica y un idéntico bien jurídico protegido, calificándose tan solo las figuras por la persona del sujeto activo....”¹⁹¹.

Si bien casi todas las figuras del título V del libro II de nuestro Código penal tienen por rasgo común el que se trata de empleados públicos -como dice Etcheberry “pues literalmente hablando el legislador parece haber agrupado aquí las infracciones atendiendo al sujeto activo (“los empleados públicos”), y no al bien jurídico tutelado”¹⁹² -, no es el sujeto activo quien califica la conducta de malversación de caudales públicos. Lo anterior me recuerda lo que Bacigalupo señala respecto de los sistemas de clasificaciones de la parte especial; “Entre el orden clasificatorio de la dogmática y el

¹⁸⁹ Ob. cit., p.81, nota al pie N°173.

¹⁹⁰ Ob. cit., p.412 y 416.

¹⁹¹ Politoff, “El delito...”, p.98.

¹⁹² Ob. cit., t.IV, p.203. Se presenta el problema del art.238 del CP que hace extensiva la aplicación del delito de malversación de caudales “al que se halle encargado por cualquier concepto...”. Para este autor se amplía el sujeto activo también a ciertos particulares. Dice; “, debe entenderse que el sentido y alcance del Art. 238 es el de extender el ámbito del sujeto activo a ciertos particulares que, por cualquier concepto, se encuentran encargados de la custodia de fondos, aunque no tengan el carácter de empleados públicos. En verdad habría sido lógico aplicar esta regla a todos los casos de particulares encargados de fondos públicos, pues para todos ellos existiría la misma razón de penalidad. Sin embargo, el texto específico del Art. 238 no permite tal interpretación extensiva”.

legal, especialmente el del Código Penal, no existe necesariamente una coincidencia total...El orden *legal* de los bienes jurídicos suele no ser sino una tendencia de la ley penal, que el Código Penal, p. ej., no sigue de una manera estricta. Ello lo demuestra el Título VII del Código Penal, que agrupa delitos contra diversos bienes jurídicos refiriéndolos a los autores especiales de los mismos: los *funcionarios públicos*¹⁹³.

Ello es muy cierto, ya que por ejemplo, el artículo 238 de nuestro CP hace extensivas las disposiciones de la malversación de caudales públicos “al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”, y por tanto el tipo penal en comento puede ser aplicado a un particular.

Al respecto dice Silva Castaño; “A pesar de la importante modificación que supone la eliminación de los antiguos artículos 397¹⁹⁴ y 398¹⁹⁵ para la interpretación del delito de malversación, sigue siendo difícil hallar elementos comunes a todas las figuras de la malversación de caudales públicos, porque parece que, ni la condición de funcionario público del autor, ni naturaleza pública de los caudales se repite en todos los tipos. Ello pone de manifiesto lo complicado que resulta realizar una adecuada clasificación de los delitos de malversación, ante el casuismo que presenta el Código (malversación propia, malversación impropia, etc....)”¹⁹⁶.

Sin embargo hay autores que han pensado que es el sujeto activo el que, en definitiva, define esta clase de delito. Así Politoff¹⁹⁷ cita a Groizard y José A. Bavillán para quienes es el sujeto activo el que definiría el delito. Bavillán distingue 3 situaciones en las que se puede encontrar el funcionario público; la primera de ellas es que tenga bienes en razón de su oficio; la segunda es que tenga bienes públicos, pero no en razón de su oficio y, la tercera, que tenga bienes de un particular. En las dos primeras situaciones el funcionario público incurriría en malversación de caudales públicos, en la tercera en apropiación indebida.

Creo, como la doctrina mayoritaria lo hace, que no es el sujeto activo el que definiría si estamos ante una malversación o no.

¹⁹³ “Estudios...”, p.10. El título VII aludido por el autor se refiere al del Código penal español anterior.

¹⁹⁴ El artículo decía; “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente a aquellas a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa de 5 a 50 por 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 100.000 pesetas, y en la suspensión, si no resultare”.

¹⁹⁵ El artículo decía; “El funcionario público que, debiendo hacer un pago como, tenedor de fondos del Estado, no lo hiciere será castigado con las penas de suspensión y multa de 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha...Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de la autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración...La multa se gradurá en este caso por el valor de la cosa y no podrá bajar de 100.000 pesetas”.

¹⁹⁶ Ob. cit., p.80.

¹⁹⁷ “El delito...”, p.97 y ss.

Y si no es el sujeto activo, entonces ¿qué es?

Miguel Soto P., señala al tratar del sujeto activo; “En el otro extremo, (encontramos) aquellos tipos que, recogidos en el Código Penal o en leyes especiales, califican aún más al sujeto activo y, por ende, en lo que a dicho extremo se refiere, son especiales respecto de la “apropiación indebida”, generalmente importan la vinculación de la conducta típica, en conjunto o en lugar del patrimonio, a la lesión de otro bien jurídico...La cualificación de la autoría, en estos casos, si bien se vincula también a la “infracción de un especial deber extra-penal”, importa no sólo, como en la “apropiación indebida”, una modalidad comisiva, una forma de ataque al bien jurídico “propiedad”, especialmente disvaliosa, sino que compromete (en forma análoga a lo postulado por Politoff respecto de la “apropiación indebida”) una lesión autónoma a otro bien jurídico, distinto de la propiedad, que concurre a justificar o justifica la represión penal, el merecimiento de pena de la conducta...La relación concursal que en estos casos concurre, en principio y por regla general, será puramente aparente, susceptible de ser resuelta por una más ajustada interpretación de los tipos en disputa...Considérese por ejemplo la hipótesis de “apropiación” por un “empleado público” de “efectos públicos” a su cargo en “depósito”, con obligación, por ende, de devolver o restituir en especie; en esta hipótesis por un mero problema interpretativo, parece evidente que la más exacta subsunción de la conducta será en el tipo de la malversación dolosa de caudales públicos del art. 233 del C.P., pese a concurrir en la hipótesis todos los extremos del tipo de la “apropiación indebida””¹⁹⁸.

De esta cita se puede desprender lo que, en definitiva, define al delito de malversación de caudales públicos, a saber, el objeto jurídico protegido.

El bien jurídico protegido por el delito de malversación de caudales públicos jugará un rol fundamental a la hora de captar la esencia de este delito. Es el bien jurídico el que nos permitirá efectuar una correcta interpretación del tipo penal y, así, definir si estamos ante éste delito o una apropiación indebida, por ejemplo, en el caso que un funcionario público sustraiga fondos que se encuentran en su poder, pero no en razón de su cargo.

Además, es el bien jurídico el que permitirá dar una explicación de las diferencias de penalidades que existe entre ambos delitos.

Sin embargo, no hay unanimidad de criterios en la doctrina y en la jurisprudencia (tanto en nuestro país como en España o Alemania) respecto de cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de malversación.

Dice Bacigalupo al respecto; “La cuestión del bien jurídico protegido por los delitos funcionarios no es actualmente pacífica. Ante todo es discutible si los tipos penales protegen un bien jurídico o si, por el contrario, cada tipo o grupo de tipos se refieren a bienes distintos. En la primera edición de su Lehrbuch (1881) v. Litz pensaba que esta categoría de delitos como grupo unitario estaba destinada a desaparecer”¹⁹⁹.

En nuestro país Etcheberry estima que el delito de malversación de caudales públicos sanciona la falta de probidad funcionaria y el bien jurídico protegido es la recta

¹⁹⁸ Ob. cit., p.78 y ss.

¹⁹⁹ “Estudios...”, 2ª edición, p.446.

administración pública la que se entiende de forma muy amplia “como “actividad general del estado” no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y judicial”²⁰⁰ .

Politoff sostiene que si bien es cierto que en tanto en la apropiación indebida como en la malversación de caudales hay tenencia de cosa ajena, la diferencia aparece en que “en la apropiación indebida la tenencia se funda en la simple entrega y se “causa” en algún título idóneo civil, en la malversación de caudales la detentación “tiene su causa en el título mismo de la *función* que desempeña” el sujeto activo del delito...Si se nos permite una síntesis muy general de lo ya dicho, podemos concluir que la detentación provocada “*ratione officii*” es, ella tan sólo, susceptible de conducir al delito de malversación de caudales y, por cierto, únicamente, en funcionarios públicos puede darse este tipo legal...”²⁰¹ .

Para Búnster, al que sigue Politoff, los delitos de malversación “..., no solamente atenta contra la integridad patrimonial de la Administración, atenta, contra la confianza que en él se ha depositado y en último término contra la fe pública”²⁰² .

Labatut dice que; “..., en general su objetividad jurídica no es tanto la defensa del patrimonio del Estado como infracción del deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados por razón de su oficio: “De aquí resulta que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario” (Maggiore)”²⁰³ .

En España la discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos ha transcurrido por el siguiente caudal; “La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria tradicionalmente aluden a una doble naturaleza jurídica de los delitos de malversación y a su carácter “pluriobjetivo”, cuando se trata de definir su objeto de protección, a la vista del Código penal anterior al nuevo de 1995...Así, entiende que el

²⁰⁰ Ob. cit., t.IV, p.203 y ss.

²⁰¹ “El delito...”, p.98. Hay que presente que si bien sólo el empleado público puede incurrir en el delito de malversación de caudales, se presenta un problema respecto del art.238 del CP. Dice Politoff: “Pero surge una duda justificada. El artículo 238 del Código Penal...Al decir del profesor Búnster, la ley hace una equiparación, extiende las formas de responsabilidad delictual que estableció en los artículos 233 a 237 -...- al que se halle, por cualquier concepto, encargado de los fondos que el mismo precepto indica...Pues bien, ¿cuál es la “razón técnica” de esta equiparación?. Sólo hay dos posibilidades: u obedece a la conveniencia de asimilar casos en que el “carácter de los caudales” es diverso a los diversos en los anteriores artículos, o se trata de equiparar *determinadas personas* a las calidades de “funcionario público”...Es decir, determinadas particulares en las restrictas circunstancias indicadas en el artículo 238 del Código Penal se *asimilan a los funcionarios públicos* que invaden los intereses patrimoniales del Estado (“sólo en la esfera que a ellos cabe custodiar”) y son castigados por “malversación de caudales públicos”, cuando atentan contra “la integridad o la regular administración de los fondos cuya tenencia y cuidado les han sido encargos”...Puede afirmarse, en suma, que, abstracción hecha de la excepción *asimilación* del artículo 238, no es posible a un particular constituirse en sujeto activo de “malversación de caudales públicos”, y para inculparlo habría de pesquisarse en el ámbito de la “apropiaciones indebida””

²⁰² “El delito...”, p.10.

bien jurídico protegido es doble: a) el deber de fidelidad o lealtad del funcionario o persona asimilada respecto del Estado o Administración; b) el patrimonio público, decantándose por el primero como preeminente (así GROIZARD, GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, VIADA, VICENTE Y CARAVANTES, JARAMILLO, SUÁREZ MONTES, DÍAZ PALOS, OLESA MUNDO, MUÑOZ CONDE, etc.)... Sin embargo, esta postura de la que denominamos doctrina tradicional no fue la inicial influida por la autoridad de PACHECO que mantenía la tesis del hurto cualificado por la condición del sujeto activo, en el delito de malversación. También QUINTANO afirma que la malversación es “en el fondo un delito contra la propiedad cualificada por el abuso de la confianza estatal”... El evidente, no obstante, contenido patrimonial en los delitos de malversación ha llevado a algunos autores como QUERALT, aunque prescindiendo de una consideración patrimonial tradicional, a entender que el bien jurídico comprometido lo constituye con carácter instrumental la Hacienda Pública, incluyendo los delitos de malversación en los delitos contra el orden socioeconómico, que atacan la capacidad económica de los entes públicos. De este modo, la malversación se agruparía junto con el fraude de subvenciones, en la medida en que ambos tipos protegen aspectos del gasto público de las Haciendas públicas, mientras que el delito fiscal afectaría, según su opinión a la vertiente de los ingresos de las mismas...”²⁰⁴.

Para C. Mir Puig el bien jurídico es “el correcto funcionamiento de la Administración pública en su vertiente objetiva de función pública o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delitos de nombramientos ilegales y desobediencia funcional) se protege de modo directo e inmediato el aspecto interno (de organización, o de relación Administración-funcionarios), aunque sin dejar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido”²⁰⁵.

Según nos indica López Barja de Quiroga, él como también Ferrer Sama, Rodríguez Devesa, Orts y Bustos adhieren a la doctrina mayoritaria que, como se señaló, estima que el delito de malversación involucra un carácter patrimonial, pero sobre todo, una infracción al deber de fidelidad que incumbe a los funcionarios públicos²⁰⁶.

²⁰³ Ob. cit., p.78. Tratándose del caso del art.238 del CP este autor, a diferencia de Búnster, Politoff y Etcheberry, sostiene que este artículo también se refiere, a pesar de su extensión, sólo a los empleados públicos y no a los particulares: “Sin embargo, la calidad de empleado público no es suficiente por sí sola para configurar el delito; se requiere además que el empleado tenga los caudales o efectos por razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo. Esto último porque el art.238 hace extensivas las disposiciones del presente párrafo al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia. Las personas a que esta disposición se refiere son empleados públicos (...), y aun cuando no tienen dichos fondos, rentas o efectos *rationae officio*, si se los apropian incurrir en el delito de peculado, porque la ley equipara al funcionario que malversa los caudales o efectos puestos a su cargo, depositando en ellas una confianza general. En cambio, el empleado que los tiene, no en razón sino con ocasión de la función o por mero accidente, si los subtrae podrá cometer una apropiación indebida (...), y si se apropia de caudales o efectos que no se encuentran a su cargo, ni siquiera accidentalmente, efectuará un robo o hurto según los casos, pero no el delito que nos ocupa”.

²⁰⁴ Carlos Mir Puig, ob. cit., p.280 y ss. Véase también Silva Castaño, ob. cit., p.75 y ss.; De la Mata, “Tutela...”, p.117 y ss.

²⁰⁶ López Barja de Quiroga, “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, tomo III, editorial Akal / Lure, Madrid 1992, p.359 y ss.

Para De la Mata el bien jurídico es el “correcto desenvolvimiento de la función administrativa, desenvolvimiento que en el caso concreto de la malversación hace referencia a la correcta gestión del patrimonio público. Pero en definitiva, cifrar el bien jurídico del delito de malversación en el ordenado funcionamiento de la Administración Pública no suponen sino reconocer como objeto tutelado el patrimonio público, interpretado, no obstante –y al igual que ocurre con el patrimonio privado-, desde una perspectiva funcional”²⁰⁷.

La postura de Sainz-Pardo se acerca mucho a la de Politoff en nuestro país (la nota distintiva se encuentra en el hecho que el funcionario público se encuentre a cargo del bien apropiado o distraído con motivo de su función; *ratione officii*). Sostiene que “lo decisivo es que la malversación de los caudales o efectos del estado –arts.394 a 398-, en los casos de verdadera apropiación, la nota distintiva frente al 535, reside en que junto a que el sujeto activo viene investido de la cualidad de funcionario, y los caudales y objetos de apropiación, son públicos, éstos deben estar al *cargo del mismo* por razón de su función. Es decir, faltando este elemento, estaríamos probablemente ante una apropiación indebida del 535. De igual modo si faltara la cualidad de funcionario, o los caudales no fueran públicos, claro está”²⁰⁸.

Silva Castaño²⁰⁹ efectúa una división en dos grupos de los delitos de malversación en el actual Código penal, en el primero ubica los delitos de los artículos 432²¹⁰ y 453²¹¹ y, en el segundo, los artículos 433²¹² y 434²¹³.

Respecto del primer grupo dice esta autora; “Desde el punto de vista que sostenemos en esta tesis, la malversación es básicamente un delito de apropiación

²⁰⁵ Ob. cit., p.19 y ss. Este autor cita la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, base del actual Código penal. Es muy interesante esta cita porque en ella se establece que en el CP de 1973 “la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuridicidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparecen como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código **se invierte el orden de valores**, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de “última ratio”.

²⁰⁷ De la Mata, “Tutela...”, p.126.

²⁰⁸ Ob.cit., p.60 y ss.

²⁰⁹ Ob. cit, p.81 y ss.

²¹⁰ Este artículo se refiere a la **autoridad o funcionario público** que, **con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga** caudales públicos o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

²¹¹ Este artículo hace extensivas la aplicación de los delitos de malversación en su inciso primero, a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de la administraciones Públicas. En el inciso segundo, a los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos y, finalmente, en el inciso tercero a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares

contra la propiedad, agravado no por el carácter de funcionario del autor, no por tratarse de bienes públicos, sino por tratarse de un deber de especial intensidad, cualificado, por lo tanto, porque el autor es un funcionario...Consecuentemente el esquema de la relación entre malversación y la apropiación indebida sería el siguiente:... En la apropiación indebida nos encontramos con dos elementos: la apropiación y el deber especial que adquiere el sujeto activo frente al titular de la cosa...En la malversación se da también una apropiación, pero el deber especial es de una intensidad cualificada frente a los expresado en el 252, por la condición de funcionario del autor y por el perjuicio que, en este caso, afecta a un bien jurídico adicional: la pureza en el ejercicio de la función pública”.

Respecto del segundo grupo hay que hacer un paréntesis. Esta autora es partidaria de un postura pancivilista o de unidad global del ordenamiento jurídico, y además, adhiere a un concepto formal de propiedad. Así ella estima que el concepto ajeneidad debe ser interpretado de la misma forma tanto en el derecho civil como en el penal. Por esto ella reconoce, como ya lo hicieron Bajo Fernández, Majón Cabeza y De la Mata, que cada vez que se traspasa una suma de dinero (bien fungible) se está traspasando la propiedad sobre dicha suma de dinero y, por tanto, el receptor-tenedor de la suma de dinero se hace propietario de éste.

A diferencia de los mencionados autores, esta autora no admite que en estos casos se produzca una mutación (o ampliación) del bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida desde la propiedad al patrimonio. Para ella, en estos casos, cambia el tipo penal desde una apropiación indebida a una administración desleal del patrimonio ajeno. Dice; “Estos artículos describen el comportamiento delictivo de la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a su cargo...Tomamos como punto de partida una Sentencia del Tribunal Supremo, que establece “el delito de malversación (y se esta refiriendo al antiguo artículo 396 del CP) protege no sólo el patrimonio del estado, sino también la confianza de los ciudadanos en una administración leal de los fondos públicos por parte de los funcionarios”...Con esta interpretación se equipara la conducta del delito recogido en los artículos 433 y 434 del Código Penal, a la distracción de dinero recogida en el artículo 252 del Código Penal, para la que sostenemos la pretendida protección del patrimonio y no de la propiedad y la posible configuración de un comportamiento delictivo independiente de la apropiación indebida, que es la administración desleal de patrimonio ajeno. En el delito de malversación nos encontraríamos la agravación por la condición de funcionario público en el sujeto activo, y por la naturaleza jurídica del objeto de la acción que son los bienes del Estado”.

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto sostiene al referirse a los delitos de los

²¹² Este artículo se refiere a la **autoridad o funcionario público** que **destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones**. La pena aquí establecida se eleva en el inciso 2º en el caso de que el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso.

²¹³ Este artículo señala que la **autoridad o funcionario público** que, **con ánimo de lucro propio a ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles** pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local u Organismo dependientes de alguna de ellas.

funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos que en estos, más que protegerse la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho, más que protegerse la confianza en la pureza del ejercicio de la función (y cita como ejemplo de esta tesis a Maurach en Alemania), se protege la pureza del ejercicio de la función y, tal vez, sólo protegiendo ésta se podrá lograr la confianza pública ²¹⁴ .

Finalmente Bacigalupo dice que “En principio estos delitos importan (...) básicamente la *infracción de un deber* propio de la función pública desempeñada...Sin embargo, una caracterización que se limitara a la infracción de deber sería evidentemente inadecuada, ya que no toda infracción de los deberes que incumben a los funcionarios públicos son o deben ser al mismo tiempo delictivas, es decir, amenazadas con penas de derecho criminal. De lo contrario, la diferenciación entre infracciones disciplinarias administrativas y delitos en sentido estricto sería totalmente imposible. Por este motivo la doctrina ha tratado de descubrir qué elemento o elementos deben integrar los delitos funcionarios públicos *además* de la infracción de deber propio de la función...Las opiniones se han orientado, según mi parecer, en dos sentidos: un grupo de opiniones destaca como componente de lo ilícito de estos delitos el *abuso de poder público* (Welzel)...Otro grupo de opiniones generaliza el bien jurídico protegido en la protección de la “confianza pública en la pureza del ejercicio de la función pública (Kohlrausch-Lange)...En la dogmática española se ha intentado dar una respuesta a este problema últimamente por Octavio de Toledo, que considera que una caracterización basada en la infracción de deber exclusivamente “implica una visión estatista y autoritaria de las normas que las contienen”. En un esfuerzo meritorio por superar tal punto de vista se propone definir el bien jurídico de estos delitos como la “legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa” o, más precisamente, como el correcto “el correcto ejercicio de la potestad” atribuida a la Administrativa y ejercida por el funcionario. La tendencia más difundida en la actualidad define el bien jurídico protegido por los delitos de funcionarios desde una doble perspectiva: por un lado se trata del ejercicio de la función pública de acuerdo al deber, pero además, del “interés del Estado en la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho” (Cramer), o de las “instituciones de la Administración estatal o de la Administración de justicia en sus condiciones de funcionamiento interno y externo” (Rudholpi), o de “los principios del Estado de Derecho en el ejercicio del servicio público” (Schmidhäuser)...En resumen, los tipos penales de los delitos de funcionarios públicos deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen el ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho” ²¹⁵ .

Sin embargo, Bacigalupo no deja de reconocer que en el caso del antiguo art.394 (similar a nuestro art.233) del C.P. “es en verdad un caso de apropiación indebida del art. 535 agravada, y por tanto un delito contra la propiedad, pero que el Código legisla junto con los delitos de los funcionarios” ²¹⁶ .

²¹⁴ “Función y límite...”, p.18 nota pie de página N°27.

²¹⁵ “Estudios...”, p.446 y ss. En el mismo sentido Silva Castaño, ob. cit., p.76 y ss.

Con respecto a las diferencias que existen entre apropiación indebida y hurto, las cuales son de valiosísima importancia, ellas se encuentran tratadas en el párrafo 8º del capítulo tercero.

Es importante para el lector el estudio del hurto de posesión (art.471 N°1) y de la realización arbitraria del propio derecho (art.494 N°20)²¹⁷, que aquí no se tratarán, por cuanto le permitirán aclarar la correcta interpretación del sujeto activo y su rol dentro del tipo de la apropiación indebida y, en consecuencia, de la verdadera y correcta protección de la propiedad en los delitos de apropiación.

4.- Historia de esta figura

Para analizar este tema nos basaremos, entre otros, en los aportes de Silva Castaño²¹⁸, Sainz Pardo²¹⁹, Quintano Ripollés²²⁰ y Conde-Pumpido²²¹.

El art. 441 del C.P. español de 1848, que sirvió de base a nuestro art. 470 N°1, tiene como antecedente inmediato el art.773 del C.P. de 1822²²² que sancionaba el abuso de confianza.

Este artículo 773 se encontraba, junto otros artículos, dentro del capítulo VI (arts.773 a 780) del C.P. español de 1822 que sancionaba, como señalé, los abusos de confianza²²³.

En el capítulo II del título III se tipificaba el hurto; así el art.745 definía el hurto, el art.746 indicaba que el dinero puede ser objeto del hurto y el art.752 contemplaba como

²¹⁶ “Estudios...”, p.10.

²¹⁷ Miguel Soto P., “La realización arbitraria del propio derecho en el Código penal chileno”, Revista de Ciencias Penales, t.XXXIX, N°2, período 1982-1986, p.90 y ss.; A. Bascañán R., “El Robo como Coacción”, Revista de Estudios de la Justicia, N°1, Santiago 2002, p.94 y ss.; Bajo Fernández, “La realización arbitraria del propio derecho”; De la Mata, “Tutela...”, p.103 y ss.

²¹⁸ Ob. cit., p.32 y ss.

²¹⁹ Ob. cit., p.31 y ss.

²²⁰ Ob. cit., p.854 y siguiente.

²²¹ Ob. Cit., p.13 y ss.

²²² Carlos Blanco L., ob.cit., p.151; “El Código penal de 1822 resulta en muchos aspectos, a pesar de las reminiscencias que le son propias, asombrosamente moderno e incluso técnico. En él se funden y compendian, con bastante rigor sistemático para su época, las precedentes legislaciones penales españolas, el Código napoleónico, las tesis ilustradas, así como la filosofía de BENTHAM...En palabras de PACHECO, escuetas al respecto, se contienen en dicho cuerpo legal “algo del Fuero Juzgo y de Las Partidas, envuelto en el carácter del Código de Napoleón”. Véase también Franz von Listz, “Tratado de Derecho Penal”, editorial Reus, 4ª edición, Madrid 1999, p.473.

forma de comisión del hurto el “negar haber recibido” las cosas recibidas en préstamo, alquiler, prenda, depósito o cualquier otro título.

Sainz-Pardo sostiene, haciendo alusión al delito de hurto en el código de 1822, que este ya contemplaba como elementos el ánimo de sustraer y de la intención de apropiar²²⁴.

El art.752 (el negar haber recibido como forma de hurto) de este código de 1822 pasó al mencionado inc.2º del art.426 del C.P. de 1848 (hurto). Este inciso del artículo 426 del código de 1848 fue muy criticado por los comentaristas decimonónicos (v.gr. Pacheco).

Por estas críticas, quizás, este inciso 2º del art. 426 que contemplaba el negar haber recibido se transformó desde una forma de hurto en 1848 a una forma de apropiación indebida 22 años después. Esta nuevo tipo se consagró en el inc.1º del art.548 del C.P. de 1870.

Sainz-Pardo sostiene que fue en el art. 426 (donde se contenía la definición del hurto) del C.P. de 1848 donde apareció, por primera vez, el concepto de ánimo de lucro el cual ha llegado hasta nuestros días. Este ánimo no aparecía en el C.P. de 1822²²⁵.

Señala Sainz-Pardo que los arts.773 y 777 del código de 1822 pasaron a formar parte del inc.1º del art.441 del C.P. de 1848²²⁶ que, como dije, tipificaba el delito de apropiación indebida. Este artículo 441 inc. 1º llegó a ser posteriormente, junto con el inc.2º del art.426 del mismo cuerpo, el inc.1º del art.548 del C.P. de 1870.

²²³ Según Silva Castaño; (a)Art. 773 contemplaba la hipótesis del tutor, curador o albacea que, fradulentamente, se apropiara, malversara o dispiera bienes puestos a su cargo. (b)El art.774 sancionaba a los curadores y albaceas que administraran o revelaran documentos y secretos en perjuicio del pupilo, menor, demente o de la testamentaria. (c)El art.775 establecía impedimentos para ejercer los cargos señalados en los artículos anteriores si fueran que fueran sancionados por alguno de estos artículos. (d)El art.776 contemplaba un caso de excusa legal absolutoria. (e)El art.777 sancionaba al que se apropiara de todo o parte de cosa depositada o entregada para venderla, comprarla o por cualquier otro motivo. (f)El art.778 sancionaba al administrador encargado de bienes o negocios que revelare secretos del patrimonio, administración o encargo confiado) o extraviare documentos entregados. (g)El art.779 sancionaba al criado que abusando del conocimiento que tiene de las cosas de su amo, de los encargos hechos o de las instrucciones recibidas le causa perjuicio. (h)El art. 780 sancionaba un supuesto de abuso de firma en blanco.

²²⁴ Ob. cit., p.29.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Carlos Blanco L., ob. cit., p.152; “La reacción absolutista de FERNANDO VII derogó la vigencia del Código de 1822, volviendo por lo tanto a regir en materia penal el confusionismo anterior...En 1829 se nombra una Comisión codificadora que presenta un Proyecto de Código penal a las Cortes cinco años después, cayendo en saco roto. Una década más tarde, en 1843, se encomienda la tarea a una nueva Comisión de Códigos integrada por renombrados juristas tales como PACHECO, CORTINA, BRAVO MURILLO, CASTRO Y OROZCO, VIZMANOS, ÁLVAREZ, ORTIZ DE ZUÑIGA y MADDOZ. El proyecto presentado por esta Comisión sí fue, tras escasas modificaciones, finalmente aprobado por las Cortes y promulgado el 19 de julio de 1848...El Código penal de 1848 se halla fuertemente inspirado por las concepciones del penalista italiano ROSSI, introducidas y seguidas en nuestro país por PACHECO”. F. V. Listz, ob. cit., p.496.

Dice Silva Castaño, al tratar del capítulo VI del código de 1822; “Como antecedente inmediato (de este capítulo) no puede omitirse la influencia notable del Derecho Penal Francés, que ya en el Código Penal de 1791 diferencia el comportamiento delictivo de la apropiación indebida tanto de la estafa como del hurto. En 1811 se incluye la apropiación indebida bajo el epígrafe “De los abusos de confianza”, en el artículo 408, compartiendo la sección con las “bancarrotas, estafas y otras especies de fraudes””²²⁷ .

Como se puede ver el nombre abuso de confianza fue tomado por el legislador español en el código de 1822 desde el C.P. napoleónico o francés de 1810 que en su artículo 408 tipificaba esta figura como l’abus de confiance.

Sin embargo, l’abus de confiance no fue una creación del código de 1810 si no que apareció por primera vez en una ley dictada durante la Revolución Francesa el 25 de septiembre de 1791.

“En verdad, dicha ley (de 25 de septiembre de 1791) no utilizaba todavía la denominación “abuso de confianza”, la que fue creada por el código de 1810. Ello no obsta al indiscutible mérito de aquella ley, de considerar separadamente los hechos de apropiación indebida en una configuración autónoma y con penalidad distinta de la del hurto”²²⁸ .

“Pero la recepción (en el mencionado capítulo 6º del código español de 1822) termina precisamente ahí, en el título, puesto que en los supuestos en él recogidos son muy diversos de los del Código francés, siendo el más semejante el relativo al del abuso de firma en blanco”²²⁹ .

Quintano Ripollés calificó el nombre abus de confiance como “no poco equívoco”²³⁰ , y no deja de tener razón ya que ha provocado más de algún dolor de cabeza.

Es necesario hacer presente que la tipificación del abuso de confianza en el código Napoleónico fue de una constante incorporación de títulos a la enumeración taxativa que allí se contenían cuestión que ocurrió hasta el año 1994 en que se promulgó en Francia un nuevo código penal.

Respecto al casuismo existente durante la vigencia en Francia del código penal napoleónico Sainz-Pardo señala; “La lista que hace el Código Penal francés es taxativa, creando con ello no pocos problemas interpretativos, a la hora de querer sancionar conductas consideradas como merecedoras de pena, pero que no podían incluirse en los contratos enumerados...La primitiva redacción de este artículo, recogía el depósito. Pronto se pone de manifiesto la insuficiencia de tal incriminación, y el Código Penal de 1811 inicia una carrera destinada a completar esa lista, añadiendo el trabajo asalariado, como contrato del que puede derivar una apropiación. A pesar de ello, la jurisprudencia

²²⁷ Ob. cit., p.26.

²²⁸ Politoff, “El delito...”, p.35.

²²⁹ Sainz-Pardo, ob. cit., p.27.

²³⁰ Ob. cit., p.853.

para sancionar verdaderas apropiaciones, extendía de manera ilimitada el ámbito del 408²³¹, desconociendo la verdadera naturaleza de estos contratos...Una ley de 28 de abril de 1832 incorpora el arrendamiento, mandato, y el trabajo no asalariado. Otra de 13 de mayo de 1863 completa la actual (hoy ya no, recuérdese que en la actualidad no rige este código) lista añadiendo la fianza y el préstamo de uso...Ésta es la característica más acusada del sistema de incriminación francés (que ya no se encuentra vigente). La vinculación de la sanción penal, a una violación del título por el cual se tenía a la cosa; y no de cualquier título, sino de los especificados en este artículo”²³².

El legislador francés de 1994 cambió totalmente este sistema de tipificación del abuso de confianza y en el nuevo código tipificó en el artículo 314-1 dejó de lado la enumeración de títulos por el presupuesto de la entrega y la condición de devolverlos, presentarlos o hacer de ellos un determinado uso.

Hecha la necesaria mención al problema en Francia cabe continuar con lo que sucedió en España.

Los arts. 773 y 777 del C.P. de 1822 pasaron al art.441 inc.1º del Código penal español de 1848.

Posteriormente vino en España el C.P. de 1850²³³, en que la apropiación indebida pasó a ubicarse en el art. 452 inc.1º.

Tanto el art. 441 inc.1º C.P. 1848 y art. 452 inc.1º C.P. 1850, que tipificaron la apropiación indebida, no conocieron dentro de las formas de comisión del delito la fórmula “negar haber recibido”. Esta era una forma de comisión del hurto del C.P. de 1848 que se ubicaba en el inciso 2º del art. 426 y que en el C.P. de 1850 pasó a ubicarse en el inciso 2º del art.437.

Todos los comentaristas del Código penal de 1848 criticaron que se concibiera una forma de hurto consistente en “negar haber recibido”, así v.gr., Pacheco (para él esta forma de comisión de hurto era una repetición de lo que sucedía en la apropiación indebida), Vizmanos y Álvarez Martínez y Groizard (para él no constituía una forma de hurto propio sino de defraudación)²³⁴.

²³¹ El texto de este artículo, con la reforma que se le incorporó en 1832 –que le agregó nuevos títulos idóneos-, aparece en Pacheco, ob. cit., p.357; “El que en perjuicio de dueño, poseedor ó detentador, distrajere o disipare efectos, dinero, mercancías, billetes, cartas de pago ó cualquiera otro documento que produzca ó lleve consigo una obligacion ó descargo, que se le hubieren entregado en deposito ó por virtud de un empleo asalariado, con cargo de devolverlos ó prestarlos, ó aplicarlos á un uso determinado, sufrirá las penas señaladas en el art. 406. Esto se entiende sin perjuicio de lo que disponen en los artículos 254, 255 y 256, respecto de las sustracciones y robosde caudales, efectos y documentos contenidos en depósitos públicos”. El mismo texto, con la reforma de 1863, puede verse en Groizard, ob.cit., p.585.

²³² Ob. cit., p.36 y ss.

²³³ Carlos Blanco L., ob. cit., p.154; “Siguiendo las propias pautas transitorias marcadas por el texto de 1848, el 30 de junio de 1850 se promulga una reforma general del precedente Código, aunque de una relevancia muy limitada, por lo que bien puede decirse que el Código penal de 1850 no es más que una leve reforma del de 1848”.

²³⁴ Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob.cit., p.428.

Por ello, hacia 1870 se pone fin a esta forma de comisión del hurto y, en consecuencia, el inciso 2º del artículo 437 del C.P. de 1850 (o inc.2º del art.426 C.P. 1848) es trasladado al art.548 inciso 5º Código penal de 1870²³⁵ que contemplaba la apropiación indebida y se agrega como una tercera forma de comisión, junto al apropiar y el distraer. Otra modificación que se realizó en este código, de menor entidad, fue que se agregó a la apropiación indebida la frase “enajenaren o pignoraren” después del verbo rector distrajeren.

En el C.P. de 1870 el art.548 se ubicó en el capítulo de las defraudaciones dentro de la sección de las estafas y los otros engaños.

Posteriormente vino el Código penal de 1928²³⁶, el cual mantuvo la configuración típica de la apropiación indebida del C.P. de 1870. Asimismo, este delito siguió como una forma de defraudación contenida dentro de las estafas y los otros engaños.

Le siguió el Código de 1932²³⁷, aquí la apropiación indebida sigue siendo una forma de defraudación ubicada dentro de las estafas y los otros engaños, pero el artículo pasa del 548 al 523 inciso 5º. En este código se elimina la frase que se había agregado en el C.P. de 1870 “o enajenaren o pignoraren”.

Llegó el código de 1944²³⁸, en el cual la apropiación indebida sigue siendo una defraudación, eso sí, esta vez fue sacada de dentro de las estafas y los otros engaños y se le ubicó dentro de su propia sección, 3ª, intitulada de las defraudaciones. Aquí la apropiación indebida se ubicó en el art.535. Además, este es el primer código en que se

²³⁵ Carlos Blanco L., ob. cit., p.158; “A consecuencia de la revolución de septiembre de 1868 se promulga la Constitución *liberal* de 1869. Se hacía necesaria, por lo tanto, la elaboración de un nuevo Código que viniese a resultar acorde a las nuevas pautas constitucionales...Es nombrada entonces una nueva Comisión legislativa, cuya Sección penal se ve presidida por Nicolás Mª RIVERO, que elabora un Proyecto que es presentado a las Cortes por el Ministro de Justicia, a la sazón, MONTERO RÍOS, el 30 de mayo de 1870, siendo aprobado por éstas *provisionalmente, hasta que pasase el verano y se reanudara la actividad de las Cámaras legislativas*, por Ley de 17 de julio de ese año. El caso es que este texto legal, que se promulgó con mera aspiración de urgencia y provisionalidad, devino paradójicamente en prácticamente definitivo, en esencia y estructura, hasta la promulgación del vigente texto de 1995. Con gracejo, el diputado Francisco SILVELA (hermano del penalista Luis SILVELA) lo calificó como “el Código del verano”. F. V. Listz, ob.cit., p.504.

²³⁶ Carlos Blanco L., ob. cit., p.162; “Habiendo tenido lugar el día 13 de septiembre de 1923 el golpe del General PRIMO DE RIVERA, se inicia inmediatamente, por parte del nuevo Régimen, una intensa actividad legisferante, que en materia penal, a través de Reales Decretos, amplía el abanico de delitos a la vez que incrementa la punición de los preexistentes por obvias razones políticas...Tres años después, por Real Orden de 12 de marzo de 1926, se encarga a la Comisión codificadora que redactara en el plazo de seis meses una nueva edición del Código penal de 1870 en el que se recogiesen sistemáticamente las reformas punitivas introducidas durante dicho período. Dadas las circunstancias políticas, la actividad de la Comisión codificadora no resultó fácil, rebasando la inicial autorización y elaborando un Proyecto de nuevo Código penal...Presidida por Juan DE LA CIERVA, comenzó tal Comisión en su actividad en el otoño de 1926, siendo nombrado miembro de la misma el 7 de diciembre de dicho año Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, el cual renunció por entender que el Proyecto que se estaba gestando rebasaba los límites constitucionales. Admitida la dimisión de JIMÉNEZ DE ASÚA, le sustituyó CUELLO CALÓN, el cual, junto a SALDAÑA, ejerció notable influencia en la redacción del Proyecto... Finalmente, tras unas leves modificaciones en Cortes que vinieron a mitigar en parte el inicial rigor punitivo del Proyecto, éste se vió aprobado y promulgado por Real Decreto de 8 de diciembre de 1928, conforme al cual se prevé p la entreda en vigor del nuevo Código penal para el primero de enero de 1929”.

denomina a la apropiación indebida por este nombre.

Luego vino el texto revisado de 1963 que creó, en el art.587, 3ª, el correlato del delito de apropiación indebida, castigando como falta las apropiaciones de sumas no superiores a 500 pesetas.

Posteriormente vino la reforma de 1967, 1971²³⁹ y 1973 que no modificaron la estructura del delito. Siguió el proyecto de ley orgánica de 1980 que mantuvo la estructura típica del delito, en su art.261, pero cambió la forma de determinación de la pena, “puesto que por una parte considera delito el caso de la apropiación en cuantía inferior a 15.000 pts, si estamos ante un autor “que hubiera sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo o por dos o más faltas de igual clase”. Por otra parte, se determina una disminución de la pena “en su mitad inferior”, si el culpable restituye lo apropiado dentro de los diez días siguientes al de la iniciación del procedimiento. Esta novedad según García Valdés, parece responder a “razones de política criminal que subyacen en el paralelo delito de malversación de

²³⁷ Carlos Blanco L., ob. cit., p.164; “Proclamada la Segunda República el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional decreta al día siguiente la derogación de toda la legislación penal anterior, reestableciéndose en consecuencia la vigencia del antiguo Código penal de 1870...Un mes después, el 6 de mayo, se disuelve la Comisión General de Códificación, la cual se ve sustituida por una Comisión Jurídica Asesora, cuya Subcomisión penal que se hallaba compuesta por los siguientes juristas: JIMÉNEZ DE ASÚA (Presidente), ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, RUIZ FUNES, ELOLA, Niceto ALCALÁ ZAMORA, Matilde HUICI y SANCHÍS BANÚS (psiquiatra)...Posteriormente accedió a la presidencia de dicha Subcomisión ANTÓN ONECA, incorporándose también a la misma GRANADOS y CARSI...El Proyecto del Código penal fue presentado a las Cortes el día 19 de noviembre de 1931, promulgándose casi un año después, el 8 de septiembre de 1932, la Ley de Bases por la que se autorizaba al Gobierno para publicar el Texto Articulado, apareciendo el mismo publicado en la *Gaceta* de 5 de noviembre, con la expresa previsión de entrada en vigor para el primero de diciembre de dicho año”.

²³⁸ Carlos Blanco L., ob. cit., p.169; “Tras la sangrienta contienda fratricida que asoló nuestro país entre 1936 y 1939..., el Régimen acaudillado por el General FRANCO fue legislando dispersamente en materia penal, a través de unas severísimas disposiciones punitivas especialmente encaminadas a mantener el orden en aquellos sumamente estrechos y difíciles primeros años de la postguerra...En aras de la unificación y sistematización legislativa en la materia, fueron preparados dos Proyectos de Código penal, uno a cargo de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista y de la JONS, en 1938, y otro, elaborado por el propio Ministerio de Justicia, al año siguiente...Finalmente, ya en 1944, el Ministerio de Justicia elabora un nuevo Proyecto, en el que tuvo notable parte el jurista Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, siendo dicho texto, tras el paso por los correspondientes filtros en Consejo de Ministros y en Cortes, aprobado y promulgado por Decreto de 23 de diciembre de 1944”. Respecto del aumento en la severidad de la penalidad en este código puede verse comentario de J. Antón Oneca, ob. cit., p.4.

²³⁹ Carlos Blanco L., ob. cit., p.174; “Las numerosas e incesantes reformas y modificaciones sufridas por el Código penal de 1944, ya desde poco después de su entrada en vigor, unido a la nueva realidad y *apertura* del Régimen a los entrantes tiempos, exigían una reordenación sistemática del texto punitivo...Así las cosas, por Ley de Bases 44/1971, de 15 de noviembre de dicho año, en la que se vino a reformar al Código de 1944, se estableció que “el Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido de Código penal”...Consecuentemente, fue aprobado por el Gobierno en 1973 el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, *por lo que se publica el Código penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre*...Este nuevo Código Penal, texto refundido de 1973, apareció publicado en el *BOE* de los días 12, 13, 14 y 15 de diciembre de 1973....”.

caudales públicos” y también a lo que es “la situación real del sujeto activo de la infracción”, puesto que el tener, ya con anterioridad a la comisión del delito, la posesión del dinero o efectos, puede suponer una “incitación para disponer, aunque sea temporalmente, de ellos. Así lo vendría demostrando la praxis, en la que no pocas veces se han venido acordando atenuantes ficticias de arrepentimiento que trataban de salvar situaciones in extremis”²⁴⁰.

Hacia 1983, el 25 de junio, se llevó a cabo la reforma al código por Ley orgánico 8. En este código el hurto de hallazgo pasó a ser una forma de apropiación indebida. Esta reforma no fue sustancial, en palabras de Bacigalupo²⁴¹, porque lo que hizo fue cambiar sólo de nombre al delito. Sin embargo, este autor hace presente la naturaleza común de ambas figuras cuando señala, a reglón seguido, “Las penas siguen siendo las mismas, pues la apropiación indebida y el hurto, antes y después de la reforma, merecen igual pena, pues ambos son especies de delitos de apropiación”.

Silva Castaño sigue esta última línea, la naturaleza común de ambos delitos; “Desde nuestro punto de vista este arbitrario e inútil cambio de colocación no hace sino poner de manifiesto en primer lugar la dificultad argumental que se da a la hora de diferenciar conductas caracterizadas de hurto o apropiación indebida, lo que hace complicado ubicar el comportamiento típico consistente en la apropiación de cosas perdidas, y en segundo lugar la insuficiencia de la redacción de éste precepto. En cuanto a lo primero nuestro comentario es que no es más que otra prueba para afirmar que el hurto y la apropiación indebida tienen ciertamente muchos puntos en común, mucho más que los que tiene la apropiación indebida y la estafa, con la que se vincula incluso legislativamente...”²⁴².

Ese mismo año, 1983, se redactó una Propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código penal. Aquí la apropiación indebida venía tratada en 3 artículos, del 247 a 249. Estos 3 artículos se ubicaban bajo el título de la apropiación indebida al interior de la sección de las defraudaciones, todos estos dentro del gran título de los delitos contra el patrimonio (en ese entonces el Código vigente hablaba todavía de delitos contra la propiedad). El art.247 tipificaba la apropiación indebida y determinaba la pena, tanto para el delito como para la falta, sin remitirse al delito de estafa. En esta propuesta se elevaba la pena del delito. El art. siguiente trataba de la apropiación indebida con ánimo de lucro de cosa perdida o de tesoro oculto, siempre y cuando el valor de lo apropiado excediera de determinada suma y el objeto material no fuera una cosa de valor histórico, artístico o cultural, porque en este último caso se elevaba la pena. El último art. trata, por primera vez, la apropiación de objetos recibidos por error.

Posteriormente, hacia septiembre de 1992, se elaboró un Proyecto de código y en 1994 se elaboró un Anteproyecto. En ambos, como ya lo hacía desde la Propuesta de Anteproyecto de 1983, se habla de un Título de “Delitos contra el Patrimonio”, pero ahora se agrega “y contra el Ordensocioeconómico”. De la misma forma la apropiación indebida

²⁴⁰ Silva Castaño, ob. cit., p.42. Al respecto véase también Bajo Fernández, “Manual...”, p.274 y ss.; De la Mata, “Tutela...”, p.95.

²⁴¹ “Estudios...”, p.178; Silva Castaño, ob. cit., p.43.

²⁴² Ob. cit., p.43.

sigue incluida dentro de las defraudaciones, a continuación de las estafas. Vuelve, eso sí, al sistema de remisión a las cuantías del delito de estafa para la determinación de la pena.

Finalmente, en 1995, entre en vigencia un nuevo Código penal, el cual ya conocemos. A diferencia del código anterior y de los proyectos y anteproyectos de nuevos códigos, se incluyen dentro de la descripción típica del delito los conceptos de “valores y activos patrimoniales”.

Este código sigue cometiendo el error, según nos dice Silva Castaño²⁴³, de continuar incluyendo “la apropiación indebida dentro de los delitos de “defraudación”, a pesar de la amplia discusión sostenida por la doctrina, que entiende este delito más vinculado con los comportamientos delictivos de apoderamientos”. A reglón seguido, añade otra crítica que, como la anterior, es consecuencia de su postura pancivilista e irrestricto respeto del concepto formal de propiedad como bien jurídico protegido en la apropiación indebida. Dice; “Así mismo es criticable la ausencia de esfuerzo en la descripción del comportamiento delictivo, al volver a emplear los términos confusos de distracción y negar haber recibido, junto al de apropiación”.

En Chile, Robustiano Vera²⁴⁴ (Secretario de la Comisión Redactora del Código penal y, luego, Comentarista de este cuerpo legal) dijo que nuestro C.P. es calcado del español de 1848.

En la sesión N°100, del 05 de julio de 1872, la Comisión Redactora²⁴⁵ de nuestro Código Penal, presidida por Alejandro Reyes y con la asistencia de los Srs. Altamirano, Fabres, Gandarillas, Ibáñez y Rejifo, aprobaron la redacción del artículo 459 N°1 (actual 470 N°1).

Esta es la transcripción de dicha sesión; “Puesto en discusión el art. 459, observó el señor Fabres respecto de su núm. 1° que según las disposiciones del Código Civil, cuando el depósito excede de 200 pesos i no consta por escrito, debe creerse al depositario tanto sobre el hecho del depósito como sobre su monto, de modo que, admitiéndose en todo caso la acción criminal, como lo establece este número primero, quedará burlada aquella disposicion, i podria justificarse la existencia de un depósito empleando la accion criminal, aun en los casos en que la lei civil prohíbe toda investigacion. Para salvar este inconveniente se acordó agregar la frase “observándose en cuanto a la prueba del depósito lo dispuesto en el art. 2217 del Código Civil,” i a peticion del señor Gandarillas la palabra “en el caso a que él se refiere,” para que no se crea que el medio de prueba prescrito en este artículo es aplicable a todo depósito, i sí solo a los que allí se detallan...El inciso final, que aplicaba el máximun de la pena en el caso del depósito miserable o necesario, fue suprimido por ser ésta una de las circunstancias jenerales que agravan todo delito”²⁴⁶.

²⁴³ Ob. cit., p.45; Sainz-Pardo, ob. cit., p.

²⁴⁴ Ob. cit., p.48; Politoff en “El delito...”, p.40.

²⁴⁵ La composición de esta Comisión puede verse en Politoff, “Derecho Penal”, t.I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1997, p.85 y ss.

“Como puede advertirse, los comisionistas reprodujeron el N°1 del artículo 441 del Código español de 1848 (...), sin más innovaciones que la supresión –muy razonable, por lo demás- de la precitada circunstancia agravante especial y la creación de un nuevo inciso de carácter procesal, el que, como se verá, era de todo punto injustificado. En lo fundamental, pues, la Comisión dejó intacto el precepto que sirvió de modelo y de esta inacción se sigue el interés tan destacado que revisten, para la comprensión de nuestro texto, las experiencias de la doctrina y la jurisprudencia españolas; ello fue, en cierto modo, previsto por los integrantes de la Comisión, como quedara constancia en unas de sus actas”²⁴⁷. Esta acta es la que corresponde a la 2ª sesión de la Comisión Redactora, de 26 de abril de 1870, en la cual Alejandro Reyes contradiciendo al entonces Ministro de Justicia Sr. Joaquín Blest Gana (partidario de seguir el modelo del Código penal belga), abrogó por seguir como modelo el Código penal español, tanto por el hecho de que era más natural la adopción de dicho código, por nuestras costumbres, cuanto porque ese código era más completo.

Lo anterior es el único antecedente legislativo que existe respecto de la tipificación de la apropiación indebida en nuestro país.

Ya sabemos lo que ocurrió en España a partir del su primer Código penal y lo que sucedió en nuestro país?.

Pero, ¿qué antecedentes existen de la apropiación indebida antes del C.P. de 1822 (el código penal de José Mª Calatrava)?

El precedente de este Código penal, y por tanto, antecedente de nuestro código se encuentra en Las Partidas.

El estudio de Las Partidas de Alfonso X El Sabio que a continuación se presenta es el elaborado por Silva Castaño, es el más completo de los analizados, y tiene por propósito demostrar la influencia de este cuerpo normativo en el C.P. de 1822, en especial en lo que dice relación a que el capítulo destinado a los hurtos (3º) y abusos de confianza (6º) del C.P. de 1822 tiene por base algunas de las figura de la Partida V, relativa a cuestiones civiles, en especial las leyes 7ª y 8ª.

La Ley 7ª, que se refería al caso del que guarda (deposita) una cosa y luego niega que la recibió, inspiró al art.777 ya mencionado (forma de abuso de confianza).

La Ley 8ª sancionaba al que negaba haber recibido los codensigos y en ella se inspiró para la dictación del art.752 (forma de hurto)²⁴⁸.

El título XIII de la partida VII influyó, también, al capítulo II del título III (2ª parte) del C.P. que trataba del delito de hurto²⁴⁹.

²⁴⁶ “CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA”, p.434; Politoff, “El delito...”, p.51.

²⁴⁷ Politoff, “El delito...”, p.51.

²⁴⁸ A diferencia de Silva Castaño, tanto Pacheco, ob. cit., p.356 como Groizard, ob. cit., p.584 entienden que este Ley 8ª inspiró la redacción de los artículos 452 inc.1º del C.P. de 1848 y 548 inc.5º del C.P. de 1870, respectivamente.

En resumen;

A) Partida VII (Tít.XIII, Ley 1ª)---C.P.1822 (Parte 2ª, Tít.III, Cap.II, Art.745)---C.P.1848 (Secc.2ª, Tít.16, art.426)---C.P. 1870 (Tít.13, Cap.4º, sección 2ª, art.548 inc.5º)---C.P.1928 (art.725 N.5º)---C.P.1932 (art.523 Nº5)---C.P.1940 (art.535)

B) Partida V (Tít.III, Ley 7ª)---C.P.1822 (Parte 2ª, Tít.III, Cap.VI, Art.777)---C.P.1848 (Secc. 2ª, Tít.16, art.441 inc.1º)---C.P.1870 (Tít.13, Cap.4º, secc.2ª, art.548 inc.5º)---C.P.1928 (art.725 N.5º)---C.P.1932 (art.523 Nº5)---C.P.1940 (art.535)

C) Partida V (Tít.III, Ley 8ª)---C.P.1822 (Parte 2ª, Tít.III, Cap.II, Art.752)---C.P.1848 (Secc. 2ª, Tít.16, art.441 inc.1º)---C.P.1870 (Tít.13, Cap.4º, secc.2ª, art.548 inc.5º)---C.P.1928 (art.725 N.5º)---C.P.1932 (art.523 Nº5)---C.P.1940 (art.535)

Con anterioridad a las partidas, Sainz Pardo²⁵⁰ destaca que respecto de la España Primitiva rige una nebulosa histórica, “y por lo que a nuestro delito se refiere, el único dato nos lo proporciona DORADO MONTERO en una referencia al hurto de la cosecha puesta en común”. De la España Primitiva siguió, según este autor, la dominación romana de España, período del cual no se han obtenido datos. Finalmente, Sainz Pardo, destaca en un esfuerzo casuístico (y algo errado al incluir casos de estafas como apropiaciones indebidas) la influencia de 4 cuerpos normativos, entre el término de la dominación romana de España y la dictación de Las Partidas; el primero es el Código de Eurico²⁵¹, le sigue la Lex Romana Visigothorum²⁵², después la Lex Visigothorum²⁵³ y, finalmente, el Fuero Juzgo²⁵⁴.

²⁴⁹ En este título XIII destacan la Ley 1ª que definía el hurto (como una malfetría); la Ley 2ª que establecía dos formas de hurto, una manifiesta y otra encubierta; la Ley 3ª establecía una forma de hurto relativa al que presta un caballo o bestia para ir a un lugar y por cierto lapso de tiempo, como también el caso del que toma una cosa mueble de otro en guarda (depósito) o empeño y luego la usa en contra de la voluntad del propietario (parecen formas de hurto de uso); la Ley 10ª trataba el caso de aquellas personas que reciben materiales para hacer una obra y se quedan con ellos y, finalmente, la Ley 13ª que trataba de la malversación de maraverís.

²⁵⁰ Ob. Cit., p.21.

²⁵¹ Sainz Pardo encuentra en el Código de Eurico un caso de apropiación indebida entendido como un supuesto de hurto, ob. Cit., p.22: “el hecho de apropiarse de algo, como oro, plata, ornamentos u objetos, depositados en él, u objetos entregados para su custodia o venta, con motivo de incendio de su casa se quemaron con sus propias cosas; y si el dueño de las cosas sustraídas, cuando éste dijo antes que se habían perdido, “peche como ladrón lo que ocultó, coforme a lo que las normas legales mandan”.

²⁵² Sainz Pardo encuentra en el Lex Romana Visigothorum un caso de apropiación indebida, ob. cit., p.22 y 23: “en un supuesto en que la posesión de la cosa ya recae en el “fur”; es otro supuesto de depósito de cuya violación se deriva el que se pueda ejercitar por parte del depositante, la “actio furti”.

²⁵³ Sainz Pardo encuentra en el Lex Visigothorum más casos de apropiación indebida, ob. cit., p.23, referidos: “...a supuestos “pro fure teneri”. Pero en estos casos, el contrato base cuya violación puede nacer la “actio furti”, no es el depósito...Dentro del Libro VII, “De furtis et Fallacis”, tenemos otro caso en que el artífice sustrae parte del metal que le ha sido entregado para la realización de una obra...De igual modo se castiga como “fur” a una persona que recibiendo metales para realizar una obra se los apropia realizando una adulteración en la calidad de los mismos. Supuesto que tiene un parentesco mayor si cabe con la estafa”.

En el resto de Europa, durante el derecho medieval se comenzó a conocer la distinción entre hurto propio (aquel que reunía todos sus requisitos) y hurto impropio (aquel al que le faltaba algún requisito de la figura básica). Dice Conde-Pumpido que la base de esta distinción se “encontraba en la idea de “violación de la posesión”: si la cosa sustraída y apropiada estaba en posesión de otro, tal posesión era violada y se producía un hurto propio, si la cosa ya estaba en posesión del que se la apropiaba, no había lesión de la posesión, pues el agente ya poseía la cosa por otro concepto: el hurto era por esa razón impropio. Este tipo de *furtum improprium* se incluían la mayor parte de las hipótesis que hoy constituyen apropiación indebida”²⁵⁵.

Probablemente, por lo anterior, tiempo después en el derecho germánico la Constitución Carolingia, en su art. 171, recogió esta distinción²⁵⁶.

Yendo más atrás en la búsqueda de los antecedentes al derecho medieval europeo, al derecho primitivo español, etc., creo que en realidad dicho esfuerzo por encontrar un hilo conductor al delito de apropiación indebida de antaño, que en alguno de los autores llega a casi el comienzo de nuestros tiempos, por ejemplo Petrocelli, Ure y Politoff²⁵⁷ hablan de Textos Bíblicos²⁵⁸, el Código de Hammurabi y la Ley de las XII Tablas²⁵⁹, “no pasan de constituir una mera diversión erudita”²⁶⁰.

El antecedente cierto del derecho medieval del delito de hurto se encuentra en Roma. Sin embargo la doctrina mayoritaria tampoco se encuentra conteste en el hecho que la apropiación indebida conozca en Roma, como raíz común, el *furtum*²⁶¹.

Algunos autores, como Politoff, basados en Petrocelli y Garraud, sostienen que en el Derecho Justiniano “se llegó a una clara ordenación de situaciones constitutivas de apropiación indebida, como variedades del *furtum*”.

“Estos casos, mencionados en las grandes colecciones de Justiniano,

²⁵⁴ Sainz Pardo encuentra en el Lex Visigothorum más casos de apropiación indebida, ob. cit., p.23 y 24, referidos: “Así, dice el Fuero Juzgo, que debe ser ajusticiado como ladrón el que toma oro para labrarlo o mezcla con otro metal (este parece un caso de estafa y no de apropiación indebida). Y los orfebres que labran el oro, la plata u otro metal y roban alguna parte son tenidos por ladrones”.

²⁵⁵ Ob. cit., p.16.

²⁵⁶ Ure, ob. Cit., p.15; Politoff, “El delito...”, p.29.

²⁵⁷ “El delito...”, p.19 y ss.; Ure, ob. it., p.14.

²⁵⁸ En mi introducción hice una cita Bíblica, pero ello era a modo de ejemplo de la importancia del tema y no como una afirmación de la reminiscencia de este delito en dicho texto.

²⁵⁹ Inserta la apropiación indebida como una forma de *furtum*, Teodoro Mommsen, “Derecho Penal Romano”, Editorial Temis, Bogotá 1976, p.458 y 461. También Ure, ob. Cit., p.15. Manifestando sus dudas sobre la existencia de casos de apropiación indebida en dicha Ley, Politoff, “El delito...”, p.23.

²⁶⁰ Quintano R., ob. cit., p.850.

particularmente en las Institutas, eran los siguientes:”

“1) *Apropiación indebida de uso*: a) uso indebido de la cosa depositada; b) uso indebido de la cosa pignorada; c) uso indebido de la cosa recibida en comodato; d) uso indebido de la cosa por el prestador de servicios;”

“2) *Apropiación indebida definitiva*: a) apropiación por el depositario; b) apropiación por el mandatario; c) apropiación por el socio; d) apropiación de las cosas del pupilo por el tutor;”

“3) *Casos especiales de apropiación*: a) apropiación de cosa perdida; b) apropiación de cosa recibida por error”.

“Sólo resta que nos ocupemos de las tres posibilidades que derivaban del concepto romano del *furtum*, para dar ubicación en ellas a las hipótesis de apropiación indebida...Fundado en la conocida definición de Paulo..., el ilustre romanista Petit propone el siguiente concepto de hurto: “el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de obtener beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión...De esta definición fluyen las tres modalidades del hurto en el derecho romano: hurto de la cosa (*furtum rei*), hurto de su uso (*furtum usus*) y hurto de su posesión (*furtum possessionis*)”.

Luego Politoff precisa el contenido de cada forma de *furtum*; “Por *furtum rei* entendían los romanos la usurcación de la cosa en su totalidad, “es decir, en el complejo de las facultades a ella inherentes, sea por la vía del apoderamiento violento o por la *apropiación indebida*”...Con el *furtum usus* se entendía la usurcación temporal del uso, es decir, el uso ilegítimo de la cosa ajena, contra la voluntad de su dueño. Según Ferrini, no entraba en este concepto el moderno sentido del hurto de uso (...), sino únicamente la *apropiación indebida de uso*,...Finalmente, el *furtum possessionis* se caracteriza porque mediante él, tiende el agente a usurpar la posesión (tenencia) de la cosa de la cual es propietario, pero cuando la posesión corresponde legítimamente a otro...En síntesis, el delito de apropiación indebida, en su forma definitiva y completa, quedaba incluido en la noción romana del “*furtum rei*”. El “*furtum usus*” cubría las hipótesis de apropiación indebida de uso, el mero abuso de la tenencia; y, en cuanto al “*furtum possessionis*”, ya sabemos que abarcaba los casos en que el mismo propietario usurpaba la tenencia de aquel a quien correspondía legítimamente”²⁶².

El punto de partida de Zugaldía es totalmente contrario al de Politoff. Él dice que;

²⁶¹ Quintano Ripollés, ob. cit., p.851. Dice; “El sostener, por lo tanto, que la actual apropiación indebida se integró en el hurto por el Derecho romano, vale apenas como sentar que unas veces fue como tal hurto delictiva, y en otras permaneció en el ámbito de las obligaciones civiles. Oscilación pendular que puede registrarse como constante no solamente en aquel Derecho, sino en buena parte del medieval y moderno, directo legado suyo. No vale aducir en contra, para aclarar conceptos, la tan discutida definición pauliana del *furtum*, recogida en el Digesto (...), la de *contrectatio rei fraudulosa...vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*; la cual, interpolada o no, nada parece tener que ver con la apropiación indebida, pese a los esfuerzos de FERRINI para asimilar a ella el *furtum possessionis* (...); lo que, bien consideradas las cosas, constituye precisamente la hipótesis inversa, al no referirse a una conducta criminal del poseedor, sino en contra suya”.

²⁶² Politoff, “El delito...”, p.24 y ss.

“Por la especial forma de elaborarse y el desarrollo de sus instituciones a lo largo de los siglos, en Derecho Romano el concepto de hurto tiene que ser necesariamente conflictivo. El Digesto (Libro 47, Título II, 1.3), nos transmite la ya clásica definición de Paulo según la cual “furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturale prohibitum est admittere”-sustracción fraudulenta con intención de lucro, sea de la misma cosa, sea también de uso o posesión, lo que la ley natural impide hacer”.

Este autor hace presente que la clásica definición de Paulo no llegó tal como fue elaborada por este jurista a las manos de Justiniano, ya que en su obra recopilatoria no sólo se propuso recoger materiales jurídicos de otras épocas, sino que formar un cuerpo normativo aplicable a la sociedad bizantina del siglo VI, por ello; “...muchos pasajes de obras de jurisconsultos (Gayo, Ulpiano, Paulo) y de constituciones imperiales resultaban anacrónicos. De ahí que el emperador lutrizara a las comisiones redactoras del Digesto para modificar los textos con los que trabajaban cuando así lo creyeran necesario (interpolaciones). Si a esto se une que hoy no se acepta que el material utilizado por las comisiones hubiese llegado a los compiladores bizantinos en su forma originaria –ya que graves corrupciones de los textos clásicos tuvieron lugar en el siglo III- sino que más bien estos tendrían ante sí refundiciones post-clásicas, no resulta difícil comprender que se respecto de la definición de Paulo que el inciso “lucri faciendi gratia” no pertenece a la formulación clásica, sino que se trata de una interpolación y que se afirme además que la presunta tripartición de furtum en “furtum rei, furtum usus y furtum possessionis” resultaba absolutamente extraña (por ser una alteración la expresión “possessionisve, quod lege naturale prohibitum est admittere”) al derecho romano clásico y al justiniano”.

Consecuencia de lo anterior lleva a sostener a Zugaldía; “De ahí que todo intento de dar contenido a los conceptos de furtum rei, furtum usus y furtum possessionis se base necesariamente en conjeturas”.

Luego, precisa desde su punto de vista las forma mencionadas del furtum; “Con relación al *furtum rei* existe acuerdo en cuanto al extremo de que debió consistir en la sustracción de una cosa con la finalidad de tenerla un sujeto para sí, ganando las facultades dominicales sobre ella...Más discutido resulta, en cambio, el concepto de *furtum possessionis*. Con relación al mismo, frente a autores que consideran esta modalidad de furtum como un antecedente del actual delito de apropiación indebida..., no faltan quienes consideran requisito general del furtum possessionis que el sujeto activo del mismo tenga ya la posesión de la cosa y, bien se la apropie sin derecho (actual figura de la apropiación indebida), bien hiciese un uso indebido y no autorizado de la misma (furtum usus como modalidad del furtum possessionis equivalente a una actual apropiación indebida de uso). Menos discutida resulta, sin embargo, el concepto de *furtum usus*: equivale a lo que hoy podríamos denominar apropiación indebida de uso ya que esta modalidad de hurto pertenecían el acto del acreedor que se servía de la prenda, el del sastre o lavadero que usaba las ropas que le habían sido entregadas para coser o lavar y, en definitiva, todos aquellos casos en los que una persona se extralimitaba en el derecho que a usarlas les correspondía, sobre todo cuando el propietario hubiese cedido a un tercero la posesión o tenencia de alguna cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiere fijado o el que racionalmente debería hacer. Añade a esto *Manzini*

que el *furtum usus* estaría integrado, ya en el derecho Justiniano, no sólo por los mencionados supuestos de “apropiación indebida de uso”, sino además por aquellos otros en los que alguien...se apodera de la cosa ajena con el exclusivo fin de hacer un uso determinado y temporal de ella”²⁶³ .

Por lo visto se puede entender que para Zugaldía, a diferencia de Politoff que entiende que en el *furtum possessionis* se incluyen los casos en que el mismo propietario usurpaba la tenencia de aquel a quien correspondía legítimamente, esta forma de *furtum* puede ser entendida de dos formas distintas: la primera la formulan aquellos autores que consideran esta modalidad de *furtum* como un antecedente del actual delito de apropiación indebida. La otra, en cambio, la formulan quienes entienden que el *furtum possessionis* presupone que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa y, bien se la apropie sin derecho (actual figura de la apropiación indebida), o bien lleven a cabo un uso indebido y no autorizado de la misma (*furtum usus* como modalidad del *furtum possessionis* equivalente a una actual apropiación indebida de uso).

Las diferencias anteriores las podemos condensar en las ideas de Conde-Pumpido; “En efecto sobre la base del texto del Digesto que recogía la definición de PAULO había dado del hurto,...se reconocía la existencia de tres formas de apropiación...Y partiendo de la distinción entre “*furtum rei*” y “*furtum possessionis*” va a desatarse la polémica en torno al concepto de “*furtum possessionis*” en la que una de las partes pretende equiparar la apropiación indebida al hurto posesorio...En efecto, frente a la generalidad de la doctrina que considera el supuesto de “*furtum possessionis*” es una modalidad de sustracción, caracterizada por ser realizada por el propietario de la cosa que la toma del poder de quien la está poseyendo legítimamente, privándole así de la posesión legítima (“hurtándole la posesión”), FERRINI va a mantener la tesis de que el *furtum possessionis* se produce por quien está poseyendo legítimamente la cosa en base a un título que no transmite la propiedad, y que la hace propia, convirtiendo así la simple posesión en propiedad, sin la voluntad de su dueño, esto es, comete lo que hoy llamamos apropiación indebida. En consecuencia, para FERRINI en la definición romana del hurto no se contienen tres conceptos o modalidades –*furtum rei*, *furtum usus* y *furtum possessionis*– sino solo dos: de un lado la *contractio rei* y de el otro la *contractio possessionis*, de la que el *furtum usus* no es más que una modalidad...Pero, repetimos, no es ese el criterio mayoritario de la doctrina, para la que el “*furtum possessionis*” es el que se da cuando el propietario sustrae la cosa propia que otro está poseyendo legítimamente”²⁶⁴ .

²⁶³ Ob. cit., p.66 y ss.

²⁶⁴ Ob. cit., p.14 y ss.

Capítulo Segundo. Bien Jurídico comprometido en el delito de apropiación indebida

5.- El Bien Jurídico.

Este trabajo se basa precisamente en tratar de mantener una correcta interpretación (para evitar que la distancia entre el tipo de texto y el tipo de interpretación sea abismante ²⁶⁵) del bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida, la propiedad, y de esta forma deje de ser el “refugium peccatorum” de que hablaba Quintero Olivares ²⁶⁶ .

Dicen Octavio de Toledo y Huerta Tocildo que “Como consecuencia de la configuración democrática de Estado (...), se atribuye al bien jurídico el carácter límite del poder punitivo estatal (lo que se expresa mediante la formulación del llamado “principio

²⁶⁵ E. Bacigalupo, “Estudios...”, p.8.

²⁶⁶ Véase la política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español, en “Estudios Penales y Criminológicos”, p.205 y ss.

de exclusiva protección de bienes jurídicos”²⁶⁷ .

Lo anterior es de la mayor importancia en nuestros días, sobre todo en la necesaria búsqueda del respeto por los derechos humanos a consecuencia de los constantes atropellos de éstos como hemos visto en la historia reciente. Al tratar del bien jurídico dijo Muñoz Conde que éste es; “el último apoyo que...queda para la crítica del Derecho penal positivo”²⁶⁸ .

Dijimos, en el párrafo primero del capítulo primero, al tratar de este concepto, que el bien jurídico, como el objeto jurídico protegido por el delito y su función como elemento de construcción (aglutinador) de los catálogos de tipos penales, era fundamental para lograr evitar efectos no deseados del ius punendi, como sería en el caso de la apropiación indebida la punibilidad de lo que en definitiva son meros incumplimientos civiles²⁶⁹ .

Veremos a lo largo de este trabajo que entender la apropiación indebida como un mero delito de defraudación significa, en palabras del profesor Soto Piñeiro; “desconocer las importantes diferencias que en relación a su naturaleza, objeto y sobre todo función, presenta el derecho penal, respecto de otros ámbitos del ordenamiento jurídico y, por el

²⁶⁷ Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo, “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”, Teoría Jurídica del Delito, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid 1986, 76. Véase también Octavio de Toledo y Ubieta en “Función y límites...”, p.14

²⁶⁸ Cita hecha por H. Hormazábal, “Bien Jurídico y Estado Social Democrático de Derecho”, El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, Santiago 1992, p.7.

²⁶⁹ Maurach / Zipf, ob. cit., p.335. Estos autores estiman que la función que desarrolla el bien jurídico en la correcta interpretación y aplicación de los tipos penales ya no es el tema más relevante en la discusión doctrinal. Ellos destacan, que después de 1970, las investigaciones de Rudolphi, Otto, Marx, Amelung, Hassemmer y Lampe, ha habido una evolución en el concepto de bien jurídico desde “un concepto de trabajo inmanente al sistema, al de criterio sistemático para la correcta demarcación de la zona de los punibles. De este modo, dicha discusión no gira ya tanto en torno a la función del concepto de bien jurídico en la aplicación e interpretación de las normas penales, sino que se orient(a) mucho más marcadamente hacia la fundamental cuestión de cómo un valor relevante para el individuo o la colectividad llega a transformarse en un bien jurídico penalmente protegido y, asimismo, la determinación de los criterios que han de guiar un proceso semejante”. Creo que ni la ayuda que pueda prestar el bien jurídico en la correcta interpretación y aplicación de los tipos, ni la búsqueda del cómo puede llegar un valor a ser considerado un bien en cuestión dejan de ser cuestiones relevantes. Para ello basta ver la aguda crítica, que desde su punto de vista normativo y funcionalista-sistémico, efectúa G.Jakobs en su obra a la lesión del bien jurídico como piedra angular de nuestro sistema penal actual –al respecto véase su monografía ¿QUÉ PROTEGE EL DERECHO PENAL: BIENES JURÍDICOS LA VIGENCIA DE LA NORMA?, Ediciones Jurídica Cuyo, Mendoza 2001, p.9 y ss., p.11 y ss.-. Ante esto es necesario reformular el estudio del bien jurídico para alcanzar un concepto material de éste y asegurar las mínimas garantías al individuo, que sean permanentes en el tiempo, reconociendo en este proceso la influencia que tenga la dialéctica y dinámica de las relaciones sociales como elemento reformulador de un nuevo concepto. No se puede desconocer, en este estado de las cosas, que la objetividad del normativismo funcionalista es, en principio y al parecer, más garantista que lo que se ha presentado hasta ahora las tesis trascendentalistas del bien jurídico (sin perjuicio que pueda plantearse la crítica que el normativismo conlleva un peligro tras esta aparente objetividad que en definitiva nos pueda dejar en el campo de las subjetividades). Así, por ejemplo, lo que ha ocurrido en materia de apropiación indebida y su interpretación como delito de defraudación que ha llevado, en muchos casos, a la punición de los simples incumplimientos (de derecho privado) civiles o comerciales.

contrario, identifica a éste con aquéllos y, muy especialmente, con el derecho privado, convirtiendo en la condición de que depende la intervención del derecho penal, el que los particulares involucrados no hayan podido arbitrar una solución, preferentemente en todo caso de derecho privado, al conflicto que existe entre ellos...La función del derecho penal es la protección de “bienes jurídicos” de mayor trascendencia para la comunidad, frente a las “agresiones más graves” que los pueden afectar, susceptibles de ser prevenidas por su intervención y (...) no, por contrapartida, la represión de los meros incumplimientos de obligaciones jurídicas, particularmente patrimoniales de derecho privado”²⁷⁰.

La parte especial, en palabras de Bacigalupo, constituye “un *sistema clasificatorio de los bienes jurídicos protegidos* en los delitos en particular...En un orden clasificatorio de los bienes jurídicos el papel de este último concepto es de singular importancia. La presentación científica de este orden importa, por lo tanto, una indagación previa de los bienes jurídicos y su vinculación con los demás elementos del delito”.

En el mismo sentido se pronuncia Arzt; “El bien jurídico protegido es el punto de referencia fundamental tanto para valorar la gravedad e importancia de cada delito, como para ordenar sistemáticamente los delitos a lo largo de toda la Parte Especial”²⁷¹.

Pero si bien el rol del bien jurídico, mayoritariamente, es reconocido, su concepto no es único. Tampoco su historia es de corta data.

Desde una óptica historiográfica podremos manejar los conceptos que se han dado del bien jurídico, los que son muchos por sus contantes vaivenes.

Si bien la “teoría del bien jurídico” nace con Birnbaum, es necesario remontarse un poco más atrás en la historia, a la época iluminista, para entender la forma en que se acuñó dicho concepto.

El s.XVII, que antecedió a la época iluminista, fue un siglo de crisis, que se basó en una pugna entre la economía mercantilista (Estado absoluto) y la capitalista (burguesía), un sistema político absolutista (donde la burguesía comienza a aspirar a un manejo del poder), donde el arte barroco (también el clasicismo) cumplía una función apologética de la exaltación religiosa, y de una profunda crisis teológica y filosófica -acentuada por el cartesianismo- por encontrar un punto de equilibrio. En este siglo aparecieron el racionalismo y el empirismo como corrientes filosóficas, cuyo desarrollo duró hasta la mitad del s.XVIII²⁷².

Durante el iluminismo²⁷³ reinó la aplicación de una metodología cuyos rasgos esenciales eran “crítico-negativo, racional-científico y utópico-práctico”²⁷⁴ a la ciencia

²⁷⁰ Ob. cit., p.32.

²⁷¹ Bacigalupo, “Estudios...”, p.10. Gunther Arzt, “Derecho Penal...”, p.87 y ss.

²⁷² El racionalismo se desarrolló en el continente europeo (Francia, Alemania, Holanda) y su respuesta fue el empirismo que se desarrolló en la isla británica.

²⁷⁴ Juan Bustos R., “Introducción al Derecho Penal”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago 1989, p.101 y ss, cita de Francisco Marsal.

jurídica.

Beccaria es referente necesario de esta época, formador de la Escuela Clásica del Derecho Penal ²⁷⁵, su pensamiento fue contractualista ²⁷⁶ (como Rousseau o Montesquieu, pero no apegado a ellos) y, en cierto modo, utilitarista ²⁷⁷ (su máxima expresión se encontró en J. Bentham que influyó en la dictación del C.P. 1822).

Beccaria es el ejemplo de la figura ilustrada ²⁷⁸.

Beccaria “tuvo una gran repercusión al aplicar al Derecho los ideales de la Ilustración: su ataque a la práctica de la tortura y a la pena de muerte, y su opción por la moderación y racionalidad en las penas, reflejan el nuevo humanitarismo que estaba ganando en las conciencias” ²⁷⁹. En su obra (1764) impuso las bases del Estado de derecho en el derecho penal, en frases célebres como; “Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas” (Cap.6º), “el *daño hecho a la sociedad* es la verdadera medida de los delitos” (Cap.8º) ²⁸⁰, etc.

Aún cuando no se destaca lo suficiente, es necesario recordar el aporte que Hugo

²⁷³ Ibídem, p.101 y 102: “se empieza el estudio del hombre de una manera más metódica, aplicando principios considerados como científicos por los iluministas, sobre la base de que el hombre es un ser esencialmente racional y el uso de ella y de la crítica es lo que permite conquistar mayores grados de libertad y superar la irracionalidad y opresión de las instituciones existentes...Como expresa RADZINOWICZ, la razón y el sentido común fueron sus armas contra el orden existente, se irguieron sobre estas bases, poniendo acento en el análisis científico contra la tradición y la autoridad, contra la ineficiencia, el caos y la corrupción, contra la superstición y la crueldad...Su punto de partida, como expresión de la razón, fue la “ley natural”, “los derechos naturales”, “la igualdad natural” Una de las bases fundamentales del pensamiento iluminista es partir del reconocimiento de un “estado natural””

²⁷⁵ Sergio Politoff, “Derecho...”, p.69.

²⁷⁶ Cesare Beccaria, “De los delitos y de las penas”, Alianza Editorial, 8ª reimpresión, Madrid 1995, p.29. La expresión contractualista la encontramos, v. gr., en la siguiente frase; “Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo baste a mover a los hombres para que se defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho”.

²⁷⁷ Ob. cit., p.26. La expresión de este utilitarismo lo encontramos, v. gr., en la siguiente frase; “La *felicidad mayor dividida entre el mayor número* debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de las muchedumbres”. Al respecto véase a Bustos, “Introducción...”, p.105.

²⁷⁸ César Tejedor C., Historia de la Filosofía en su marco cultural”, ediciones s m, Madrid, p.256. La figura ilustrada “Pertenece siempre a una élite intelectual: es un pensador, un escritor, y domina la retórica. La época de la Ilustración recuerda mucho a la época de los sofistas griegos o a la de los humanistas renacentistas. Algunos ilustrados recibieron el nombre de *philosophes*. El término es originario de Francia, donde se aplica a Montesquieu, Voltaire, Buffon, etc.; pero pasa a otros países, utilizándose para personajes tan diferentes como Franklin, Beccaria, Hume, Adam Smith, Kant y Goethe...Algunos se llaman a sí mismos “libre pensadores”...”. En la sociedad ilustrada; “Se tiene conciencia de que empieza algo nuevo, de que la razón y la ciencia por fin iluminan al hombre, de que las tinieblas del pasado han pasado, efectivamente”.

²⁷⁹ C. Tejedor, ob. Cit., p.264.

Grocio hizo en este punto. Sergio Moccia destaca el aporte de este pensador en cuanto su influencia en el desarrollo del presente. Dice; “A partir de la sorprendente, meritoria y concisa contribución de Hugo GROCIO al nacimiento del Derecho penal moderno, con la sustitución de la autoridad divina por la razón humana, se ha convertido en un dato fundamental que la ley penal, cuando falten otros instrumentos con menor incidencia sobre la libertad y la personalidad individual para una correcta y funcional intervención, se encargue de reprimir tan sólo aquellos comportamientos que realmente enturbien las condiciones de una pacífica coexistencia en libertad y que, de modo general, se adviertan como tales, es decir, como impregnados de una dañosidad social, que se expresa según una muy reciente y acreditada terminología, en el ataque a bienes jurídicos especialmente significativos”²⁸¹ .

Fue sobre esta base histórica -a la que se sumó la importantísima Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos en 1789 (bastante influenciada por la declaración de independencia de los E.U.A. de 1776)- la que trabajó Paul J. A. R. von Feuerbach, racionalista, considerado por todos el padre del derecho penal al crear la “moderna Dogmática jurídicopenal”²⁸² .

El racionalismo fue una etapa eminentemente constructiva basada en la razón especulativa que se avocó la “elaboración de un sistema de garantías del ciudadano frente al nuevo Estado y así evitar caer nuevamente en el Estado antiguo. Lo que va a dividir dentro de esta postura práctica es si ella lleva o no al utilitarismo. Con algunos sucede así y por eso son partidarios de la prevención general; en cambio, el pensamiento dominante liberal clásico va a rechazar el utilitarismo sobre una concepción ética jusnaturalista o simplemente racionalista, justamente porque afecta las garantías del individuo frente al Estado, degrada su carácter de persona, por eso defiende planteamiento retribucionista...Dentro de esta etapa hay que distinguir, pues, diferentes períodos: el racionalismo jusnaturalista, el racionalismo dialéctico de Hegel, el racionalismo correccionista (...) y el racionalismo positivista; destacando como reacción dentro de esta etapa a la escuela histórica, que en verdad no tuvo mayor repercusión en el ámbito del derecho penal”²⁸³ .

Feuerbach, racionalista jusnaturalista, desarrolló una teoría jusprivatista de la lesión de un derecho subjetivo, siendo su consideración material del delito la lesión de un derecho, expresión de la teoría del contrato social reinante en la época. De la misma

²⁸⁰ S. Mir Puig, “El Derecho Penal...”, p.34 y ss.; califica el principio de “daño social” como un “planteamiento de la Ilustración que sirvió de base a la obra del Derecho penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico”.

²⁸¹ Sergio Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en “Política criminal y nuevo Derecho Penal”, Libro Homenaje a Claus Roxin, editor Jesús M^a Silva Sánchez, J.M. Bosch editor, Barcelona 1997, p.113 y ss.

²⁸² Hans-Heinrich Jescheck, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, 4^a edición, Editorial Comares, Granada 1993, p.85.

²⁸³ Bustos, “Manual...”, p.107 y ss.

forma, retoma la idea iluminista de la dañosidad social al estimar que eran punibles aquellas conductas humanas, especialmente, aquellas que pusieran en peligro la existencia del Estado, pilar fundamental de la construcción social de la época²⁸⁴. Así, dice Bustos; “Lo que el delito lesionaba era la libertad garantizada por el contrato y protegida por la ley penal...”²⁸⁵.

Hay que mencionar que el gran aporte de Feuerbach fue la elaboración del principio de legalidad al que el Derecho penal se sometió²⁸⁶. Fue “él quien con mayor claridad supo plasmar en un sistema de derecho penal todo el pensamiento del iluminista de su época hasta llegar a Kant”²⁸⁷.

Feuerbach influyó con su política criminal²⁸⁸ (al distinguir las acciones que lesionan derechos de aquellas que no lo hacen, las primeras constituyen delitos y son merecedoras de sanción penal, las otras constituyen una infracción de policía y se hacen acreedoras de una pena de carácter policial) en la elaboración del Código penal de Baviera de 1813²⁸⁹.

Posteriormente, y en la línea del racionalismo jusnaturalista alemán, siguió el

²⁸⁴ Hernán Hormazábal, ob. cit., p.13.

²⁸⁵ “Introducción...”, p.115. Mezger, “Tratado...”, t.I, p.383.

²⁸⁶ Günter Stratenwerth, ob. cit., p.29. Dice; “El iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución era impunes aunque, el comportamiento en cuestión estuviese prohibido por los usos y costumbres. La prohibición de la retroactividad se refirió en lo sucesivo, en primera línea, a la *sanción* de la pena y no, como anteriormente, a la norma de conducta; en la medida que la pena no hubiera sido amenazada con anterioridad, se la consideró como una medida arbitraria incompatible con la libertad del individuo...Por lo tanto, era lógico que el Iluminismo, y sobre todo *Locke* (...1690) y *Montesquieu* (...1748), quisiesen que el ejercicio del poder estatal –incluyendo el del juez–, estuviese ligado estrictamente a la ley. La prohibición de retroactividad se convirtió en *función de garantía* de la ley (penal). De esta forma, en primer lugar los Estados Americanos en 1776 le otorgaron el rango de principio constitucional y luego influyó directamente como modelo de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa de 1789, cuyo art. 8...Anselm von Feuerbach, por último, conectó aquel principio con la finalidad del Derecho Penal constituido, según su teoría, por la prevención general (...): sólo la pena amenazada *antes* de la comisión del hecho puede tener efecto intimidatorio. El mismo elaboró la fórmula latina hasta hoy utilizada de “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (Lehrbuch,...,1801). Desde entonces la regla “no hay pena sin ley” se ha impuesto prácticamente en todos los países civilizados del mundo, como garantía de libertad”.

²⁸⁷ Bustos, “Introducción...”, p.113.

²⁸⁸ Hernán Hormazábal M., ob.cit., p.15. Dice; “En **FEUERBACH**, en particular, el principio de la lesión de un derecho y, en último término, del mantenimiento de las condiciones de vida en común como fundamento de legitimación de la potestad punitiva del Estado, se basa en la teoría del fin del Estado de KANT. FEUERBACH realiza su propia derivación de un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional. La observación de este principio constituye la condición básica de la afirmación de nuestra naturaleza racional en el campo del acontecer. Por ello es un deber erigir el Estado con el fin de realizar la libertad jurídica (AMELUNG, 1972, a, 34)...Desde esta perspectiva FEUERBACH delimita exactamente entre potestad penal y potestad policial del Estado, cuestión que no había sido resuelta por los iluministas...A ambas les corresponde evitar los daños sociales conforme éstos están presentados en el modelo social jusnaturalista. A la policía le corresponde evitar la puesta en peligro de derechos, al derecho penal su efectiva lesión”.

importante aporte del Birnbaum. Su aporte consiste en que “partiendo del derecho natural, de la naturaleza de las cosas, logra concretar un concepto fundamental para la teoría del delito en el futuro, cualquiera que sea la posición en general que se tenga, que es la del bien jurídico”²⁹⁰.

Birnbaum propone (1832) un concepto de bien jurídico (prejurídico y, por tanto, trascendentalista), no como lesión a un derecho subjetivo (Feuerbach), ya que “los derechos como tales no son los que reciben una lesión, que los derecho subjetivos de una persona siempre se mantienen, que lo lesionado desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas son determinados bienes, como la vida, la salud, el honor, que reciben protección jurídica. Se trata de bienes que han sido dados al hombre por la naturaleza, o bien, bienes que son el resultado del desarrollo social y de la sociedad civil. En el primer caso se trata de bienes naturales y, en el segundo, de bienes sociales”²⁹¹.

Hay que destacar en este período la culminación del racionalismo alemán al que se llegó con Hegel (racionalismo dialéctico), para quien lo único real es lo racional, el derecho por tanto es expresión de una voluntad racional, de esta forma el delito es la expresión de la negación de dicha racionalidad y, en consecuencia, la pena es la negación de la negación, manteniendo intacto lo racional²⁹². Vino, con posterioridad a Hegel y continuando su línea de pensamiento, el racionalismo correccionista de Krause y Röder, cuya influencia en España se sintió uniendo el “racionalismo en sus diferentes facetas y la del positivismo científico”²⁹³. La obra de estos autores se conoció en España gracias a Julián Sanz del Río.

Luego vino el período racionalista y positivista o inmanente jurídico-positivista de Binding. Con él terminó “la labor llevada a cabo por el racionalismo heredado del Iluminismo”²⁹⁴.

²⁸⁹ Hernán Hormazábal M., ob.cit., p.15. Dice; “que se destaca, precisamente, por la falta de incriminación de conductas en contra de la religión o de la moral, conductas que, en términos generales, el ordenamiento legal bávaro, recogió a través de leyes especiales en la esfera del derecho administrativo y de policía...Ahora bien, la limitación del **ius puniendi** estatal a la exclusiva protección de derechos subjetivos, se tradujo en el campo del derecho positivo en una considerable disminución de lo punible, ya que conductas que hasta entonces estaban conminadas con penas, perdieron su carácter delictual o vieran atemperado su rigor penal”.

²⁹⁰ Bustos, “Introducción...”, p.114 y ss. Maurach / Zipf, ob. cit., Parte General, 1, p.334; estos autores sostienen que con Birnbaum “el liberalismo burgués tomó conciencia del contenido *material* de la agresión contra el bien que se encarna en el delito”. En el mismo sentido Jescheck y Weigend, ob. cit., p.274; “Por el contrario Birnbaum, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, no divisó derecho alguno en el bien jurídico sino un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue concebido como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural”. H. Hormázabal, ob. cit., p.30, precisa que en el texto de Birnbaum “no se contiene en ninguna parte una definición del concepto (bien jurídico) ni se sujeta a ningún orden sistemático, lo que dificulta su lectura y comprensión”.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Bustos, “Manual...”, p.109 e “Introducción...”, p.123.

²⁹⁴ Bustos, “Introducción...”, p.129.

Utilizó un método jurídico abstracto que no requería de una ley natural de origen divino ni de orden natural para encontrar el bien jurídico (el “ir más allá del derecho”).

Para su construcción le bastaba la norma (que es deducible de la ley positiva, pero conceptualmente anterior a ésta y que consisten en una orden destinada a prohibir o a ordenar la realización de una determinada conducta) y el acto o contravención (no el resultado), es decir, le bastaba el mismo derecho.

De esta forma, al ser tan apegado a la norma jurídica, su construcción era más objetiva y, por tanto, más garantista para el individuo, sin embargo a la vez era peligrosa esta construcción porque dejaba al hombre sólo frente al Estado, sin poder recurrir a otro orden superior para poner atajo a los designios de este ente superior.

Para Binding el delincuente no viola ni quebrante la ley positiva, solo la cumple, lo que si quebranta es la norma. “Para Binding, el bien jurídico queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica, es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, se trata de términos inseparables, no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado, como hacía Birnbaum; por eso, para él, “en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión del bien como núcleo”, y teniendo entonces en cuenta que para Binding “La negación de la desobediencia es pues siempre negación del querer de la autoridad, es siempre contravención de un derecho público que corresponde al Estado, aunque a menudo es delegado. La lesión de este derecho subjetivo de sometimiento es la única así llamada lesión jurídica esencial a todos los delitos”²⁹⁵.

Este tipo de razonamiento no es lejano en el tiempo, su influjo lo vemos hoy en día en la escuela de Bonm, precisamente en su mayor expositor, Jakobs, la cual me referiré posteriormente²⁹⁶.

Hacia el siglo XIX, luego de la pérdida de influencia del romanticismo, se sintió el fuerte impacto del positivismo en todos los ámbitos de la sociedad (por ejemplo Darwin), el impacto de las ciencias naturales sobre la ciencia del derecho. En el campo de la filosofía se puede ver a uno de sus mayores expositores en Compe, quien en su “Discurso sobre el espíritu positivo” expresa las ideas que resumen sucintamente este

²⁹³ Bustos, “Introducción..”, p.125 y ss. “KRAUSE representa una reacción racionalista frente al racionalismo absoluto e idealista de HEGEL, su filosofía expone un humanismo racional, en que el centro de ella será entonces la realidad, representada fundamentalmente por el hombre; se trataba de un “racionalismo armónico”. Sobre esta base RÖEDER elabora también un derecho penal que tiene en cuenta en primer lugar al hombre; se trata de un derecho penal racionalista real, humano y, por tanto, subjetivo. En cuanto al derecho penal subjetivo no hay una gran diferencia aparente entre su obra y la de los hegelianos. Pero ella surge con nitidez en cuanto la voluntad en juego en el delito para RÖEDER no es una voluntad en abstracto sino la de un hombre concreto y lo que se ha de enjuiciar es entonces esa “mala voluntad”, es decir la intención y el ánimo. De consiguiente la pena tendrá la función de corregir es voluntad pervertida, manifestada en la conducta. El derecho penal actúa como un derecho de tutela sobre esos sujetos cuya voluntad está deformada, solo a través de la corrección de ellos las penas tienen justificación moral”.

²⁹⁵ Bustos, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, 3ª edición, Barcelona 1989, p.46 y ss.; H. Hormazábal, ob. cit., p.38 y ss; J. Náquira, ob. cit., p.76.

²⁹⁶ Bustos, ob. cit., p.46.

período de la historia “Considerada en primer lugar, en su acepción más antigua y más común, la palabra positivo designa lo real por oposición a lo quimérico...En un segundo sentido,..., este término fundamental indica el contraste de lo útil y lo inútil...Según una tercera significación usual, se emplea con frecuencia esta feliz expresión para calificar la oposición entre la certeza y la indecisión...”²⁹⁷ .

Las ramificaciones del positivismo en la ciencia del derecho fueron muchas, así en Italia se encuentran los ejemplos de C. Lombroso, R. Garófalo y E. Ferri, y posteriormente de una forma más renovada alterando el rumbo inicial se puede citar a Florian, Santoro, Grispigni, Frosali, Altavilla, Frassati y Puglia²⁹⁸ .

En Alemania esta influencia se sintió en Adolf Merk y, principalmente, en la obra de von Liszt quien trató de unir las ideas clásicas y el positivismo naturalista. Si el bien jurídico era una creación legislativa y, por tanto, jurídica, para von Liszt el bien jurídico se encontraba más allá del ordenamiento jurídico o, en otras palabras “en un momento anterior al Derecho”²⁹⁹ (una concepción trascendentalista político-criminal³⁰⁰), era una creación de la vida en donde aparece como un interés vital para el individuo o la comunidad, reconocido por el Derecho. Es el interés jurídicamente protegido³⁰¹ .

“Interés” es el valor de producción o no producción de una determinada transformación para el sujeto; “bien”, a diferencia de aquel interés, aquello para lo cual la transformación es de valor”³⁰² .

²⁹⁷ C.Tejedor, ob. cit., 328. Bustos, “Introducción...”, p.133.

²⁹⁸ Bustos, “Introducción...”, p.140.

²⁹⁹ J.M. Valle M, “El delito...”, p.69. Según De la Mata el aporte de von Liszt es importante porque con él se empieza a profundizar en un **concepto material del bien jurídico** “trascendente al sistema jurídico”, “Tutela...”, p.44.

³⁰⁰ Bustos, “Manual...”, p.47.

³⁰¹ F. von Liszt, ob. cit., t.II, 335 y ss. Dice este autor ; “El crimen, en cuanto constituye una fracción (*Unrecht*), es, como el delito civil, un acto culpable CONTRARIO AL DERECHO (1). Esta REPROBACIÓN jurídica, que recae sobre el acto, es doble...1. El acto es *formalmente* contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico...2. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial)...El acto contrario al Derecho es una ataque a los **intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo a un bien jurídico** (2). Pero esta regla debe ser interpretada restrictivamente (...). La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas. Pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales –que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga- no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana...exige que un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta: que la lesión o riesgo de un bien jurídico *sólo* será materialmente *contraria al Derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que se responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana...Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. **La norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea...**”

Al ser un positivista y, en consecuencia, importarle el mundo material, la lesión al bien jurídico (al no ser una cosa material es ajeno al acontecer causal) se concreta (“se cosifica”) en el mundo exterior a través de la lesión de lo que él denomina “el objeto de la acción”, que puede ser tanto una cosa como una persona, manteniéndose el bien jurídico incólume³⁰³.

Siguiendo la senda de tratar de conciliar las ideas clásicas y el positivismo, este último conoció en Italia, al final de sus tiempos, un revisionismo (rechazando el libre albedrío clásico y adhiriendo al determinismo positivista) que se denominó la Terza Scuola (Emmanuele Carnevali), y que Bernardino Alimena llamó “positivismo crítico” o “naturalismo crítico”³⁰⁴.

La reacción al positivismo consistió en poner en duda a las ciencias naturales, esto a través de una relativización proveniente “del pensamiento de KANT reformulado en la corriente filosófica que se denominó neokantismo. La idea kantiana resurge reaccionando en contra de la postergación a que se vio sometida por el positivismo, como una expresión de la filosofía pura dispuesta a desprenderse de la descomposición a que la había sometido la “cientificidad”³⁰⁵.

Es importante hacer presente las razones de este giro nuevamente hacia lo relativo. El iluminismo fue un movimiento filosófico y, por tanto, social, fue una revolución cultural que buscó dar un espacio a los burgueses. Bajo la bandera de las libertades se alzaban en contra de la autoridad. Luego, una vez en el poder vino la revolución industrial, y para ello era necesario legitimar la tenencia de los factores de producción. Para esto el positivismo era el camino seguro, ya que dejaba de lado las relativizaciones del liberalismo cultural, se ceñía a lo exacto (aplicando los principios de las ciencias exactas a lo valórico) y afianzaba, de esta forma, la idea de Estado. El Estado, mediante las herramientas jurídicas, cautelaba la posesión de las riquezas en manos de la clase dominante³⁰⁶.

Esta reacción en contra del positivismo que van a desembocar en la relativización neokantiana (el positivismo era pura materialidad, preocupación por el mundo exterior; el neokantismo es, por el contrario, puro mundo espiritual, una vuelta hacia el yo interior, una invitación a la reflexión –de hecho Kant tuvo una vida externa poco sobresaliente, pero una vida interna o de reflexión de las más influentes de los últimos tiempos-) de la teoría del bien jurídico, paso por una etapa que Bustos denomina de “Superación del Positivismo”³⁰⁷, que pasó por 3 corrientes: La primera denominada por este autor como

³⁰² Ibídem.

³⁰³ Hormazábal, ob. cit., p.52 y ss.; Náquira, ob. cit., p.76 y ss.; Bustos, “Manual...”, p.48 y ss. Del mismo autor, “Introducción...”, p.146 y ss.

³⁰⁴ Bustos, “Introducción...”, p.154 y ss.

³⁰⁵ Hormazábal, ob. cit., p.61; Náquira, ob. cit., p.77.

³⁰⁷ “Introducción...”, p.155 y ss.

“Tecnicismo Jurídico”, cuyas variantes en Italia encontró a Rocco y al tecnicismo crítico de Antolisei, y en Alemania el sistema Liszt-Beling³⁰⁸. La segunda dice relación al planteamiento de la ciencia de los valores de Stammler y, finalmente, la tercera es el integracionismo valorativo jurídico penal de Scwinge, Radbruch, Mayer y Mezger.

Estas 3 corrientes tienen en común que se pone en la base de la epistemología a Kant³⁰⁹ y, en consecuencia, reconocen la diversidad de método entre las ciencias naturales y las sociales.

Este reconocimiento por parte de los neokantianos de la diversidad de métodos, hizo que se buscara el fundamento de las ciencias del espíritu, no ya sobre la base del conocimiento empírico, sino que sobre la base de la filosofía de los valores³¹⁰. Lo anterior llevó a una serie “de reformas y proyectos de reforma, constituyéndose en el

³⁰⁶ George Ripert, “Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno”, editorial Comares, Granada 2001, p.21 y ss., p.239 y ss. De esta obra el estudio preliminar de José Luis Monereo de p.XXIII y ss.; “En términos jurídicos (...), el mundo diseñado por la codificación constitucional burguesa era el mundo de la seguridad. En Europa el período comprende desde la mitad del siglo XIX hasta el inicio de la primera guerra mundial. En ese período, la burguesía actúa como clase dirigente, y trata de implantar su modelo de organización a toda la sociedad. Ahora bien, la noción de seguridad no remite a la realización del fin (...), sino más bien a las que pueden ser consideradas como las fundamentales “reglas del juego”. Ese mundo de la seguridad es el mundo de la codificación, que trata de plasmar los valores del liberalismo individualista. Por ello se puede hablar con justeza, del *significado “constitucional”* (codificación constitucional) de los códigos del Derecho privado, en el sentido que los mismos no se limitan a regular instrumentos técnicos de organización de las relaciones sociales, sino que, de modo más significativo, desean proyectar la cosmovisión de los triunfadores de las revoluciones burguesas...El modelo burgués “estático” mostró sus carencias ante la emergencia de los nuevos problemas y las exigencias planteadas por el surgimiento de nuevas clases sociales...”. Véase también Hormazábal, ob. cit., p.58 y ss.

³⁰⁸ Ernst von Beling, “Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo”, Librerías El Foro, traducción de la 11ª edición alemana, Buenos Aires 2002, p.76 y ss. El gran aporte del Beling es la formulación del concepto *Der Gesetzliche Tatbestand* o delito-tipo penal. Él habla del *Tatbestand*, tipo o esquema descriptivo central y el *Deliktstypus* o figura delictiva (que contiene las circunstancias particulares que han de sumarse al esquema central del delito).

³⁰⁹ El estudio que sobre el bien jurídico hacen los neokantianos se basa, obviamente en Kant, hay que recordar que este gran filósofo estudió durante muchos años la física, para luego interesarse hacia 1770 por la metafísica. Este es el llamado período crítico. Dedicado tantos años a la física, estudió el problema del saber partiendo del hecho (faktum) de que las matemáticas y la física son ciencias desde los tiempos de Tales y desde Galileo-Newton, respectivamente, en cambio la metafísica no parece serlo. “Ante la pregunta ¿qué entiende Kant por metafísica?, se puede decir que este sería un conocimiento “cuyos principios jamás deben ser tomados de la experiencia, pues deben ser conocimientos no físicos, sino metafísicos; esto es, más allá de la experiencia (...) Es pues, un conocimiento a priori, o de la razón pura (...) Es decir, la metafísica versa sobre objetos no empíricos (Dios, el alma, el mundo como totalidad), y es construida por una razón no empírica (o pura), es decir, no utiliza dato empírico alguno...Concebida así, las dos posturas acerca de la posibilidad de la Metafísica eran, en la época de Kant, las siguientes:...Dogmatismo (Wolf y su escuela)...Escepticismo (Hume)...Kant, pues, no acepta ni el dogmatismo ni el escepticismo...El camino que sigue Kant es Nuevo: el **método crítico**”. Este método actúa “mediante la crítica de la razón, por la razón misma, “decidir acerca de la posibilidad o imposibilidad de una metafísica (...), sus Fuentes, su extensión y sus límites...La crítica (de la razón pura) es la **“ciencia de los límites”**. Es, pues, ciencia, pero de carácter propedéutico: una ciencia que versa acerca de la **posibilidad** de toda ciencia en general, y de la Metafísica en particular. La existencia de tal ciencia no se le ocurrió a Hume, fue Kant quien la creó”. C. Tejedor, ob. cit., p.278 y ss.

tronco común de la Constitución de Weimar y de las nuevas corrientes jurídico penales”
311 .

La corriente neokantiana de la Escuela Sudoccidental alemana (también dentro de la escuela de Marburgo, Schwinge y Zimmerl) tuvo mucha influencia en el campo penal.

Este es el período que Bustos denomina “De la espiritualización del bien jurídico”, el cual se produce por el retorno a la conceptualización del bien jurídico en la “lógica jurídica abstracta” de von Liszt³¹² y la colocación de la piedra angular de la ciencia del derecho en la ya mencionada filosofía de los valores.

Se distinguen “dos grandes direcciones: la que considera que el bien jurídico sólo puede cumplir la función teleológica en la interpretación de la ley penal (RICHARD HONIG) y aquella que concibe el bien jurídico como un bien de la cultura (ERIK WOLF)”
313 .

“Para Honig el bien jurídico es “el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su fórmula más sucinta” o bien “como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar sentido y el fin de las prescripciones penales particulares”. Con esto Honig deja desprovisto al concepto de al concepto de bien jurídico de todo contenido real y concreto, es puro pensamiento teleológico, simple ratio legis de los preceptos, luego una fórmula vacía a llenar con el correspondiente pensamiento jurídico específico”³¹⁴ . Lo anterior es consecuencia de que Honig “parte del supuesto que, hasta ese momento, los intentos realizados por los autores para determinar materialmente el objeto protegido han fracasado, y ello porque dicho propósito es imposible de realizar”³¹⁵ .

Para Wolf, influenciado por la Escuela Sudoccidental alemana y el “Sistema de la Filosofía” (que habla del universo de bienes sociales y que toda norma protege un valor) de Rickert, el derecho “es una ciencia de la cultura y cuyo objetivo es la protección de los bienes sociales culturales preexistentes a él, y cuando reciben el amparo del Derecho Penal, adquieren el carácter de bienes jurídicos. Si bien el planteamiento del WOLF, como el de LISZT, suponen por parte del Estado un juicio de valor, el primero considera que dicho juicio se hace desde un plano moral, el segundo, en cambio, desde una perspectiva naturalista de la sociedad”³¹⁶ .

310 Náquira, ob. cit., p.77 y ss.

311 Hormazábal, ob. cit., p.62.

312 Bustos, “Introducción...”, p.49; Hormazábal, ob. cit., p.62.

313 Náquira, ob. cit., p.77.

314 Bustos, “Introducción...”, p.49; Hormazábal, ob. cit., p.63 y ss.

315 Náquira, ob. cit., p.77.

316 Náquira, ob. cit., p.78; Hormazábal, ob. cit., p.64 y ss.

Consecuencia de lo anterior lleva a Wolf a sostener que “la lesión de un bien jurídico debe ser comprendida no como un cambio en el mundo empírico, sino como *“un puro resultado jurídico”*, como *“un cambio específico de la situación jurídica”*. Los resultados no se producen en la naturaleza,..., no afectan al bien jurídico en sí, sino al objeto de la acción, esto es, a su *“sustrato cultural empírico”*, el que se distingue contundentemente del bien jurídico”³¹⁷ .

En esta línea de espiritualización del concepto de bien jurídico de Wolf, Mittasch llega “a sustraer al bien jurídico de la realidad cultural, de por sí harto imprecisa y abstracta, y lo concibe no como algo real, sino como algo “inmaterial” algo “vigente”, por lo que según él, sólo puede hablarse de lesión de un bien jurídico en sentido figurado...El proceso de abstracción del bien jurídico como el de lesión, llevó al principio garantista de exclusiva protección de bienes jurídicos de un ser postulado a ser un mero enunciado sin ninguna eficacia real limitadora de la potestad punitiva del Estado. En estas condiciones, al igual que el de la dirección teleológica, difícilmente podía pasar de ser un concepto puramente formal, sin contenido puesto sin condiciones a disposición de los fines políticos criminales del Estado”³¹⁸ .

Tanto para la tesis de Honig como para la de Wolf, “el bien jurídico es sólo una categoría lógico-formal, su función es sólo interpretativa, con lo cual pierde toda su autonomía y trascendencia dentro del derecho penal”³¹⁹ .

Esta pérdida de autonomía y trascendencia del bien jurídico, paralela al proceso de la consolidación del Estado nacionalsocialista, llevó a la Escuela de Kiel (Dahm y Schaffstein) a cuestionarse la utilidad del bien jurídico, al que critican duramente, como dice Bustos³²⁰ , llegando a sostener que es un concepto inútil que sólo se centraba en el individuo y su libertad, lo que ponía un límite infranqueable al pueblo y el Estado.

En este período, “el individuo queda relegado y olvidado, y centro de atención es, única y exclusivamente, el pueblo. La expresión “pueblo” se refiere a un ser con identidad propia, que está por encima de los individuos que viven en comunidad y que están vinculados por el sangre y al territorio por las generaciones pasadas, presentes y futuras”³²¹ . Al tener identidad propia el pueblo “no se puede separar realidad y valor como lo hacían liberales, positivistas y neokantianos. Por eso el derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, pero no como una ensambladura de normas exterior, sino de carácter interno y vital, surge del pueblo mismo, *“del espíritu del pueblo”*. Derecho y vida no constituyen conceptos contrapuestos, sino que el derecho es la realidad plena de sentido, no empírica”³²² .

³¹⁷ Hormazábal, ob. cit., p.66.

³¹⁸ Hormazábal, ob. cit., p.66 y ss.

³¹⁹ Bustos, “Introducción...”, p.49.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Náquira, ob. cit., p.78.

El delito para esta escuela “no es pues lesión de un bien jurídico, sino lesión del deber (del individuo con el pueblo)”³²³ o, en otras palabras, es “la traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán y en donde el “espíritu del pueblo” es la única fuente del Derecho capaz de determinar lo que es justo o injusto. Si el concepto del bien jurídico en épocas pasadas había significado de alguna manera una barrera de control del ius punendi del Estado, dicho rol no podría seguir jugando dicho concepto en un régimen totalitario como era el nacionalsocialismo”³²⁴.

Queda en evidencia, sobre con esta escuela, lo asertadas que son las palabras de Mir Puig; “Son conocidas las dificultades que a lo largo de su historia ha encontrado el concepto de bien jurídico para ofrecer un límite al ius puniendi”³²⁵.

En el Estado nacionalsocialista el bien jurídico se formaliza, pierde contenido y, en consecuencia, deja de tener el carácter de garantía que poseía como límite al poder punitivo del Estado. Todos los logros de la época de la ilustración se borraron con esta esterilización de este concepto.

Durante el régimen totalitarista, debido a la excesiva formalización del concepto bien jurídico se llegó, necesariamente, al extremo que la autoridad nacionalsocialista pudo cometer todo tipo de abusos rellenando “el concepto de Derecho con cualquier contenido”³²⁶, contenido que supuestamente atentaba contra el sano sentimiento del pueblo alemán³²⁷. Las atrocidades que en atención a ello se llevaron a cabo hizo que, durante la post guerra, se iniciara una búsqueda de una postura trascendentalista del concepto bien jurídico, que fuera por tanto por la vía de la ética (moralizante) como del jusnaturalismo, para así dar contenido material a este concepto.

Alemania, hacia 1949, pasa a ser un estado social y democrático de derecho.

“En este contexto el bien jurídico vuelve a cumplir, en principio, una función

³²² Bustos, *ibidem*.

³²³ Bustos, *ibidem*.

³²⁴ Náquira, *ibidem*.

³²⁵ “El Derecho Penal....”, *ob. cit.*, p.160.

³²⁶ Náquira, *ibidem*.

³²⁷ Un ejemplo de esto se puede encontrar en el proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad de 17 de marzo de 1944 o la Ley para la prevención de enfermedades hereditarias (que contemplaba la esterilización, por ejemplo, a casos de retraso mental). En el caso de esta última ley cabe señalar que ella se trató de aplicar a los llamados asociales; “No obstante, como seguidamente veremos, la propia ambigüedad de alguno de estos supuestos (retraso mental congénito, alcoholismo grave) y la creciente presión de destacados dirigentes de la Gestapo y las SS, así como de algunos prominentes científicos y criminólogos del “stablishment” académico, pronto hicieron que se planteara esta posibilidad, bien dentro de la propia Ley o incluso más allá de ella, a través de la aplicación analógica de la misma “conforme al sano sentimiento del pueblo alemán”, o simplemente sin cobertura legal alguna”. Francisco Muñoz Conde, “EDMUND MEZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO”, Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2002, p.206 y ss. y p.268 y ss.

fundamentadora y garantizadora”³²⁸ .

Retornaron “los planteamientos críticos que desde la perspectiva filosóficas se le habían venido haciendo al positivismo. Al asalto al positivismo que ya se había iniciado en el primer tercio del siglo por las tendencias neokantianas desde una perspectiva axiológica, se habrían de sumar propuestas alternativas inspiradas en los neohegelianos y en la fenomenología que habrían de volver reforzadas con elementos humanistas y moralizantes tomados del jusnaturalismo...El neohegelianismo y la fenomenología a partir de la constatación efectiva de que los neokantianos sólo habían superado parcialmente al positivismo naturalista, centraron su ataque en otros puntos de la teoría del derecho penal, concretamente en el concepto de acción, señalando, con razón, que aun no se había liberado del dogma causal”³²⁹ .

Dice Hormazábal³³⁰ que fueron Honig y Wolf los que, apoyados entre la distinción de von Liszt entre el objeto jurídico y el objeto material de protección, los que “sustrajeron al bien jurídico del ámbito de la lesión efectiva y con ello de la ley causal del naturalismo, llevándolo hacia la esfera de los valores fuera del alcance de la acción delictual...Las expresiones en el derecho penal de estas nuevas corrientes jusfilosóficas ya no iban a concebir el delito primariamente como lesión de un bien jurídico sino que antes que nada como una acción...ya no será una acción natural...sino que una acción querida concientemente, una acción plena de sentido...el bien jurídico habría de quedar mediatizado por el nuevo concepto de acción...Habrían de ser dos las nuevas propuestas metodológicas en la teoría del delito. La de HELLMUTH MAYER de inspiración neohegeliana y la de HANS WELZEL de inspiración fenomenológica y jusnaturalista que en definitiva habría de ser la que se habría de imponer en la postguerra por su claro contenido ético y moralizante, seguramente como reacción a las atrocidades del nazismo (BUSTOS...)”.

Mayer, como sostiene Náquira³³¹ , siguiendo una línea neohegeliana (sobre todo la idea de que la voluntad final lo trasciende todo) crítica el cause naturalístico seguido antaño de la necesidad de comprobar la existencia de un resultado lesivo de un bien jurídico para estimar que se ha cometido un delito; “la función inmediata del Derecho Penal no es la protección de bienes, sino el mantenimiento del orden moral del pueblo, lo

³²⁸ Bustos, ob. cit., p.50.

³²⁹ Hormazábal, ob. cit., p.75. Respecto del cuestionamiento del concepto de acción y el dogma causal cabe señalar que fue el neokantiano Honig quien comenzó la crítica; “El punto de partida del reciente debate dogmático sobre la categoría de la imputación objetiva lo constituye un famoso trabajo de Honig de 1930...Este autor puso en cuestión que la categoría ontológica de la causalidad aprehendiera correctamente la relación típica entre acción y resultado, para Honig se trataba de si el resultado en sentido prejurídico puede verse como obra del sujeto. Ponencia de Wolfgang Frisch sobre “La Imputación Objetiva: El Estado de la Cuestión”, en “Sobre el estado de la teoría del delito” (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), editorial Civitas, Madrid 2000, p.22 y ss.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ Ibidem.

que dentro de sí comprende (mediatizada) de aquéllos. Para MAYER los bienes son anteriores y preexistencia al Derecho, son estados especiales de la realidad vital externa, plenos de valor y elevados por la protección penal a la categoría de bienes jurídicos”.

Por su parte, desde una perspectiva fenomenológica³³² y jusnaturalista del derecho, los esfuerzos de Welzel se dirigieron a tratar de dar una nueva base al pensamiento jurídico, desplazar la influencia del positivismo naturalista y sociológico del derecho penal, revisar los críticamente los aportes del neokantismo (o teoría de los valores) y tratar de lograr la elaboración de una nueva teoría del delito rectificando el modelo utilizado por la teoría clásica³³³.

Comenzó sus trabajos hacia 1930, pero el debate dogmático de sus ideas sólo vino con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial³³⁴. Bustos llama al período marcado por Welzel como el del “resurgimiento mediatizado del concepto trascendente del bien jurídico”³³⁵.

Welzel criticó el carácter ideológico del derecho natural, pero rescató el reconocimiento que hizo del ser humano como persona “responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”. En otras palabras, se concibe el derecho como un orden normativo obligante y no de poder, y la obligación presupone la existencia de una persona responsable y no un simple ser manipulable. Con ello, entonces, deslindaba un Estado de derecho de un régimen totalitario, o bien de sujeción total del individuo al Estado como había pretendido el nazismo. Pero también se apartaba de las posiciones positivistas y relativistas, que habían considerado al derecho, al hombre y al Estado, como un simple juego de situaciones fácticas de poder...Al igual que durante el Iluminismo,...Welzel,...vuelve a poner acento en la dignidad de la persona, como la base mínima de un ordenamiento jurídico”³³⁶.

Welzel rechazó el fraccionamiento del concepto de acción hecho por la teoría causalista (en parte objetiva y subjetiva)³³⁷, ya que para él la acción humana es un todo (objetivo y subjetivo): “es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”...Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función de un

³³³ Bustos, “Introducción...”, p.180.

³³⁴ Hormazábal, ob. cit., p.81 y ss.

³³⁵ “Manual...”, p.50.

³³⁶ Bustos, “Introducción...”, p.180 y ss.

³³⁷ Welzel, “Derecho...”, p.61; “El concepto “causal” de acción, desarrollado por v. Liszt y Beling y fundamentado más detenidamente por Radbruch, la fraccionaba en dos partes constitutivas diferentes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad “simplemente” subjetivo, por otro. De acuerdo con ello “la acción” sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad (“el impulso voluntario”, o la “inervación”) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si solo lo podía prever (contenido de la voluntad)”.

fin...la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de proveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por

332

Herederas del cartesianismo, va más allá de él. Es un idealismo trascendental que trató de convertir a la metafísica en una ciencia estricta (Husserl). El método fenomenológico es similar al cartesiano (Husserl le llamó neo-cartesianismo) en algunos aspectos, pero tuvo el desarrollo de ideas propias absolutamente notables. La fenomenología de inspiración husserliana enuncia como primer principio metódico a la evidencia, es decir, que no se puede admitir como válido ningún juicio, si no ha sido extraído de la evidencia, es decir, de las experiencias en que las cosas y los hechos en cuestión se presentan al yo ellas mismas. Luego, se busca la evidencia en la conciencia abierta (a diferencia de la conciencia cartesiana que es algo encerrado en sí mismo), y esta apertura de la conciencia es lo que Husserl llama intencionalidad, es decir, se trata de que sea una conciencia *de* alguna cosa. La conciencia debe ser, además, pura, en cuanto se trata de la conciencia a la que se le ha privado la realidad y se le ha convertido en un espectador desinteresado (la conciencia cartesiana era parte del mundo). Lo que se manifiesta evidente en la conciencia es el fenómeno (lo que aparece o se manifiesta en sí mismo a la conciencia). El fenómeno posee y revela una esencia. El método fenomenológico conduce a la intuición de esa esencia, constituyendo a la fenomenología en ciencia de esencias y no en ciencia de hechos. La conquista apodíctica (necesaria) de la esencia de los fenómenos se logra gracias al método fenomenológico para así eliminar todo presupuesto y encontrar el comienzo radical, convirtiendo de esta forma a la filosofía en ciencia estricta. **El método fenomenológico consiste pues en examinar todos los contenidos de conciencia, pero en vez de dictaminar si tales contenidos son reales o irreales, ideales, imaginarios, etc., se procede a examinarlos en cuanto son puramente datos.** Este método parte del epoché (concepto que nace con los escépticos griegos y decía relación a la suspensión del juicio en razón de la duda universal; “no negamos nada, no afirmamos nada”) que significa para Husserl “poner entre paréntesis” o “desconectar”. La aplicación del epoché fenomenológico da lugar a 3 tipos reducciones (la reducción en filosofía tiene 2 sentidos; el primero, dice relación con la reducción de un tipo de objetos a aquello que realmente es. El segundo, dice relación con el acto de eliminar lo accesorio para conservar de forma pura la cosa misma. Para Husserl la reducción tiene este segundo significado) sucesivas: La primera es la reducción filosófica, al abstenerse de juzgar las doctrinas de la filosofía anterior y llevar las descripciones dentro del marco de esta abstención. La segunda, es la reducción eidética (de eidos, esencia) que pone entre paréntesis todo lo individual, existencial, contingente o fáctico que aparece dado por la intuición empírica o en las imágenes de la fantasía, para quedarse con la intuición de la esencia del fenómeno (o, en otras palabras, es el descubrimiento y descripción de las esencias de los fenómenos dados a la conciencia). Finalmente, en tercer lugar, procede la reducción trascendental o fenomenológica, en la cual se pone entre paréntesis la existencia del mundo real y del sujeto empírico, y el residuo fenomenológico que queda es la conciencia pura, las vivencias puras y sus fenómenos. La influencia del método fenomenológico influyó en Nicolai Hartmann quien utilizó la fenomenología en un sentido muy realista. Muchos autores alemanes como Engisch, Klug y otros que el mismo Welzel menciona, sostienen que la filosofía de Hartmann influyó en él. Éste, si bien reconoció que tomó en el año 1935 de Hartmann “no la cuestión (...), pero si el nombre de “finalidad” para caracterizar la acción como un contenido dirigido y encauzado voluntariamente...”, rechazó la influencia de Hartmann (en Bonn hacia fines de 1960) diciendo “No tendría, sin duda, ningún motivo para avergonzarme de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai HARTMANN –si fuera cierto-. Este no es el caso, sin embargo”. Probablemente el examen de los contenidos de conciencia en cuanto son puramente datos, sin realizar dictámenes previos (si son datos irreales o no), llevó a Welzel aceptar que la idea de Hegel sobre el choque de las dos volutades, una racional (el derecho) y la otra irracional (el delito), condujo a una subjetivización de las cosas con lo cual lo externo e interno en el actuar resultan indisolubles. Dicha ideas fueron tomadas como base para la construcción de un sistema de derecho penal por Köstlin, Abegg, Berner y Hälschner. Welzel reconoció que estos autores anticiparon el concepto de acción que le sirvió de base a su sistema finalista. Véase a Welzel, “EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL”, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, editorial B de F, reimpresión de la 1ª edición en castellano, Buenos Aires 2001, prólogo a la 4ª edición, p.28; del mismo “Derecho...”, p. 58; Cury, “Derecho...”, p.208, para quien si Hartmann si influyó en Welzel. Bustos, “Manual...”, p.109. Sobre la fenomenología ver a C. Tejedor C., ob. cit., p.381 y ss.; José Ferrater M., “Diccionario Filosófico Abreviado”, Editorial Hermes, 7ª reimpresión, México 1993, p.172.

consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin...”³³⁸ .

Para Welzel³³⁹ , las acciones humanas pueden ser valoradas desde 2 puntos de vistas, uno dice relación con el “resultado que origina la acción (valor de resultado o material)” y el otro se refiere “al sentido de la actividad como tal (valor de acto)”. “Ambas formas son importantes para el Derecho Penal. El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como son, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud,...(los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). Esta protección de bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo...”.

Por ello Welzel³⁴⁰ estimaba que las normas jurídicas no podían dirigirse a proceso causales ciegos, sino que sólo a acciones, “las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final”.

Partiendo de un concepto de acción “basado en la actividad final humana”³⁴¹ (acción como un todo objetivo y subjetivo), del hombre como sujeto responsable, de que las normas jurídicas pueden dirigirse precisamente a mandar o prohibir una conducta final (desvalor del acto) de aquél hombre responsable destinado a evitar el desvalor de resultado (lesión de un bien jurídico), Welzel estimaba que la “misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”³⁴² .

Para Welzel³⁴³ el bien jurídico “es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”. “La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social”.

Como consecuencia de todo lo anterior, para Welzel el bien jurídico “no es el objeto

³³⁸ Welzel, “EL NUEVO...”, p.42 y ss; “Derecho...”, p.50 y ss.

³³⁹ “Derecho...”, p.11 y ss.

³⁴⁰ “Derecho...”, p.59.

³⁴¹ Welzel, “Derecho...”, p.60.

³⁴² “Derecho...”, p.15 y ss. Dice; “El Derecho Penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. Sólo así se obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social”.

³⁴³ Ibidem.

común y exclusivo de protección de las normas penales. Consecuentemente con su pensamiento de que la misión del derecho penal es “asegurar la vigencia inquebrantable de...valores de acto” y de que el delito constituye la inobservancia de dichos valores de acto, sostiene que hay delitos en que el bien jurídico está ausente, esto es, “meras conductas impuras desde el punto de vista ético-social”...Así señala que la norma moral “no debes hurtar” protege la propiedad, pero que la norma moral “no debes cometer incesto” no protege la moralidad, sino que ella en sí misma es una norma moral que está protegida por una sanción penal. De esta manera, para WELZEL toda norma penal prohíbe conductas inmorales, incluso prohíbe hurtar, lo que ha llevado a concluir que el contenido general de desvalor de todas las normas no es la lesión de un bien jurídico, sino una conducta social no ética que esté prohibida”³⁴⁴ .

Luego de la segunda guerra mundial, vino un período que, como dice Bustos, vino el resurgimiento de la política criminal que se manifestó en las nuevas constituciones³⁴⁵ .

“Mientras los esfuerzos realizados por un sector de la doctrina para combatir el naturalismo y el positivismo imperantes se fundaban en la filosofía o en la teoría política, en este período también se inician acciones con igual propósito, aunque su plataforma será la formulación de una “teoría social”...En consecuencia, la búsqueda de un fundamento del ius puniendi del Estado supone acudir a la Sociología y, de esta forma, resurge una política criminal que plantea límites a la potestad estatal sobre la base de ciertos principios programáticos esenciales: dignidad de la persona, exclusiva protección de bienes jurídicos y necesidad y utilidad de la sanción penal”³⁴⁶ .

Así, terminada la guerra resurge el pensamiento positivista de Ferri a través de Filipo Gramatica en el Centro Internacional de Defensa Social. “En el Tercer Congreso de la nueva organización, celebrado en Amberes en 1954, triunfa las posiciones de Marc Ancel que pretendía una transformación del derecho penal, no su eliminación como Gramatica³⁴⁷ . El problema es que quedó, como dice Bustos, demasiado sujeta a los criticados principios desarrollados por Ferri (que propiciaban medidas de seguridad predelictuales basadas sólo en la peligrosidad social). Además, entendía a la sociedad como un ente abstracto, absoluto y autónomo por encima de la persona (al hablar de defensa social y

³⁴⁴ Hormazábal, ob. cit., p.85 y ss; Náquira, ob. cit., p.80

³⁴⁵ “Manual...”, p.117 y ss.

³⁴⁶ Náquira, ob. cit., p.80.

³⁴⁷ Bustos, “Manual...”, p.117. Dice; Su pensamiento lo sintetiza en su obra “La nueva defensa social”, que lleva como subtítulo: “Un movimiento de la política criminal humanista”. Desde un punto de vista negativo critica el carácter metafísico y apriorístico del derecho penal (...); por su parte no concibe el delito como un ente jurídico, sino como una “expresión de la personalidad del autor”, rechazando el libre albedrío, pero sin caer en un determinismo fatalista biológico como necesidad social y en que todo se reduzca a una tipología a priori de los delincuentes. Se trata de encontrar las razones individuales que han llevado al delito: de conectar al derecho con la realidad social, de terminar con las ficciones jurídicas. Por eso construir una política criminal que mire “a la organización racional de la lucha contra el crimen y que situada exactamente entre la criminología y la ciencia del derecho penal tienda al mejoramiento y mayor eficacia de las instituciones penales” (...).

rehabilitación social) creando así un “orden racional y valorativo absoluto, que el individuo no podía discutir, sino sólo adaptarse, con lo cual se pierde y difumina el humanismo”.

“A diferencia de la Nueva Defensa Social, el renacimiento de la política criminal alemana no se entronca con el positivismo, sino con la Nueva Escuela de Von Liszt. Pero no por ello Claus Roxin es acrítico respecto de Von Liszt, en especial en lo que se refiere a la separación tajante que hiciera del derecho penal y política criminal, para Roxin aquél debe estar penetrado por ésta, pues de qué sirve “la solución de un problema jurídico, que a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde el punto de vista político-criminal, erróneo”³⁴⁸.

En este período se pueden distinguir 2 tendencias, una jurídico-constitucional y otra con fundamento sociológico:

La tendencia jurídico-constitucional pone acento, como dice Bustos, en la existencia “de dos órdenes de valores dentro del ordenamiento jurídico, uno estaría fijado en la Constitución y el otro en la legislación penal”³⁴⁹.

Dice Náquira; “en una sociedad que está estructurada y vive un Estado de Derecho, su Constitución Política expresa, directa o indirectamente, ciertos bienes, valores o condiciones de vida fundamentales para el desarrollo libre y responsable de todos y cada uno de los individuos que integran la comunidad; y serán dichos valores los que determinarán una pauta para la formulación de un concepto material de bien jurídico”³⁵⁰.

Dentro de esta tendencia se encuentran autores como Roxin, Sax, Rudholpi, Marx, Agnioni, Bricola, Fiandaca, Musco³⁵¹, etc.

Según destaca Jesús M^a Silva Sánchez³⁵² “Con independencia de ulteriores precisiones, o incluso de discrepancias en cuanto al concreto alcance de su método, la obra de ROXIN suele ser descrita como un intento de construcción del Derecho penal, y en concreto de la teoría jurídica del delito, desde la perspectiva de la Política criminal. Esta orientación, ya apuntada en su escrito de Habilidad *Täterschaft und Tatherrschaft*, así como, luego, en su contribución al *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (1968),

³⁴⁸ Bustos, “Manual...”, p.118.

³⁴⁹ Ibidem, p.51.

³⁵⁰ Ob. cit., p.83.

³⁵¹ Dicen Fiandaca y Musco en su obra; “Proprio l’esigenza di prospettare criteri atti a impedire rischi di arbitrio da parte di un legislatore “onnipotente”, ha indotto la dottrina successiva a compiere un passo avanti: ad assumere cioè la *Costituzione* a fondamento o, comunque, a criterio di riferimento *nella scelta di ciò che può legittimamente assurgere a reato*. Si sono, così, poste le basi una *teoria costituzionalmente orientata* del bene giuridico: questa rinnovata impostazione persegue il puplice obiettivo di elaborare, da un lato, un concetto di bene giuridico che preesista alla valutazione del legislatore ordinario; ma di prospettare, dall’altro (proprio in quanto disunti dalla Costituzione quale testo normativo sovra-ordinato), criteri di determinazione del bene medesimo finalmente dotati di vincolatività —almeno potenziale— nei confronti del legislatore penale”, ob. cit., p.12 y ss.

³⁵² Véase en “Política criminal y...”, ob. cit., “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, p.17 y ss.

acaba plasmándose en su conocida obra programática *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, la cual, veinticinco años después y, pese a las críticas de detalle recibidas, continúa siendo una referencia ineludible en la discusión jurídico-penal moderna,...En la propuesta metodológica de ROXIN late una visión de la dogmática jurídico-penal *ciertamente superadora del modelo positivista*, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma. Pero también, en principio, claramente *relativistas*, en el sentido de limitadamente vinculada por perspectivas ontologicistas. Su entroque con el pensamiento neokantiano no sólo es claro, sino que ha sido puesto expresamente de relieve por otros autores...Ahora bien, lo anterior pone de relieve que cualquier profundización en la propuesta de ROXIN debe conducir a dilucidar qué quiere decir *Política criminal*, cómo se accede a sus principios y cómo se orienta el sistema a los mismos. En efecto, el campo semántico de tal expresión admite concreciones en diversos sentido, tan diferentes entre sí que casi carece de sentido de agrupamiento bajo denominación única. Comúnmente, la orientación político-criminal se ha asociado al *consecuencialismo*, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación (*Folgenorientierung*). De hecho en la obra de ROXIN se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial)...Procede, pues, determinar el lugar de la propuesta de ROXIN en el marco de esta discusión. De entrada, resulta sencillo, desde luego, alejar a este autor, como antes anticipábamos, de la pura “racionalidad instrumental”. En efecto, cuando ROXIN trata lo que denomina “bases de un proyecto sistemático teleológico-políticocriminal”, acomete su exposición aludiendo a la concepción de un sistema orientado a valores. Su modelo no se define, pues, en términos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito (criterios de una Política criminal *empírica*), sino que en su concepto nos hallamos ante una Política criminal *valorativa*, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal. Una posible dificultad aparece, sin embargo, cuando se trata de determinar si el método de atribución de contenido a los valores de garantía por parte de ROXIN se aproxima al propio funcionalismo o, por el contrario, se vincula a un cierto “principalismo”.

Ahora bien, en cuanto al rol del Estado Roxin sostiene que éste cumple 2 tipos de funciones, la primera de ellas es una función conservadora de los bienes jurídicos preexistentes (fundamento prepositivo de los bienes jurídicos) y, la segunda, es una función de promoción y ayuda social ³⁵³.

Él, bajo influencia del funcionalismo teleológico ³⁵⁴, trata de fundamentar prepositivamente el concepto de bien jurídico en el orden constitucional, “Es decir, en la Constitución al consagrarse el Estado de derecho, se ha puesto de relieve también la finalidad protectora del Estado y por tanto la obligatoriedad de su vinculación a la protección de determinados bienes valiosos para la vida en común” ³⁵⁵; “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto del

³⁵³ Hormazábal, ob. cit., p.123.

³⁵⁵ Bustos, “Manual...”, p.51.

bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”³⁵⁶.

Para ello distingue el 2 conceptos de delito, uno formal y otro material. Mientras a través del concepto formal de delito se define la conducta punible en el marco del Derecho positivo, “el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”³⁵⁷.

Sobre la base de este concepto material de delito Roxin define los bienes jurídicos como las “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³⁵⁸.

Según Roxin, este concepto de bien jurídico es previo al legislador, pero no a la Constitución, y el no protege “conminaciones penales arbitrarias”, “finalidades puramente idealógicas” y “meras inmoralidades”.

En sentido similar se pronuncia Sax. Según Hormázabal, él pone “en relación el derecho penal con el ordenamiento constitucional sosteniendo que hay que distinguir dos planos que no se superponen por estar en diferentes niveles de eficacia; el de un “orden de valores constitucional” y el de un “orden de valores penal”. El orden constitucional esta referido al marco de la actividad del Estado, en tanto que el derecho penal protege aspectos parciales que sólo coinciden en lo nuclear con los valores constitucionales como la vida,...Sin embargo, ..., hay otros valores que no están expresamente estructurados como tales en la Constitución. Tales serían los valores que se protegen en los delitos contra el Estado, de la Administración de Justicia, de la moral. La Constitución en estos casos simplemente orientaría el ejercicio del “*ius puniendi*” de acuerdo con sus valores, hacia la concreción de esas conductas antijurídicas en tipos penales”³⁵⁹.

³⁵⁶ C. Roxin, “Derecho...”, p.55 y ss. En contra de esta tendencia jurídico-constitucional se manifiesta Octavio de Toledo y Ubieta en “Función y límites del...”, p.19. Cuando este autor se refiere a lo que para él consiste la puesta en práctica del principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos por parte del Estado al momento de legislar, esto es, el deber del Estado de intentar dotar de ciertos contenidos materiales a los bienes jurídicos (el deber de proteger normativo-penalmente determinados intereses) sostiene; “(Éste es) Un significado que, según creo; no cabe de esperar que se lleve a la práctica como consecuencia de supuestas capacidades endógenas de autoconversión o adaptación unilateral del Estado. Como parece esperarse...de la exégesis o del aprovechamiento interpretativo del texto constitucional. Aunque la Constitución desempeñe,..., un papel importante (no determinante) en la tarea de averiguar los bienes jurídicos penalmente amparables...”. Similar crítica dirige a lo que él denomina neutralismo funcionalista o sistémico.

³⁵⁷ C. Roxin, “Derecho...”, p.51 y ss.

³⁵⁸ C. Roxin, “Derecho...”, p.56.

Rudolphi, al igual que Roxin, presenta influencias del funcionalismo. Como dice Hormazábal, este autor parte del concepto del estado de derecho constitucional en que son tan importantes las “garantías formales como *“la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material”*, por lo que a su juicio la actividad estatal no solo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse *“en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas”*³⁶⁰.

Hormazábal sostiene que Rudolphi busca un sustento prepositivo al concepto de bien jurídico, y dicho sustento material lo encuentra en los valores fundamentales que consagra la Constitución, son estos valores los que permiten, indican o pautean la elaboración de un concepto material de bien jurídico. Este concepto material se puede encontrar en la realidad social, de cuyo examen se puede observar los “fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano y de la prospectiva constitucional, debe revelarse el concepto de bien jurídico *“como un presupuesto de una vida próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo”*; el sustrato material del bien jurídico vendría dado *“por la sociedad estatal conforma a la Constitución y por las condiciones y funciones en los cuales se basa la vida social; “el bien jurídico se revelaría como una unidad social vigente...necesaria para la subsistencia de la sociedad constitucionalmente organizada”*. Hormazábal critica este concepto de Rudolphi por ser formal, ya que su propósito de búsqueda de un contenido material del delito se frustra *“desde el momento mismo en que condiciona la concreción del concepto dentro de la realidad social, pero una realidad social entendida como sociedad estatal constitucional, lo que podrá ser realidad normativa, pero jamás realidad social”*³⁶¹.

Marx es otro de los autores que se encuentran incluidos dentro de la corriente del concepto de bien jurídico con sustento constitucional. Hormazábal lo ubica dentro de los autores que manejan un concepto constitucionalista de corte formal. A diferencia de Rudolphi, Marx concibe el Estado no como una realidad social, sino que como un Estado ideal, como un concepto jurídico. El Estado, para Marx, no puede tener por objeto central sino el hombre, su dignidad, de manera tal que el derecho penal debe *“proteger de lesiones todo lo que es necesario al hombre en tanto presupuesto externo para la realización de su desarrollo personal”*, por ello para él los bienes jurídicos son *“aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorrealización”*³⁶².

Hormazábal sostiene que si a Rudolphi se le puede reprochar su formalismo “hasta el extremo de que llegaba a identificar la realidad social con la sociedad constitucional, en el caso de MARX este formalismo se extrema aún más en la medida de que llega a identificar el fin del derecho con el fin del Estado ideal, entendido como una abstracción jurídica. Evidentemente que desde este punto de partida difícilmente se puede llegar a un

³⁵⁹ Ob. cit., p.121 y ss.

³⁶⁰ Ob. cit., p.123.

³⁶¹ Ob. cit., p.123 y ss.

³⁶² Ob. cit., p.124 y ss.

concepto material de bien jurídico...”³⁶³ .

En Italia la discusión del concepto bien jurídico desde un punto de vista constitucional es fuerte. En dicho país se pueden distinguir dos grupos; aquellos que adhieren a una teoría “constitucional estricta” y aquellos otros que no manejan tan estricto apego a la constitución. En el primer grupo se puede encontrar, según Hormazábal, a Bricola, Musco y Agnioni.

Bricola, señala Hormazábal, encuentra sustento a su tesis en el artículo 3 de la Constitución italiana, y de este artículo se debe concluir “que la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien el cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado (libertad personal), esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional relevante”; “delito será un hecho lesivo de un valor constitucional cuya significatividad se refleja en la medida de la pena”³⁶⁴ .

Hormazábal también destaca a Agnioni quien distingue entre bienes jurídicos constitucionales primarios o secundarios. Respecto de los primeros este autor señala que puede asignarse la aplicación de la pena privativa de libertad y, en cambio, la penal pecuniaria puede aplicarse respecto de la lesión de algunos bienes primarios o secundarios. Por ello le da importancia a los delitos de peligro, a su legitimidad, por cuanto para él es importante anticiparse a la efectiva lesión del bien.

El fundamento de la distinción entre bienes primarios y secundarios se encuentra en el criterio de la libertad como bien jerárquicamente superior dentro del orden constitucional. “Bienes primarios serían aquellos sin los cuales le individuo no puede realizarse en las mínimas formas existenciales o cuyo falta resultaría atentatoria a la dignidad del hombre. La ofensa a estos bienes en la medida que constituyen un ataque a la libertad personal autorizaría a la conminación con una pena privativa de libertad”³⁶⁵ .

Otros de los autores destacados por Hormazábal, dentro de esta corriente, es Musco. Al igual que los anteriores autores, alemanes e italianos, busca el sustento del concepto bien jurídico de una forma prepositiva, más allá del ordenamiento jurídico, antes que éste, de corte material. La obligatoriedad de este sustento fáctico prepositivo se encuentra en la obligatoriedad de la Carta fundamental que recoge ese sustrato. Basado en el inciso 3º del artículo 27 de la Constitución política italiana, concretiza la protección penal de los bienes jurídicos al sostener que “*no todos los valores que se encuentran contemplados en la Constitución son susceptibles, deben (o pueden) ser objeto de tutela penal...*”. El citado artículo, señala Hormazábal, sostiene que; “*“la pena...debe tender a la reeducación del condenado”* y que en razón de este principio el legislador estaría vinculando garantizar penalmente sólo las “*formas mínimas de vida en común*”,..., de esta manera desarrolla su teoría en el marco del más clásico contractualismo, en el cual se apoya más adelante cuando señala, con apoyo del espiritualismo alemán, que los bienes

³⁶³ Ob. cit., p.125.

³⁶⁴ Ob. cit., p.126 y ss.

³⁶⁵ Ob. cit., p.128.

jurídicos pueden ser definidos como “*aquellos valores conceptualmente aprehensibles, de cierto e inmediato origen constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común*”³⁶⁶.

Dentro del otro grupo de autores, no tan apegados a la constitución, se encuentran Fiandaca y Pulitano. Para Fiandaca “la Constitución...ha de proporcionar directivas programáticas de tutela y no realmente vinculantes para el legislador”. Para Pulitano “La Constitución...cumpliría una función de orientación positiva que parte de la matriz liberal...El legislador gozaría de una amplia libertad en lo que se refiere a la elección de los bienes jurídicos en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, así como en el momento de la elección”³⁶⁷.

Se puede imputar a esta corriente, como dice Bustos, que “en mayor o menor medida tienen la tendencia a confundir los derechos fundamentales constitucionales con los bienes jurídicos; así, por ejemplo, en uno de los autores más lúcidos de este grupo, como Bricola, para el cual “el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en la lesión *significativa* de un valor constitucionalmente relevante” y hay que entender como relevancia constitucional de un bien “la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta constitucional”...Ahora bien, en la Constitución y en el derecho constitucional los derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituir un límite a la intervención del Estado respecto de los ciudadanos. En cambio los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implica relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos los posibles sujetos y objetos que pueden entrar dentro de esta relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo éste. Luego evidentemente no son lo mismo ni tienen la misma función los bienes jurídicos y los derechos fundamentales y las libertades consagradas en la Constitución; la tendencia a una identificación total conduce nuevamente a una formalización de los bienes jurídicos, aunque ya no a un nivel penal, sino constitucional y por tanto muy en la línea de las corrientes inmanentistas de Binding o espiritualizadoras de los neokantianos”³⁶⁸.

La otra tendencia tiene fundamentos sociológicos.

“Desde la sociología y como una forma de legitimar la potestad penal del Estado, es posible diferenciar, principalmente, las siguientes direcciones o concepciones”³⁶⁹:

El funcionalismo (estructural funcionalismo o teoría sistémica), el interaccionismo simbólico y otras teorías sociológicas sobre el bien jurídico.

Dentro del tercer grupo de esta tendencia podemos destacar a Hassemer y Calliess.

³⁶⁶ Ibidem

³⁶⁷ Náquira, ob. cit., p.83; Hormazábal, ob. cit., p.129 y ss.

³⁶⁸ Bustos, “Manual...”, p.51 y ss.

³⁶⁹ Náquira, ob. cit., p.80 y ss.

Dice Bernd Müssig que “A principios de los años 70 comenzó en Alemania una discusión más intensa del concepto de bien jurídico, la cual también se refería de modo específico a los fundamentos científico-sociales y de la teoría social del modelo de la protección de bienes jurídicos. Las repercusiones de estos trabajos aún se perciben con claridad en las teorías personales del bien jurídico. Fue precisamente el estudio de HASSEMER el que abrió la puerta para tener en cuenta las posibilidades de una reformulación moderna de la concepción del bien jurídico...Con el propósito declarado de “concebir” la teoría del bien jurídico en “una referencia constitutiva hacia la realidad” HASSEMER la enmarca en su conjunto en una teoría del control social, interpretando, sin embargo, los mecanismo de control social en el sentido de WELZEL, es decir, como fortalecimiento y aseguramiento de los valores de acción ético-sociales. Para ello, HASSEMER vincula la constitución de bienes jurídicos con las condiciones de la definición social del delito, es decir, los procesos comunicativos de la criminalización”³⁷⁰.

Para entender lo anterior cabe tener presente que Hassemer distingue entre teorías del bien jurídico de finalidad crítica y aquellas otras de finalidad sistemática funcional.

La teorías de finalidad crítica “sitúan el bien jurídico más allá del derecho penal y son, por tanto, trascendental al sistema penal”. Las segundas “reducen al bien jurídico a una creación del legislador y son, por lo mismo, immanentes al sistema penal”.

Para Hassemer sólo las teorías de finalidad crítica sirven para la elaboración de una teoría del bien jurídico, pero estas teorías, las vigentes como las de antaño, no han logrado formular un concepto material de bien jurídico, por cuanto hasta la fecha han “limitado el campo de sus reflexiones exclusivamente dentro de categorías jurídico normativas descuidando la relación con la realidad”, siendo esta última cuestión fundamental para Hassemer³⁷¹.

Una adecuada teoría de finalidad crítica debe responder no sólo ¿qué es lo que lesiona una acción delictual?, sino que también debe ser capaz de responder (y aquí es dónde han fallado las anteriores teorías según él) ¿por qué una determinada sociedad en su ordenamiento jurídico penal criminaliza exactamente esas acciones lesivas y no otras?³⁷².

Hassemer reprocha a las teorías sociológicas el hecho de buscan respuestas a la pregunta de ¿por qué o cómo una persona se transforma en un criminal?, pero no se preguntan ¿por qué o cómo una determinada conducta se transforma en criminal?. Examina las propuestas funcionalistas, inclinándose por la teoría del “labelling-approach”, pero haciendo presente que no da una explicación a las condiciones en que se realiza el proceso de estigmatización.

³⁷⁰ Bernd Müssig, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal (Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría jurídico crítica hacia el sistema)”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, una publicación del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, p.28 y ss.

³⁷¹ Hormazábal, ob. cit., p.114 y ss.

³⁷² Ibidem.

Para este autor la solución pasa por la “valoración que la sociedad da a los objetos que por la conducta a inculpar pueden quedar lesionados o expuestos a un peligro”³⁷³.

“HASSEMER cree que la valoración perjurídica que la sociedad hace de ciertos objetos expuestos a peligro o daño depende, fundamentalmente, de ciertos factores: 1) del contexto socio-cultural e histórico que vive en un momento dado; 2) de la mayor o menor frecuencia de las conductas que se desea evitar; 3) de la intensidad de la demanda del objeto en cuestión; y 4) de la medida de la amenaza”³⁷⁴.

Entiende, por tanto, que el bien jurídico no es un fenómeno puramente normativo y lo coloca, como vimos, dentro del contexto histórico cultural en el cual se hace la valoración.

Frente a la incapacidad de una teoría del bien jurídico para oponer, en el contexto de un derecho penal dominado por el funcionalismo sistémico, una barrera a los intereses de la política criminal, HASSEMER recuerda que la teoría del bien jurídico, en sí misma no tiene capacidad para responder a la cuestión del merecimiento de la pena. El bien jurídico aparece como condición necesaria pero no suficiente para criminalizar una conducta. Piensa que al bien jurídico como elemento fundante del merecimiento de pena debe oponerse las limitaciones de la punibilidad que se engloban bajo el concepto de “*formalización de la administración de justicia*”, tales como la subsidiariedad del derecho penal, la dañosidad social, la protección de la dignidad del hombre, etc., con lo que se lograría recatar en el contexto actual la capacidad limitadora del ius puniendi del bien jurídico”³⁷⁵.

Hassemer hace presente que en las nuevas formas de criminalidad social, en los llamados “delitos de víctimas difusas” (por ejemplo, delitos que atentan contra la economía, el medio ambiente o informáticos), es en donde el bien jurídico aparece más diluido, ya que en ellos el derecho penal “no entra a proteger derechos personales concretos, sino *funciones*, dando lugar a tipos excesivamente amplios”. Por ello en este punto Hassemer “se pronuncia por la protección de estos bienes jurídicos universales sin renunciar a la tradición personal de la teoría del bien jurídico...”. Por ello “Lo fundamental, en consecuencia, para rescatar el concepto de bien jurídico en el derecho penal actual de protección de intereses difusos, está en personalizar los bienes jurídicos. Las instituciones sólo podrían ser recogidas penalmente, en la medida que su protección sea condición para la protección del individuo. La condición irrenunciable de la protección penal es que “*brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre*”³⁷⁶.

Este autor “piensa que el bien jurídico si bien es una condición necesaria para criminalizar un comportamiento, de ningún modo es suficiente; para ello es preciso, además, considerar factores tales como la dañosidad social, la protección de la dignidad de la persona, la subsidiariedad del Derecho Penal, etc.”³⁷⁷.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Náquira, ob. cit., p.82; Hormazábal, ob. cit., p.116.

³⁷⁵ Hormazábal, ob. cit., p.118.

³⁷⁶ Ibidem.

Dado que el bien jurídico no es una condición suficiente para criminalizar una conducta, por lo que hay que recurrir a otros factores, y dado que es necesario garantizar los derechos humanos, él entiende que el derecho penal debe ser un recurso formalizado especial, destinado al tratamiento de conflictos sociales.

Él dice que “El *derecho penal se legitima* precisamente en la medida en que formaliza el control social”.

Para él “la formalización del control social jurídico-penal” es la reformulación de la filosofía clásica del derecho penal. “A largo plazo, tenemos que partir de que todas las sociedades se caracterizan por el fenómeno del “control social”; es decir, por la existencia de normas sociales, por la sanción de la conducta desviada y por un proceso para aplicar la sanción. En la *vida cotidiana* el control social se da más o menos formalizado, diferenciado por la magnitud de la sanción y con diversos procesos para su aplicación. El control social se da en todas partes: en la familia, en el lugar de trabajo, en la escuela, en las discusiones, en los deportes, etc.; y es imprescindible, tanto en los procesos de socialización y enculturación de los individuos, como para la autodefinición del grupo...El control social, tanto en su forma, como en su contenido, es, por último, un símbolo del nivel cultural de una sociedad”³⁷⁸.

“Desde luego HASSEMER, dentro de la más pura tradición liberal, rechaza la pura protección del sistema sin consideración de los individuos que lo integran, planteando la necesidad de que el concepto se coloque “*en el campo de tensión entre el individuo, sociedad y Estado*” recordando que “*son intereses humanos que requieren protección penal*”³⁷⁹.

Teniendo presente la beta liberal de Hassemer, este autor entiende que el derecho penal coincide con los demás métodos de control social en 3 elementos característicos de todo sistema de control social; norma, sanción y proceso. Y estos elementos deben ser manejados por el derecho penal, de forma tal, “que en lo posible proteja los derechos humanos de todos aquellos que han participado en los casos más graves de conflictos por desviación”. Y es a esto lo que llama formalización del control social.

Así, en concreto, Hassemer entiende por formalización dos cosas: La transparencia y claridad de los instrumentos jurídico-penales (posibilidad de control) que se corresponde con el principio de legalidad y, en segundo lugar, la observancia de determinados principios valorativos, los cuales son muy variados, como por ejemplo, “el derecho a la asistencia de un letrado y a ser oído en el proceso, hasta el principio de la proporcionalidad, pasando por el *in dubio pro reo*, la prohibición de la *reformatio in peius*, *ne bis in idem*, derecho al juez legal, etc.”³⁸⁰.

³⁷⁷ Náquira, ob. cit., p.82.

³⁷⁸ W. Hassemer, “Persona, Mundo y Responsabilidad”, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, editorial Temis, Santa de Fe de Bogotá 1999, p.7 y ss.

³⁷⁹ Hormazábal, ob. cit., p.117.

³⁸⁰ Hassemer, ob. cit., p.8.

Otros de lo autores que siguen una postura sociológica similar a la de Hassemer, es Calliess. Él, desde una concepción normativa de la sociedad como Estado social y democrático de derecho, “procura formular una teoría del derecho penal como *“una teoría del derecho positivo”*, en que el derecho es entendido en una estructura dialogante”³⁸¹ .

Para él la sanción penal no *“tiene primeramente la función de privación sino la de establecer las oportunidades de participación”*³⁸² . Entiende que derecho penal tiene por tarea “la protección de bienes jurídicos, entendiendo por tales “las posibilidades de participación en la sociedad””³⁸³ .

Así, la protección de bienes jurídicos es la protección de la posibilidades de participación social, y el delito será la negación de dicha posibilidad de participación. Él asocia el bien jurídico con una sociedad democrática que es el presupuesto de un derecho penal democrático, que no es otro que un derecho penal programado para la exclusiva protección de bienes jurídicos³⁸⁴ .

Náquira critica que esta tesis no da un concepto material de bien jurídico³⁸⁵ . Hormazábal critica a esta tesis el concepto de bien jurídico como una posibilidad de participación, ya que una cosa es que el bien jurídico constituya la posibilidad de participación dentro de la relación social (lo que no es correcto) y, otra muy distinta, es que el bien jurídico, además, asegure o posibilite la participación del individuo en sociedad. Para esto da un ejemplo; un delito contra la vida indudablemente constituye un obstáculo que impide la participación social, “Pero de ahí a señalar que la vida se encuentra protegida por el derecho penal porque es un bien jurídico y, por tanto, posibilidad de participación, es sólo una respuesta desde una perspectiva interaccionista del porqué de la protección de la vida pero no una respuesta a la pregunta de lo que es un bien jurídico desde el punto de vista material”³⁸⁶ .

El interaccionismo simbólico constituye una tesis no tan radical como la tesis funcionalista, que nació como una respuesta a las críticas hechas a la corriente sociológica funcionalista (el carácter abstracto, academicista, su incapacidad de dar cuenta del cambio social, su neutralidad valorativa y la reestructuración de las relaciones sociales dentro del orden capitalista)³⁸⁷ .

“Para el interaccionismo el individuo y la sociedad constituyen una unidad inseparable de mutua interrelación...Lo importante..., son los procesos de comunicación y su concreción en el intercambio de significados mediante el lenguaje y otros medios de

³⁸¹ Hormazábal, ob. cit., p.119.

³⁸² Hormazábal, ob. cit., p.119.

³⁸³ Náquira, ob. cit., p.82.

³⁸⁴ Hormazábal, ibidem.

³⁸⁵ Ibidem.

³⁸⁶ Ibidem.

comunicación simbólicos”³⁸⁸ .

El intercambio de significados y de signos a través del lenguaje produce el acondicionamiento constante de los individuos.

Esta corriente, que se “reconoce como una dirección de la psicología social y de la sociolingüística, conjuntamente con la etnometodología inspirada en la sociología fenomenológica”, ha dado lugar a una teoría criminológica conocida como labelling approach. El labelling approach es una corriente criminológica de reacción social, que no coloca como el centro de sus unvestigaciones el comportamiento criminal, sino que la respuesta social ante aquel comportamiento. Las teorías de la reacción social han pasado del paradigma del estudio de las causas al estudio del control³⁸⁹ .

El labelling approach tiene 2 líneas de investigación; una dirigida a la llamada desviación secundaria (el proceso de formación de la identidad desviada por efecto de la aplicación de la etiqueta, por ejemplo, de “criminal”, “homosexual”), la otra línea se centra en la constitución de la desviación y de su definición en tanto cualidad atribuida a un comportamiento de un individuo en el curso de una interacción. Esta última línea de investigación conduce al estudio de los que tienen el poder de definir la desviación social y de la distribución del poder.

Edwin M. Lemert realizó una distinción entre desviaciones primarias (se refiere a un contexto de factores sociales, culturales y psicológicos que no afectan a la estructura psíquica del individuo) y secundarias (o desviaciones sucesivas a la reacción social que ha producido la primera conducta desviada, están determinadas por los efectos psicológicos que la aludida reacción produjo en el individuo), y esta distinción le sirve para demostrar que la reacción social (un encierro carcelario) a una desviación primaria provoca una estigmatización, produce un cambio en la identidad social del individuo, el cual asume y permanece en el rol que le ha sido introducido a raíz de la estigmatización, es decir, la interacción simbólica entre la primera conducta desviada y la respuesta social frente a dicha conducta determina en el individuo otros comportamientos desaviados y la aceptación del status de desviado³⁹⁰ .

Como dice Hormazábal, la definitiva configuración del labelling-approach como

³⁸⁷ Zaffaroni, en ob. cit., p.358, sostiene al tratar sobre la crítica a la modernidad y la posmodernidad, haciendo alusión al olvido del ser, que; “5. Desde la criminología cobró cuerpo por los años sesenta una severa deslegitimación de la función que la razón instrumental asignaba al poder punitivo, que puso en crisis los propios argumentos instrumentales. El *interaccionismo simbólico*, la *fenomenología* y la *etnometodología*, fueron las corrientes que desde la sociología norteamericana desbarataron los mitos de los fines manifiestos de la pena y la asepsia del sistema penal...Quizá la más profunda reflexión sobre la criminología crítica desde su interior se deba a *Alessandro Baratta* con acertada síntesis de corrientes y fuentes”. Véase A. Baratta, “CRIMINALOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL, Introducción a la sociología jurídico-penal”, Siglo XXI editores Argentina, 1ª edición argentina, Buenos Aires 2003.

³⁸⁸ Ibidem, p.106 y ss.

³⁸⁹ Bustos, “Introducción...”, p.215.

³⁹⁰ Ibidem, p.108 y ss.

expresión criminológica se produce con el trabajo sobre las carreras de la adictos a la marihuana de Howard S. Becker, en EE.UU. Este autor pudo comprobar que la aplicación de sanciones produce cambio de identidad social de los infractores y que la condición de desviado es la que se predica respecto de los infractores de las normas sociales por quiénes tienen el poder de dictarlas, es decir, la condición de desviado es la adjudicación de una etiqueta por el contexto histórico concreto ³⁹¹ .

Finalmente cabe tratar el funcionalismo.

Como hemos visto hasta aquí, de una u otra forma, ha sido el espíritu liberal o un resabio de éste el que ha movido a la doctrina en la búsqueda de un concepto material de bien jurídico como garantía de los derechos del individuo.

Ha sido ese mismo espíritu garantista de los derechos del individuo el que, quizás, hizo que Binding buscara de una forma inmanente o endogámica (una búsqueda al interior del ordenamiento jurídico) aquel límite, aquel respeto, aquella garantía necesaria de los derechos del individuo (por esa razón para Binding el bien jurídico es “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas” ³⁹²).

Puede verse que el funcionalismo, en la búsqueda de la objetivización de las reglas de imputación del hecho punible como dice un autor ³⁹³ , se aparta totalmente del bien jurídico en la construcción de un ordenamiento jurídico penal, aferrándose a la teoría de la validez de la norma como bien jurídico y abogando por la prevención general positiva.

Según destaca Miguel Pérez Arroyo “En la ciencia penal moderna, tanto material como procesal,..., la exigencia progresiva de la objetivización y renovación de las más elementales, y otras no tan elementales, estructuras dogmáticas, es creciente”. Así este autor, citando a Hassemmer, señala que en la actualidad “se viene modelando un Derecho penal *funcionalista* o un Derecho penal funcional a las nuevas formas y aún no tan claras exigencias político criminales de dichas sociedades post-modernas”.

Pérez Arroyo sostiene en su trabajo que las características de dichas sociedades post-modernas son: (1) el ser sociedades de riesgo; (2) plural y culturalmente diversas; (3) de relaciones económicas complejas; (4) de integración supranacional y globalización; (5) en las cuales existe un incremento sustancial de la presencia de la víctima en el derecho penal y procesal penal, afianzando sus lados identificativos, entre ellos, el resto de la sociedad (asimilación víctima / sociedad).

³⁹¹ Ibidem, p.109.

³⁹² Bustos, “Manual...”, p.47.

³⁹³ Miguel A. Pérez Arroyo, “La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ediciones de la Librería del Boletín Oficial del Estado, t.LII MCMXCIX, Madrid 2002, p.498.

Frente a las características de estas nuevas sociedades, las denominadas sociedades post-modernas, las cuales son versátiles, lo que se necesita funcionalmente hablando es modernizar el derecho penal para poder dar la respuesta efectiva necesaria tanto para el individuo como para el mantenimiento del orden social.

Al respecto sostiene Pérez Arroyo que “Funcionalizar el Derecho penal, en el sentido antes reseñado por Hassemer, a propósito de la evolución del Derecho penal alemán, es apelar a su “modernización””³⁹⁴.

Dice Zaffaroni; “1. Desde la sociología se desarrolló un discurso que pronto pasó a la criminología y de allí a la dogmática jurídico-penal, hasta teñir en ésta con buena parte del pensamiento penal *postwelzeliano*: es el renacimiento de las concepciones orgánicas de la sociedad en la forma de *sociología* y de *funcionalismo sistémicos*.”³⁹⁵

“El planteamiento funcionalista,..., fue el primero que señaló un camino diferente del positivista. Su análisis no fue ya microestructural como el positivista, sino macroestructural; de lo que se trataba era de estudiar no al individuo, sino el funcionamiento de la sociedad y cuáles eran, dentro de ella, las funciones fundamentales que la sostenían, al igual que cualquier otro organismo complejo...Conforme a ello, resultaba que la criminalidad era un fenómeno estructural, esto es, que surgía del funcionamiento mismo del sistema social, era algo con lo que había que contar, a manera del residuo o formas marginales que se producen en el funcionamiento de todo organismo. Todo sistema social, por tanto, produciría su propia criminalidad. Ello sin perjuicio de que en momentos de crisis, de disfuncionamiento, esa cuota pudiese aumentar más allá de lo tolerable para el sistema social; serían los casos de anomia ya señalados por DURKHEIM. De lo que se trataría, pues, sería de corregir esas disfunciones, de ejercer un control social sobre las desviaciones. Dentro del planteamiento funcionalista hay que destacar la posición subculturalista que hizo resaltar la existencia de diferentes niveles dentro del sistema social, o bien subsistemas; se trató

³⁹⁴ Ob. cit., p.499.

³⁹⁵ Ob. cit., p.346. Véase además a Miguel R. Pérez Arroyo, ob. cit., p.500. Dice este autor; “La idea básica del funcionalismo, entendido primero como una postura sociológica, es que en las investigaciones sociales no deben contentarse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objetos, sino que también uno debe plantearse por las *funciones, fines y consecuencias que se desprenden del propio efecto*. El estudio de la sociedad resulta más completo si en él concurren una proyección hacia “adelante” del espectro con que normalmente opera la ciencia...Idea básica que pertenece a Emilie Durkheim, quien en su intento de “caracterizar y definir” un método de estudio de los hechos sociales, propone, en sus “Reglas del método sociológico”, singularizar dicha ciencia, diferenciándola de las demás; conforme lo quiso hacer, en un primer momento Comte (el padre de la sociología), en su *Curso de Filosofía positiva*, tarea que, a su criterio, no fue retomada por ningún otro, como por ejemplo Spencer (“Introducción a la Ciencia Social”) o Mill. Este último, a criterio de Durkheim, no hizo más que “pasar por el tamiz de su dialéctica lo que Comte había dicho al respecto”. Hormázabal, ob. cit., p.96; “La propuesta funcionalista, cuyos orígenes hay que buscarlos en DURKHEIM, ha ido incorporando a su acervo teórico desde la publicación de “*La división del trabajo social*” en el año 1893, diversos aspectos que de alguna manera le han permitido a los que tal vez sean sus más destacados representantes, T. PARSON y R. MERTON, proponer una teoría social que, en su versión más acabada, por muchos decenios ha sido considerada como la *única* teoría social. Del funcionalismo habría de hacer una versión alemana N. LUHMANN (...) que junto a los autores citados anteriormente son los referentes para su recepción por el derecho alemán”.

de un planteamiento diferencial. Según él, el problema de la criminalidad hay que investigarlo en relación con la pertenencia del sujeto a un grupo cultural diferente, con sus propios valores y, por tanto, también con sus propias normas, que podrían entrar en conflicto con las del sistema total y aun ser verdaderas contranormas en relación con estas”³⁹⁶.

Dentro del funcionalismo se pueden distinguir dos corrientes, a su vez; el funcionalismo estructural y el funcionalismo sistémico.

El funcionalismo estructural considera “el sistema como una estructura rígida, como un conjunto organizado de pautas normativas orientadas a valores que tienden a estabilizarse, esto es, a lograr un *equilibrio* con el medio. El sistema social se constituye así, así, sobre un conjunto de valores básicos, que conforman la convivencia, y de los que dimanan pautas que pueden cambiar, pero que se hallan dirigidas a asegurar la pervivencia de los valores básicos, valores que, al internalizarse por los individuos, configuran la personalidad de éstos, que es, así, tan social como el sistema mismo”³⁹⁷.

Por su parte para el funcionalismo sistémico, “la estructura deja de ser estable. La adaptación al entorno o, mejor dicho, la relación sistema-entorno, pasa a ser el punto de partida. Pero, si el punto de partida es la relación sistema-entorno, los individuos dejan de ser los constituyentes simples del sistema: ahora son los procesos, esencialmente transitorios y fugaces, de comunicación los que constituyen unidades básicas...De este modo el aseguramiento de expectativas por medio de las normas, si bien puede ser descrito como definición de valores, no es más que un procedimiento de estabilización que puede fracasar. El sistema social y también el propio sistema jurídico han de poder dar una respuesta a ese fracaso...apelando a una racionalidad estratégica, consustancial a la idea de autopoiesis”³⁹⁸.

Una de las características centrales de una teoría sistémica de la sociedad es su preocupación en los datos de la estabilidad, que es justamente lo que permite concebirla como un sistema, muchas veces demasiado cerca de un organismo³⁹⁹.

Jesús M^a Silva Sánchez clasifica el funcionalismo en dos clases. Señala; “3. De todos modos, no puede negarse que en la actualidad cabe distinguir con cierta claridad al menos dos corrientes funcionalistas: una “moderada” y otra “radical”, cuyas conclusiones son en no poca medida diferentes. Ambas se distinguen, según creo, fundamentalmente en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista. En lo que se refiere al primer aspecto, hay que apuntar que en la base del planteamiento de la tesis moderada (cuyo representante por excelencia es ROXIN, a quien se han adherido en este punto la mayoría de sus discípulos)...Todo ello indica que, si bien probablemente cabe calificar al

³⁹⁶ Bustos, “Introducción...”, p.214 y ss.

³⁹⁷ Vives Anton, “FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL”, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, p.433 y ss.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Zaffaroni, ob. cit., p.346.

funcionalismo de JAKOBS como “funcionalismo radical”, mientras que el de ROXIN y sus discípulos será más bien “moderados”, lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción del Derecho penal”⁴⁰⁰.

Ahora bien, para caracterizar de mejor forma el funcionalismo me basaré para las siguientes explicaciones en el trabajo de Zaffaroni quien, debe mencionarse, rechaza tajantemente esta postura⁴⁰¹:

El funcionalismo fue una teoría social dominante durante la década de los treinta y cuarenta en los Estados Unidos de Norteamérica. Era la época del new deal, del welfare state y de John M. Keynes.

Los representantes más conocido en este país fueron Talcott Parson y Robert Merton.

Parson, a diferencia de Merton, fue más idealista y centró su atención en el concepto mismo de sociedad como sistema. El entender la sociedad como sistema permitiría captar sus elementos constitutivos.

La idea que diferenciaría al funcionalismo del organicismo es que aquella entiende que la sociedad no es un organismo pero puede ser analizada como un sistema, al igual que el organismo.

El sistema de control social de Parson fue un concepto limitado al supuesto en que fracasaba la socialización, que se manifestaba en conducta desviadas, demandantes de la intervención de mecanismos de control social, como el sistema penal.

Como teórico del welfare State, su teoría social parte de un orden que reparte roles y domestica, reservando el control social como red de seguridad que recoge a los pocos que no comprenden.

La limitación de las sanciones es en su teoría una necesidad impuesta por el propio sistema, lo que explicaba por la vía cercana al psicoanálisis: *ego* interacciona con *alter*, pero cuando *alter* tiene reacciones ambivalentes, las actuaciones de *ego* serán exageradas y drásticas, por lo que *alter* recompondrá las tendencias y componentes alienativos de su orientación ambivalente.

La sanción inflexible, por su parte, en lugar de debilitar el componente alienativo de *ego*, lo reforzaría, pues percibiría que hay algo en *alter* que aprueba su tendencia y que pone de manifiesto en su propia ambivalencia, expresada tanto en la exageración de las sanciones como en la equivocidad de la actitud

El punto de partida fundamental es el concepto de sistema social de acción. La interacción de los actores individuales tiene lugar en condiciones tales que es posible

⁴⁰⁰ “Aproximación...”, ob.cit., p.68 y ss. Según Silva Sánchez la preocupación del funcionalismo moderado es práctica (el orientar el sistema de Derecho penal hacia las valoraciones de la Política Criminal), en cambio el funcionalismo radical es matodológica (el ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte plenamente explicativa del mismo mediante una refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general).

⁴⁰¹ Ibidem.

tratar a semejante proceso de interacción como un sistema en el sentido científico y sujetarlo al mismo orden de análisis teórico que ha sido satisfactoriamente aplicado a otros tipos de sistemas en otras ciencias. Esta misma idea será extremada por el radicalizado funcionalismo de Luhmann, hasta el punto de apartar la acción del centro de su sociología para ubicar en él al sistema mismo.

R. Merton tiene mayor interés para la criminología que para el derecho penal, pues no partía el análisis del sistema, sino que llegaba al mismo como un concepto abierto, a diferencia del más marcado idealismo de Parsons⁴⁰².

La sociología sistémica tuvo un importante desarrollo europeo, particularmente en Alemania, por obra de Niklas Luhmann⁴⁰³.

A la obra de Luhmann se oponen en Alemania los trabajos de Jürgen Habermas.

Bernd Müssig señala, cuando trata sobre las teorías institucionales del derecho como fundamento de la teoría del bien jurídico en el plano de la teoría de la norma, que; “Un fundamento de teoría de las normas asegurado, a su vez, desde las ciencias sociales; fundamento del que también necesita la teoría del bien jurídico, en cuanto teoría de la legitimación del derecho penal, sólo puede ser formulado –como intentará mostrarse en lo que sigue- sobre la base de las teorías institucionales del derecho, las cuales se

⁴⁰² Merton partió de uno de los elementos de la teoría de Durkheim, la denominada “anomia”, para desarrollar una teoría funcionalista de la anomia, superando el dualismo individuo-sociedad. Dice Alessandro Baratta al respecto; “En un ensayo de 1938, que representa la etapa esencial en el camino recorrido por la sociología criminal contemporánea, Merton se opone, como Durkheim, a la concepción patológica de la desviación y a aquellas visiones del mundo que el define como “anárquicas”, a las cuales se llega, como en el caso de las teorías freudianas y hobbesianas, partiendo del presupuesto de una contraposición de fondo entre individuo y sociedad y considerando la sociedad como una fuerza que reprime el libre desarrollo de los recursos vitales individuales, y que genera, por reacción, la tendencia a rebelarse contra su acción represiva. La rebeldía individual, a su vez, es rechazada y sancionada por la sociedad como patológica, peligrosa y criminal...Contrariamente a estas concepciones, la teoría sociológica que Merton aplica al estudio de la anomia permite, en cambio, interpretar la desviación como un producto de la estructura social, tan absolutamente *normal* como el comportamiento conforme a la reglas y valores predominantes. Esto significa que la estructura social no tiene sólo un efecto represivo, sino también y sobre todo un efecto estimulante sobre el comportamiento individual. La sociedad “produce nuevas motivaciones que no se dejan reconducir a tendencias innatas”. Los mecanismos de transmisión entre la estructura social y las motivaciones del comportamiento conforme a normas y valores y del comportamiento desviado, son de la misma naturaleza. Observando la situación en que se hallan los individuos en el contexto de la estructura social, se percibe que sus comportamientos singulares son tanto conforme a las reglas como desviados. Desde este punto de vista, la teoría funcionalista rechaza las concepciones individualistas según las cuales la importancia que posee el comportamiento desviado en el seno de los diversos grupos y estratos sociales varía en función del número de las personalidades...El modelo de explicación funcionalista propuesto por Merton consiste, pues, en referir la desviación a una posible contradicción entre *estructura social* y *cultura*: la cultura, en un determinado momento de desarrollo de una sociedad, propone al individuo determinadas metas que constituyen motivaciones fundamentales de su comportamiento (por ejemplo, un cierto grado de bienestar y éxito económico). También proporciona modelos de comportamiento institucionalizados, que conciernen a las modalidades y a los medios legítimos para alcanzar aquellas metas...La incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos a disposición del individuo para alcanzarlos está en el origen de comportamiento desviados...**Anomia** es, en fin, “aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una **fuerte discrepancia** (es destacado es nuestro) entre normas y fines culturales, por una parte, y las posibilidades estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquéllos, por la otra””. Ob. cit., p.59 y ss.

caracterizan porque conciben una teoría estructural del derecho como teoría estructural de la sociedad, aprehendiendo con ello la génesis del derecho como proceso social global, analizando desde esta perspectiva la configuración y función sociales del derecho en cuanto estructura de la sociedad... Los dos protagonistas más conocidos y, al mismo tiempo polos opuestos en lo que concierne a los contenidos de una teoría institucional del derecho en Alemania son NIKLAS LUHMANN y JÜRGEN HABERMAS; se trata, al mismo tiempo, de las personificaciones de los paradigmas que compiten en el momento actual en la teoría sociológica en su conjunto: teoría de los sistemas *versus* punto de partida en la teoría de la comunicación”⁴⁰⁴ .

Sin perjuicio de los grandes aportes de Habermas, nos avocaremos al trabajo de Luhmann, por su influencia, sea de mayor o menor entidad, en el trabajo de Jakobs, que es hacia donde apunta esta parte del presente trabajo dada la incidencia de este autor en la actualidad por sus agudas ideas y críticas en torno al problema del bien jurídico.

Luhmann parte su análisis de una definición de ambiente que no es el concepto tradicional de sociedad como conjunto de individuos o personas. El ambiente para Luhmann esta conformado tanto por los individuos como por la sociedad que conforman cada uno un sistema, que son incomparables por que sus estructuras son diferentes⁴⁰⁵ .

Para Luhmann el ambiente (entorno en términos Luhmanianos) del sistema social son los sistemas humanos, y el equilibrio se encuentra en que estos sistemas de los individuos estén sometidos al sistema de la sociedad.

⁴⁰³ Si bien Zaffaroni critica duramente a Luhmann en ob. cit., p.347, vale la pena echar la mano a algunas de las síntesis por él establecidas respecto de la teoría de Luhmann. Dice Zaffaroni; “La primera diferencia notoria del concepto de sistema de Luhmann respecto de Parsons reside en que mientras para el último el sistema social es algo autónomo, cerrado en sí mismo y que convive con otros sistemas (sociedades), Luhmann da una versión mucho más organicista: el sistema no está cerrado en sí mismo sino que se halla abierto y en permanente relación con el medio ambiente, de modo que no es estático sino dinámico, en constante tensión con el entorno extrasistémico y, por ende, éste no es controlable por el sistema. No obstante, frente al entorno el sistema reacciona (para mantener el propio equilibrio interno) apelando a las estrategias de selección y reducción (reducción de la complejidad del entorno aumentando la del sistema). En esta tarea el único criterio de verdad es la eficacia en cuanto al mantenimiento del equilibrio interno del sistema. Esto implica legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio, que no admite réplica”.

⁴⁰⁴ Ob. cit., p.34 y ss. Müssig hace presente que ambas teorías presentan algunas estructuras comunes, por ejemplo el menciona una en cuanto a la estructura social de las normas: “De acuerdo con ambos puntos de partida, la estructura social de normas, esto es, el sentido social de la normatividad, es más compleja que la representación lingüística –fórmula en forma de imperativos- de la norma de comportamiento. Ambas teorías describen las normas con carácter general como estructuras sociales transmitidas *por comunicación*; según esta perspectiva, las normas son esquemas *simbólicos* de orientación que, en la medida en que se trata de normas jurídicas, determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad; se trata de formas”. Dice Zaffaroni al respecto, ob. cit., p.359; “1. Frente a la teoría sistémica de la sociedad y las otras elaboraciones que sostienen o permiten un concepto instrumental de razón, la obra de *Jürgen Habermas* realiza un notorio esfuerzo para oponerle un nuevo concepto, de naturaleza comunicativa (*teoría de la acción comunicativa*), fundado en el acuerdo intersubjetivo sin coacciones. Para Habermas el trato social establece reglas de acción comunicativa, como normas que se reconocen intersubjetivamente y fijan expectativas mutuas de comportamiento entre sujetos de lenguaje y acción. La validez intersubjetiva de la regla dependerá de que su significado (expectativa) se entienda o se comparta, para lo cual el lenguaje se somete a un conjunto de reglas: ser inteligible, verdadero, que el hablante crea lo que dice, y que argumente sin coacción”.

Así, el ambiente se conforma por subsistemas humanos diferenciados y necesitados de interdependencia.

El progreso ⁴⁰⁶, dice Luhmann, aumentaría la incompatibilidad y la dependencia entre los humanos demandando una permanente reelaboración ⁴⁰⁷ del sistema para mantener su equilibrio ⁴⁰⁸ frente a la creciente complejidad social ⁴⁰⁹.

La complejidad que el ambiente opone al sistema es la multiplicidad de vivencias de los humanos que pluraliza las expectativas dispares ⁴¹⁰. De esta forma el sistema necesita armonizar estas expectativas dispares para lograr estabilidad como sistema. Por lo anterior, el sistema es el que determina que es lo complejo y que es lo que debe seleccionar y debe reducir de ella. El sistema selecciona sus propios límites ⁴¹¹ y armoniza las expectativas mediante una simplificación de las selecciones con el

⁴⁰⁶ Ob. cit., p.62 y ss., p.294 y ss., p.333.

⁴⁰⁷ Ob.cit., p.192 a 197. El llamado input/output.

⁴⁰⁸ Ob.cit., p.192 y ss.

⁴⁰⁹ En ob. cit., p.44 (habla de la teoría de la diferenciación de los sistemas y de la teoría de la complejidad de los sistemas como una de las 2 formas de examinar la descomposición un sistema), p.47, p.50, p.201 y ss., Luhmann al tratar de la interpenetración habla de complejidad y dependencia. En p.247 y ss. él señala que la interpenetración "En primer lugar, no se trata de una relación general entre sistema y entorno, sino de una relación intersistémica entre sistemas que pertenecen, recíprocamente uno al entorno del otro. En el campo de las relaciones intersistémicas, el concepto de interpenetración indica un rango más estrecho que debe deslindarse, sobre todo, de los rendimientos *input/output*. Hablaremos de *penetración* cuando un sistema ponga a disposición de su propia complejidad (y con ello, indeterminación, contingencia y coacción) *para construir otro sistema*. Precisamente en este sentido, los sistemas sociales presuponen "vida". Entonces, hay *interpenetración* cuando esta situación es recíproca; es decir, cuando ambos sistemas se posibilitan mutuamente aportar al otro su propia complejidad preconstituida. En caso de penetración, el *comportamiento* del sistema penetrador está codeterminado por el sistema receptor (fuera del cual todo sucede de manera desorientada y errática, como cuando una hormiga pierde contacto con el hormiguero). En el caso de la interpenetración, el sistema receptor ejerce también una influencia retroactiva sobre *la formación de estructuras* del sistema penetrador, interviniendo, por lo tanto, en este de dos maneras: desde el interior y desde el exterior. De hecho, a pesar de (y no tanto debido a) este reforzamiento de las dependencias, es posible obtener un mayor grado de libertad, lo cual quiere decir que en el transcurso de la evolución del comportamiento, la interpenetración individualiza más que la penetración...Esta situación se hace especialmente evidente en la relación entre seres humanos y sistemas sociales...No es posible enfatizar lo suficiente el aspecto central de esta concepción: los sistemas que se interpenetran permanecen como entorno el uno para el otro, lo cual significa que la complejidad que ponen mutuamente a disposición es complejidad inaprehensible, e s decir, desorden. Por eso es válido formular también que los sistemas psíquicos proveen a los sistemas sociales de suficiente desorden o viceversa... Toda reproducción y formación de estructuras presupone una combinación de orden y desorden: complejidad propia estructurada y complejidad inaprehensible y ajena; complejidad regulada y complejidad libre. La construcción de los sistemas sociales (tanto como de los sistemas psíquicos) se basa en el principio del ruido de Foerster: Los sistemas sociales surgen de los ruidos producidos por los sistemas psíquicos en su intento por comunicarse".

⁴¹⁰ Ob. cit., con numerosísimas referencias. En especial, véase p.246 y ss., p.267 y ss., p.277 y ss.

⁴¹¹ Ob. cit., p.51 y ss.

establecimiento de normas generalizadas y separación de los roles respecto de las concretas expectativas de los humanos.

Zaffaroni sintetiza a Luhmann y sostiene que toda la teoría se sustenta en la necesidad de control ⁴¹² que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de los roles ⁴¹³.

Las conciencias deben subordinarse a los roles para, de esta forma, hacerlas funcionales al sistema logrando el tan deseado equilibrio.

La riqueza de la conciencia se reduce a la incorporación simplificada del sistema de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann por esta razón niega las relaciones de causalidad y de finalidad, para él los sistemas se explican por las funciones. De esta forma los humanos actúan funcionalmente, en la medida en que se adaptan a roles cuya función es equilibrar el sistema, los que a su vez norma esos roles para obtener el sostenimiento y su equilibrio, en retroalimentación circular.

Luhmann destaca que estas relaciones normativas o simplificadoras no hacen más que facilitar las relaciones de los humanos quitándoles el peso de actuar con conciencia ante todo y en cada circunstancia, lo cual haría imposible la convivencia ante la creciente complejidad en una sociedad industrializada. La norma regla, sostiene Luhmann, proporciona una orientación para la elección que evita su búsqueda en la expectativa misma, lo que podría llevar a errores.

En cuanto a los valores, Luhmann los reduce casi al equilibrio del sistema, relativizando los restantes valores, los que se instrumentalizan, los que se pueden tomar o desechar según resulten funcionales para el equilibrio del sistema ⁴¹⁴.

Para Luhmann el sistema social es autopoietico ⁴¹⁵, es decir, se define por la constancia de determinadas relaciones de sus elementos constitutivos.

Hemos encontrado 2 estudios consistentes, en lengua española, que tratan entre otros aspectos sobre la teoría del bien jurídico penal y la psoturas de Günther Jakobs.

Uno de ellos, partiendo del análisis del sistema de expectativas y roles, hace en paralelo entre Jakobs y Luhmann, tratando de demostrar su extrema similitud. Este es el trabajo de Beatriz De la Gándara.

El segundo de ellos parte este análisis desde el último eslabón de la cadena, desde la finalidad misma del Derecho penal, como es la finalidad de la pena, en el caso de Jakobs la denominada prevención general positiva. Este segundo trabajo de Peñaranda, Suárez y Cancio reconoce la influencia de Luhmann en la obra de Jakobs, pero ellos

⁴¹² Ob.cit., p.58.

⁴¹³ Ob. cit., p.267, p.288 y ss., p.376.

⁴¹⁴ Ob. cit., p.291 y ss.

⁴¹⁵ Según Zaffaroni es un concepto neodarwiniano que manifiesta del organicismo de Luhmann. Luhmann, ob. cit., p.56 y ss.

mismos se encargan de señala; “La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada por *Jakobs*, pero como el mismo se ha encargado recientemente de señalar, es más limitada de lo que generalmente se supone”⁴¹⁶.

En el primero de dichos trabajos Beatriz De La Gándara sostiene que Luhmann (su teoría de la sociedad) fue quien inspiró a Günther Jakobs, sin embargo señala que hay un grupo de autores que afirman que quien lo inspiró fue su maestro Hans Welzel⁴¹⁷.

Creemos que la afirmación de De la Gándara⁴¹⁸ amerita hacer la cita textual de lo sostenido por estos autores. Cancio Melliá, Suárez González y Peñaranda Ramos sostienen que “Desde hace más de veinte años viene desarrollando *Günther Jakobs* un sugestivo sistema del Derecho penal, que, sin rechazar por completo la influencia de *Welzel*, su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente diferentes a los del finalismo. Como advierte el propio *Jakobs* en el prólogo de su primera edición de su Tratado, pese a la coincidencia de principio en que el Derecho penal ha de asegurar la vigencia de los “valores positivos de acción de carácter ético-social”, sus respectivos caminos se separaron desde ese punto por completo: en lugar de la dogmática ontologicista de *Welzel*, *Jakobs* propugna una renormativización de los conceptos jurídicos-penales con el propósito de orientarlos a la función que corresponde al Derecho penal...Y en el prólogo a la segunda edición de esa misma obra *Jakobs* advierte que el programa formulado en la primera se ha seguido desarrollando sin interrupción...La pretensión inicial de *Jakobs* de que su propio sistema constituyese una evolución de la obra de *Welzel* no pudo pues cumplirse. Y así resulta muy significativo que lo que se planteó inicialmente como una nueva edición del Tratado de *Welzel* para atender el encargo que éste le había hecho en tal sentido, se terminase convirtiendo no sólo en una obra diferente y radicalmente personal, el Tratado de *Jakobs*, sino en gran medida en la antítesis de aquél”⁴¹⁹.

⁴¹⁶ “ESTUDIOS DE DERECHO PENAL”, Günther Jakobs, traducción al castellano y Estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Melliá, UAM Ediciones, editorial Civitas, Madrid 1997, p.24 y ss.

⁴¹⁷ “Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.L MCMXCVII, Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid 2000, p.363 y ss.

⁴¹⁸ Ob. cit., p.379: “Como ya señalé al comienzo de este artículo y he procurado poner de manifiesto a lo largo del mismo, yo opino que, con independencia de la natural influencia que haya ejercido en el pensamiento de Jakobs la figura de su maestro, gran parte de las premisas de las que parte para elaborar su sistema de la teoría del delito se hallan claramente contenidas en la teoría sociológica de Luhmann...Sin embargo, ésta es una cuestión abierta a debate, como ponen de manifiesto las reflexiones acerca de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs que formulan Manuel Cancio y Carlos Suárez, los cuales parecen tener gran interés en insinuar que Jakobs, a la hora de construir su sistema de la teoría del delito, se inspira en alguno de los planteamiento dogmáticos-penales de su maestro Welzel, tales, como por ejemplo la idea de adecuación social...Aunque esta pretensión –como ya he indicado- seguramente contenga cierta parte de verdad, no obstante, me parece evidente examinando lo que dice el propio Jakobs, y más aún consultando las fuentes que él cita, que la idea directriz de su modelo de la teoría del delito –la idea de la prevención general positiva- está mucho más cercana a las teorías de Luhmann que a las de Welzel, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal, Jakobs está mucho más “influenciado” por las teorías de Luhmann que por los planteamientos de Welzel”.

De la Gándara señala, explicando la teoría de Jakobs, que el ser del derecho penal está determinado por la función que cumple en el sistema social, de forma tal que incluso, el propio derecho penal, es considerado un sistema autónomo (un subsistema autorreferente y autopoietico dentro de un sistema más amplio que es la sociedad).

Para Jakobs (y para la teoría funcionalista), dice De la Gándara, “constituye una premisa ineludible aclarar cuál es la verdadera función que según este autor desempeña el Derecho penal en nuestra sociedad, puesto que el mundo de los conceptos jurídicos-penales ha de organizarse con arreglo a la función social que desempeña el Derecho penal “y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad”.

Ella señala que esto es importante en el contexto de una sociedad funcionalmente diferenciada, la cual de por sí ya es altamente compleja. Esta complejidad, para esta autora, se reduce por la propia diferenciación funcional en subsistemas, y de esta forma la sociedad aumenta la eficacia de la comunicación, reduciendo la redundancia y ordenando el entorno alrededor de problemas que se agrupan por funciones o “equivalentes funcionales”. Al disminuir la redundancia, aumentan las posibilidades de comunicación (conducta selectiva más adecuada, es decir, facilita la orientación en un mundo dominado por la complejidad).

Por ello señala De la Gándara que es en el marco de esta sociedad dominada por la complejidad que la verdadera función del Derecho penal, para Jakobs, es “hacer posible las relaciones sociales, es decir, la vida en sociedad, mediante la reducción de la complejidad. Para ello el Derecho penal tiene por cometido específico estabilizar aquellas normas tan básicas que su infracción generalizada impediría una mínima convivencia. Por lo que el verdadero objeto de protección de las normas penales no son bienes jurídicos, sino las propias normas que hacen posible la convivencia en sociedad”.

Luhmann habla de las expectativas y su estabilidad. Para Jakobs de modo similar el verdadero bien que protege el derecho penal es la estabilidad de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación⁴²⁰. Dice De la Gándara, “esto es la lo que JAKOBS denomina bien jurídico-penal”.

Dice Jakobs; “El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no

⁴¹⁹ Ob. cit., p.17 y ss.

⁴²⁰ Luhmann, ob.cit., p.292 y ss. Dice; “El siguiente punto se refiere a las posibilidades de la ampliación de la inseguridad aceptada y con ello a las posibilidades de hacer esperables más expectativas y de dar a las expectativas más inciertas una función estructurante. Para ello disponemos de dos formas que designaremos como *modalidad normativa* y *modalidad cognoscitivas de expectativas* (o como normas y cogniciones), respectivamente...”. Al respecto véase también a Wilfried Bottke, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en “Política criminal...”, Jesús M^a Silva S. (ed.), ob. cit., p.42 y ss.

integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta”⁴²¹ .

El derecho penal es una rama del derecho entendido este como un subsistema social formado a través de la diferenciación sistémica y cuyo propósito es reducir la complejidad mediante la formación de expectativas. El derecho lo que tiene en cuenta en la teoría de Jakobs, como dice esta autora, son los “contactos sociales, lo cual implica que cada parte en el contacto social acepta al otro como *alter ego*, es decir, como otro igual que él. Por lo tanto, en el sistema de Derecho nos hallamos, en realidad, ante un esperar de expectativas, lo cual significa que nos hallamos ante el problema de la doble contingencia”. La doble contingencia es un teorema sociológico en el cual participan por parte, las cuales Luhmann denomina ego y alter, siendo para él éstas partes grandes operadores (que pueden ser seres humanos, sistemas psíquicos o personas físicas, sistemas sociales, etc.)

La doble contingencia consiste en la compaginación de dos planos distintos: “lo que yo espero de los demás y lo que los otros esperan de mí”. La compaginación de estos dos planos permite la adecuada orientación social de los hombres, tan necesaria para poder vivir, precisamente, en sociedad. Esta compaginación es un verdadero mapa que ayuda al hombre que vive en sociedad. La doble contingencia supone que la interacción social (relación alter/ego) se fundamenta en el hecho de poder anticipar las expectativas de los demás para no defraudarlas y así evitar conflictos: no habrá conflictos en la medida que se pueda compaginar los dos planos (distintos) ya mencionados, lo que uno espera de los demás y lo que los demás esperan de mí. Así la doble contingencia es un teorema que le permite al sujeto orientar su conducta en sociedad⁴²² .

Esta orientación se facilita a través de la vigencia de las normas, ya que es precisamente a través de la vigencia de las normas que se produce la generalización de las expectativas. La generalización de las expectativas, dice De la Gándara, es equivalente a la “estabilización” de éstas.

En la teoría de Luhmann, sostiene De la Gándara, los dos pilares sobre los que se asienta la acción propia de los sistemas sociales son el ya mencionado teorema de la doble contingencia y el concepto de expectativa. La sociedad, como sistema, es una generalización de las expectativas, no la anulación de ellas⁴²³ .

Vemos como en el análisis social del derecho, específicamente, en el sistema luhmaniano “las expectativas” constituyen un pilar fundamental.

Las expectativas son la carta de navegación (mapa) que orienta el actuar del hombre en sociedad, esto a diferencia de lo que sucede en el mundo de la naturaleza en que ésta le entrega al hombre ciertos patrones esperables resultado de la regularidad con que se presentan determinados hechos o acontecimientos naturales. Esta regularidad que se

⁴²¹ Libro homenaje a Hans Welzel, G. Jakobs / E. Struensee, ver a G. Jakobs, “Problemas capitales del derecho penal moderno”, El sistema de imputación jurídicopenal, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p.33.

⁴²² De la Gándara, ob. cit., p.366.

⁴²³ Ob. cit., p.367 nota al pie N°7.

presenta en la naturaleza guía el obrar humano, como las expectativas guían al hombre en sociedad. La no defraudación de una expectativa es la pauta a seguir por el hombre, porque de lo contrario, de presentarse la defraudación, se presentará el conflicto frente al cual habrá que reaccionar. Sólo se puede vivir en sociedad en la medida que se cuente con que las conductas de los demás son previsibles. La impredecibilidad de una conducta genera un potencial riesgo de conflicto. Materializándose el conflicto se hace necesario revisar “el modelo de orientación” del decepcionado o defraudado ⁴²⁴.

Esta es la razón por la cual se hace necesario distinguir las clases de expectativas que existen.

Y así es como De la Gándara señala que existen dos clases: las expectativas de carácter cognitivo (ser) y las de carácter normativo (deber ser).

Las expectativas cognitivas son aquellos conocimientos que se tiene de la vida en sociedad que, al igual que el conocimiento de los fenómenos naturales, se caracterizan por su predicibilidad. Dice De la Gándara; “en los contactos sociales también pueden surgir defraudaciones de expectativas del mismo modo que sucede en relación con la naturaleza. Estas expectativas son de carácter cognitivo, lo que quiere decir que en caso de defraudación se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea, a calcular mejor *pro futuro*” ⁴²⁵.

Ahora bien, dice esta autora, las expectativas normativas son una especie de expectativas cognitivas que se dan también el ámbito de los contactos sociales y que “afecta aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes,..., pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo”. Por lo anterior esta autora señala que “a una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en caso de defraudación, sino que ésta debe mantenerse de forma contrafáctica...”.

De la Gándara señala que la defraudación de las expectativas a nivel individual (que no lesionan esferas jurídicas ajenas), no “constituyen asuntos de interés público”, no pudiendo generar una reacción del Estado.

En cambio, si la defraudación afecta a una expectativa referida a una legítima norma jurídico-penalmente garantizada necesariamente se producirá un conflicto público.

“Sólo una parte muy pequeña de las expectativas normativas tiene importancia desde el punto de vista del Derecho penal; es decir, que las expectativas que están en la

⁴²⁴ De la Gándara, ob. cit., p.366 en nota al pie N°6 dice; “Y es que la doble contingencia supone plantear una metaperspectiva desde la que pueden abordarse distintas formas de selecciones y conexiones, ya que opera como catalizador de selecciones y ordenador de las mismas. Ello tiene lugar de la siguiente forma. *Ego* sabe que *Alter* actúa teniendo en cuenta la conducta de *Alter*: pot tanto, *Ego* deberá actuar anticipando, en cierto modo, la conducta y la reacción de *Alter*. Por consiguiente, la doble contingencia posibilita la comunicación, pero al mismo tiempo es un obstáculo para el desarrollo de la misma, al establecer redes y relaciones de extraordinaria complejidad entre quienes toman parte en ella, lo cual me parece que constituye una descripción muy realista de los “gozos y las sombras” de la comunicación, a juzgar por mi propia experiencia y por el estado general en el que se encuentra el mundo en que vivimos”.

⁴²⁵ Ob. cit., p.367 y ss.

base de las normas jurídico-penales naturalmente son normativas, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada...el Derecho penal sólo se ocupa de asegurar o garantizar aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar si se pretende mantener la configuración social básica. Por ello "(l)a defraudación, el conflicto y la exigencia de una reacción frente a la infracción de la norma no pueden ser interpretados como una vivencia del sistema individual "persona singular", sino que deben ser interpretados como sucesos en el sistema de relación social"⁴²⁶.

De la Gándara subclasifica, en atención al objeto de ellas, las expectativas normativas (básicas para la convivencia social y que están aseguradas penalmente) en dos órdenes:

El primer grupo de expectativas normativas son aquellas que se dirigen a que todos los individuos (ma referio a individuos como sinónimo de partes –alter/ego- o grandes operadores) "mantengan en orden su ámbito de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los cuales otros podrían resultar dañados...Es decir, todo ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, en forma de expectativa social, sobre los peligros creados o asumidos por él a través de sus actos de organización".

La anterior es una expectativa de carácter negativo, "contenido exclusivamente negativo", cual es que "los ámbitos de organización deben permanecer separados".

La defraudación de esta clase de expectativa es la "base de los llamados delitos de dominio o delitos en los que el fundamento de la responsabilidad radica en una organización defectuosa del propio ámbito de libertad, es decir, en la extensión del propio ámbito de organización a costa de los demás. De ahí, que los delitos de dominio también puedan ser denominados delitos en virtud de la competencia organizativa".

El segundo grupo de expectativas normativas se dirigen o tienen por objeto que "las instituciones sociales elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo" y este contenido es que "las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares, o dicho de forma más sencilla, que las personas inmersas en esas instituciones se sacrifiquen a favor de la protección del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos por la institución...Por lo tanto se trata de un deber de solidaridad institucionalmente garantizado, cuya infracción determina, por regla general, que el sujeto a quien incumbe esa clase de deber participe en el hecho delictivo en concepto del autor, y por ello con independencia de que se trate de un delito común o especial, puesto que una cosa es que algunos tipos exijan un elemento objetivo de la autoría y otra el fundamento material de la posición de garante. No obstante, es precisamente la defraudación de esta expectativa lo que está en la base de los llamados delitos de infracción de deber o delitos en virtud de competencia institucional, que son los únicos que constituyen delitos especiales propios en sentido estricto".

Ahora bien; ¿en qué consiste la infracción constitutiva del conflicto penalmente relevante?.

La infracción normativa consiste en la "desautorización de la norma", la "negación de

⁴²⁶ Ob. cit., p.368.

la norma”⁴²⁷, es decir, en la conducta “cuyo contenido expresivo contradice la norma”. Esta conducta o desautorización da origen “al conflicto social en la medida en que la norma como modelo de orientación es puesta en tela de juicio”⁴²⁸. La infracción de la norma no es una acción naturalística⁴²⁹, “suceso de la naturaleza”, simple suceso externo o consecuencia externa, sino que un hecho social. Esta última es la premisa de la cual parte su análisis Jakobs⁴³⁰.

Al ser esta infracción de la norma un hecho social, el derecho penal debe “desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar frente a la infracción penal como un *acto con significado* (*acto con contenido expresivo*) por medio de un acto que también tiene significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la significación de la estabilización de la norma...el Derecho penal contribuye a la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas necesarias para poder seguir orientándose en sociedad mediante la atribución o imputación de la defraudación: se imputa la defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delicente”⁴³¹.

La función propia del derecho penal es la idea de la prevención general positiva como fundamento del sistema penal, nos dice esta autora, y esto permite llevar a una renormativización de los conceptos penales lo cual explica que pueda sostenerse una responsabilidad jurídico-penal no referida necesariamente a sistemas psíquicos (seres humanos), sino que también a “otro tipo de sistemas autoreferentes y autopoiéticos como son las personas jurídicas”. Este enfoque normativo permite hacer desaparecer problemas creados en la dogmática penal por no apartarse de premisas ontológicas, por ejemplo, la diferencia entre delitos de comisión y delitos de omisión (la cual se soluciona a través de responsabilidad penal basada en competencia por organización o en competencia institucional)⁴³².

Peñaranda, Suárez y Cancio, parten su estudio al revés, o sea, desde la finalidad de la pena tratan la legitimación de las normas que garantizan la vigencia de las

⁴²⁷ Fiandaca / Musco, ob. cit., p.26.

⁴²⁸ De la Gándara, ob.cit., p.370.

⁴²⁹ Cita de Yesid Reyes Alvarado por De la Gándara, ob.cit., p.370 nota al pie de página 13.

⁴³⁰ G. Jakobs, “”

⁴³¹ De la Gándara, ob. cit., p.370 y ss.

⁴³² De la Gándara, ob. cit., p.371. En nota al pie N°17, de la referida página, dice la autora; “Como es sabido, los fundamentos teóricos para mantener esta postura afirmativa acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas proviene en gran parte de la teoría de los sistemas autorreferentes y autopoiéticos de LUHMANN. Dentro de esta categoría LUHMANN destaca tres clases de sistemas distintos, que son los más importantes según su teoría y que se corresponden con tres operaciones autopoiéticas fundamentales: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales. En cada uno de ellos será la vida, la conciencia y la comunicación respectivamente, las formas esenciales de operación que permiten a este autor considerarlos como sistemas autopoiéticos”.

expectativas. Dos caras de una misma moneda.

Dicen estos autores: “En la concepción de Jakobs, el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social”⁴³³.

Ahora bien, fijado el marco delimitador de su estudio al referirse a la forma en que las normas que aseguran expectativas se legitiman, hacen presente el hecho que no existe una identidad absoluta entre Jakobs y Luhmann, sino que existe un distanciamiento entre ellos: “1. La estricta correlación que, en general, se establece entre la construcción de la teoría de la prevención general positiva por parte de *Jakobs* y la teoría de los sistemas resulta ya inexacta por el hecho de que la sociología del derecho de Luhmann es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada por *Jakobs*, pero como el mismo se ha encargado recientemente de señalar, es más limitada de lo que generalmente se supone. Junto a esa influencia, se manifiesta abiertamente en la concepción de la prevención general positiva de *Jakobs* el influjo, en algún modo menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta *Hegel* y de una corriente del pensamiento jurídico-penal que recorre casi todo el siglo XIX y de forma más oculta, casi subterránea, llega hasta nuestros días...Ambas influencias han sido también expresamente reconocidas por *Jakobs*. En cuanto a la primera, ha admitido que la imagen que muestra la teoría absoluta de la pena de *Hegel* no difiere en mucho de su propia concepción; la diferencia estribaría propiamente en el punto de referencia en la fundamentación hegeliana de la pena es el concepto abstracto de Derecho, mientras que en *Jakobs* ese punto de referencia viene constituido por las condiciones de subsistencia de la sociedad, de una determinada sociedad. Precisamente de la toma de conciencia de la proximidad de ambas concepciones de la pena”⁴³⁴.

Al respecto cabe consignar que ha sido el propio Jakobs quien sostiene, al tratar de la diferenciación entre sistemas sociales y sistemas psíquicos, su distanciamiento de Luhmann: “La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto del Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales (haciendo alusión a lo relativo a las normas jurídicas y a los tipos de comunicación)”⁴³⁵.

⁴³³ Ob. cit., p.18.

⁴³⁴ Ob. cit., p.24 y ss.

⁴³⁵ Véase a Günther Jakobs en “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti y Carlos J. Suárez González, Palestra Editores, Lima 2000, p.20.

Peñaranda, Suárez y Cancio hacen presente que, tratándose de la argumentación de la legitimación material del Derecho penal, Jakobs presenta variaciones: “*Jakobs* no ha descrito siempre del mismo modo, sin embargo, la forma en que, más concretamente, el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad. En particular, se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del “ejercicio de la fidelidad en el Derecho”, en su concepción de la prevención general (positiva)”⁴³⁶.

La primera de las variantes de Jakobs se encuentra en el trabajo denominado “culpabilidad y prevención”. En éste “tal aspecto (el ejercicio de la fidelidad del Derecho) aparecía fuertemente destacado, hasta el punto de que *Jakobs* parece identificarlo aquí prácticamente con el entero contenido de la prevención general que él mismo mantiene. En tal sentido, tras señalar que, al gravar la pena el comportamiento defectuoso con consecuencias desfavorables, se incrementan las posibilidades de que dicho comportamiento sea aprendido por la generalidad como una alternativa inaceptable de conducta, afirma literalmente: “Esto es prevención general en sentido no intimidatorio, sino como ejercicio en la fidelidad del Derecho”. Ciertamente en otros lugares de este mismo escrito la prevención general (positiva) se presenta en otros términos: concretamente en el sentido de preservación o mantenimiento de la confianza en la corrección de una norma. Pero ambas manifestaciones del pensamiento de la prevención general positiva se encuentran aquí superadas, sin que se establezca con claridad en qué relación se encuentran entre sí y con el concepto de prevención manejado”⁴³⁷.

La segunda variante se encuentra en su Tratado y en el expone; “su concepción de la prevención de una forma más compleja y articulada. La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir “prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma”. Esta prevención general, que se denomina positiva porque no es meramente intimidatoria, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en

⁴³⁶ Ob. cit., p.18 y ss. Críticas a esta tesis de Jakobs se pueden encontrar en “Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”, Mercedes Pérez Manzano, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1990, p.168 y ss. Las críticas vertidas en este trabajo se dirigen, en primer lugar a la metodología de Jakobs (Un excesivo formalismo, conservadurismo, dudas respecto de su base ética y, finalmente, se une a éstas la crítica de Baratta cual es que “la prevención general positiva justifica la cifra negra de delitos, pues la confianza en el ordenamiento se lesiona sólo cuando el delito se conoce; si este se mantiene oculto no se produce el trastorno psico-social, así que mejor habría que contar, entre las alternativas posibles de solución del conflicto, el ocultamiento del mismo), en segundo lugar a la insuficiencia de la prevención general positiva como contenido de la culpabilidad (la prevención general positiva no explica convincentemente todos los supuestos de exculpación, tampoco sirve para una culpabilidad que pretenda individualizar la responsabilidad penal: tiene serias dudas para diferenciar antijuridicidad y culpabilidad; la culpabilidad no es plasmación del principio de igualdad real y no sirve como individualización, puesto que no tiene en cuenta la contribución subjetiva del autor en el hecho, no se basa en un sustrato real; no sirve para diferenciar claramente pena y medida de seguridad, ni tampoco el sistema vicarial en el que la culpabilidad –al menos la declaración formal de culpabilidad- se mantiene a pesar de la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera –la imposición de una medida de seguridad-).

⁴³⁷ Ob.cit., p.19. Sobre la fidelidad al derecho como contenido de la culpabilidad véase a Edgardo Donna en “Teoría del delito y de la pena”, editorial Astrea, Buenos Aires 1992, p.186 y ss.

la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (“ejercicio en la confianza de la norma”). En segundo término, la pena se orienta al “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho” en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (“ejercicio en la aceptación de las consecuencias”). Este planteamiento de la prevención general positiva en el Tratado pone especialmente de relieve la primera de dichas facetas, situando en un segundo plano las restantes, incluida la relativa al ejercicio en la fidelidad del Derecho...Este realce de la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a los otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que el ejercicio de la actividad punitiva del Estado puede también producir no es casual, sino que corresponde plenamente con una característica de la concepción general del Derecho penal de *Jakobs* que comenzó a manifestarse precisamente en “Culpabilidad y prevención”, se hizo ya patente en el Tratado y ha culminado en sus últimos escritos: la relevancia cada vez menor que *Jakobs* atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y ene special para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento. En el contexto en el que aquí se señala, esto se traduce en el hecho, de que, para *Jakobs* (en contra, por ejemplo, de lo supuesto por quienes asignan a la pena una función intimidatoria), la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas, para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida”⁴³⁸.

Sin pretender extenderse más y a modo de resumen, se puede señalar que para el funcionalismo; “..., si bien la realidad social tiene como protagonista a los individuos que conforman la sociedad, la persona no es el centro de su atención y queda relegada a un segundo lugar. Lo fundamental y relevante para esta teoría social es el “sistema social”, que no es sino el conjunto vivo, dinámico y funcional de interrelación de conductas desarrolladas por los individuos en una situación dada, sobre la base de expectativas recíprocas provenientes de la aceptación de determinados roles sociales, todo lo cual, y en último término, se explica por la existencia en la sociedad de un código moral y un sistema de valores comunes”⁴³⁹.

Ahora bien, no puede dejarse de lado la piedra angular en la que se funda esta memoria es el bien jurídico y la validez de éste, desde ya hace un tiempo a la fecha esta siendo cuestionado. Estas críticas, que vienen de la mano de la corriente funcionalista, adquieren cada vez más fuerza.

⁴³⁸ Ob. cit., p.19 y 20.

⁴³⁹ Náquira, ob. cit., p.81.

6.- Patrimonio o propiedad

Hasta aquí hemos visto la evolución de la teoría del bien jurídico, y podemos afirmar que dicho referente que se ha propugnado por Muñoz Conde, como ya se señaló “el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo”⁴⁴⁰.

Ahora bien existe autores como Jakobs; “El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso....Por una parte, la teoría del bien jurídico puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien también jurídico-penalmente o, en otras palabras, la configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes....Por otra parte, ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfruta de protección absoluta...”⁴⁴¹.

En el mismo sentido dice Müssig; “La actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en Alemania ha colocado alrededor del elenco de normas penales existentes hasta ese momento –que desde el punto de vista actual pueden parecer “clásicas”- un anillo de tipos penales para cuya legitimación únicamente cabe hacer referencia a bienes jurídicos –si es que siquiera quiere acudir a éstos con este propósito- de carácter vago y sólo susceptibles de una descripción a grandes trazos. Visto desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a las lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el “ámbito nuclear” del derecho penal...Entre quienes cuestionan la legitimidad de tales preceptos penales se encuentran, en una posición destacada, los representantes de una teoría “personal” del bien jurídico. En el marco de tales consideraciones críticas, estos autores hacen referencia a ulteriores tendencias en la evolución actual tanto del derecho penal material como del derecho penal procesal, tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “derecho penal de la puesta en riesgo” de características antiliberales: en la regulación jurídica de la persecución penal y en el proceso penal propiamente dicho se sacrifican garantías de libertades fundamentales en el altar de la pretendida lucha efectiva contra la criminalidad; los límites de la definición social del sujeto, hasta ahora infranqueables para el poder del Estado, pasan a ser porosos y se incluyen fácilmente en la masa de la quiebra de la confrontación política cotidiana. A través de una cada vez más densa gama de delitos de manifestación y de organización, el derecho penal de la sociedad civil sufre una transformación que lo convierte en un “derecho penal del enemigo”; “la modernidad” social institucionaliza bajo el eslogan de la “seguridad interior”, un “estado de excepción” político como estándar jurídico-penal...Teniendo en cuenta esta evolución –peligrosa para configuración de la

⁴⁴⁰ Hernán Hormazábal, “Bien jurídico y...”, ob.cit., p.7.

⁴⁴¹ G. Jakobs, “Derecho...”, ob.cit., p.55 y ss.

sociedad-, es acertado exigir un retorno a los criterios de una política criminal liberal: ello constituye un intento de volver a ganar terreno perdido frente a la fuerza de un *esprit du temps* político-criminal de las soluciones simples, rápidas y simbólicas. Ahora bien, la cuestión de acerca si sólo deben ser los bienes jurídicos individuales los puntos de conexión y de protección de la política criminal práctica –como pretenden las últimas aportaciones de una “teoría personal de bien jurídico”– no queda resuelta con estas constataciones. Estos planteamientos a veces nos recuerdan la conocida conducta de ponerse a silbar en un bosque: pueden ser interpretados como expresión de una sensación desagradable de la ciencia del derecho penal, una sensación de que la concepción del ordenamiento penal centrada en el bien jurídico en cuanto teoría de legitimación del derecho penal en el mundo complejo de la sociedad moderna ha llegado no sólo a sus límites prácticos, sino también a sus límites teóricos. La falta de vigor de la teoría dominante del bien jurídico para poder contraponer objeciones prácticas y teóricas a la actual evolución político-criminal, y también los argumentos de la “teoría personal del bien jurídico” evidencian –y ésta es la tesis de las consideraciones que siguen- que la dimensión práctico-social de la concepción del derecho penal como protección de bienes jurídicos ha quebrado; la teoría del bien jurídico carece de una toma de tierra hacia la teoría social”⁴⁴².

Por esta razón nos es raro, como ya hemos visto, encontrar (sobre todo en España) trabajos desde un prisma del funcionalismo radical a fin de superar los problemas que conlleva la protección de bienes jurídicos, procurando un sistema penal más armónico y coherente, así por ejemplo vemos los aportes de Nuria Pastor en este sentido “Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa”.

Y es que el delito de apropiación indebida no escapa de los problemas propios del tratamiento y manejo de los bienes jurídicos. Como se ha visto a lo largo del trabajo, el *quid* del delito de apropiación indebida radica en cuál es el verdadero bien jurídico que se busca proteger a través de este delito.

El bien jurídico es el gran problema que se suscita en este delito y el que se proyecta a los otros elementos configuradores del mismo. Al no saber que es lo que realmente se protege o se busca proteger por este delito no se puede saber tampoco, por ejemplo, de qué se apropia el sujeto activo del delito, si de la sustancia, del valor de la cosa –*lucrum ex re*-, del valor que produce la cosa –*lucrum ex negotio cum re*-, o de la función del bien (una clara incidencia del objeto jurídico en el objeto material del delito).

Debe sumarse a lo anterior que, como sostienen los pensadores del funcionalismo radical, existe graves problemas en la teoría del bien jurídico por cuanto ella, en procura de una pretendida defensa liberal del sistema, cae en conductas antiliberales. Así, por ejemplo, en el tratamiento de la tentativa de delito o delitos de peligro nos encontramos con que el sistema adelanta el castigo de las conductas que aún no lesionan los bienes jurídicos. Teniendo en cuenta que ello ocurre en el marco de un sistema que castiga la lesión efectiva de los bienes protegidos, la actitud se torna a la luz de este sistema poco coherente.

⁴⁴² Ob. cit., p.11 y ss.

Por ello, para poder castigar conductas bajo el rótulo de apropiación indebida debe entenderse realmente qué es lo que se está buscando proteger, ya que sin esa claridad se está sancionando conductas que son pretendidos logros liberales que se enarbolan como conquistas de nuestros tiempos, verdaderos bienes que se encuentran afectados; por ejemplo, el pretendido logro de la no prisión por deudas se ha pasado a llevar muchas veces por la vía de la supuesta comisión de un delito de apropiación indebida (verdaderos incumplimientos comerciales que han terminado castigados con prisión).

Como dijo un autor, no estamos quemando las manos con el pretendido logro de la protección de bienes jurídicos.

Basta recordar las ingeniosas palabras de Jorge Luis Borges, muy bien citado por Carlos Santiago Nino⁴⁴³, cuando señala:

“Si el nombre es el reflejo de la cosa
(como dice el griego en el Catrilo),
en las letras de la “rosa” está la rosa
y todo el Nilo en la palabra “Nilo”.”

Luego continúa Nino diciendo: “Según esta tradición filosófica, hay un “verdadero” y “único” significado de las expresiones del lenguaje, que debe ser captado investigando una misteriosa realidad no empírica”.

Lo que busca proteger el derecho penal a través del delito de apropiación indebida debe ser unívoco, no equívoco, sea el sentido de la norma, sea el verdadero bien.

Ahora bien, entrando derechamente en materia se puede decir que 2 son los bienes jurídicos que tradicionalmente se han identificado como los bienes protegidos a través del delito de apropiación indebida, uno es la propiedad (el cual da nombre al epígrafe del título donde se encuentra la apropiación indebida) y el otro es el patrimonio (como una patromonialización del concepto propiedad).

6.1.- La propiedad

La propiedad es un concepto acuñado por el derecho privado, el derecho civil, que se encuentra definido en el artículo 582 del Código Civil como “el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Este derecho, además, se encuentra garantizado (no definido) constitucionalmente en el artículo 19 N°24 de la carta fundamental.

El derecho penal frente al concepto de propiedad manejado en el ámbito privado y su eventual utilidad como definición a ser usada penalmente hablando mantiene las siguientes posturas, según expresa De la Mata; una corriente accesorio, otra autonomista y otra teleológica.

⁴⁴³ “Introducción al análisis del derecho”, 2ª edición ampliada y revisada, 7ª reimposición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, p.248.

Al respecto señala Silva Castaño; “La Doctrina Penal, ha desarrollado una larga discusión sobre si el bien jurídico propiedad, puede ser entendido en el Derecho Penal desde la perspectiva ofrecida por el Derecho Civil. La concepción que podríamos denominar “privatista” o que entiende el Derecho penal desde un punto de vista sancionatorio, estima que el concepto de propiedad del Derecho Penal está preconfigurado por el Derecho Civil. Por el contrario la concepción “autonomista pura”, que ve el Derecho penal con el carácter constitutivo, entiende que se debe formular un concepto del derecho de propiedad especialmente acuñado para el derecho penal, sosteniendo consecuentemente la autonomía del Derecho Penal en la definición del bien jurídico”.

De la Mata nos señala en relación a la concepción accesoria del derecho penal que “En aras de una pretendida unidad del ordenamiento jurídico, tradicionalmente se ha entendido que el Derecho Penal es accesorio al Derecho Civil en los referente a la definición del concepto y atribución de significado que hay que dar a los términos recogidos en la descripción legal de los diferentes tipos penales que provienen de esta rama del ordenamiento jurídico. Es lo que preconiza la denominada “concepción privatista dependiente del Derecho Penal”⁴⁴⁴ .

Huerta Tocildo señala que la concepción privatista “sostiene que los términos que provienen del derecho privado debe ser utilizados con la significación que esta rama del ordenamiento les atribuye, no pudiendo el Derecho penal modificar la esencia de institutos que son propios de aquél”⁴⁴⁵ .

A esta tesis adhiere Silva Castaño. Ella dice; “Las razones de unidad del orden jurídico y exigencia de seguridad jurídica, justifican acudir al ordenamiento civil para determinar el concepto de propiedad que utiliza el Derecho Penal...Podemos hacer nuestro el punto de vista que sostiene que “sólo puede haber un sistema de normas de conducta unitario para todas las ramas del Derecho”. Esta es una condición “de un sistema equilibrado de deberes de conducta y libertad de conducta”...Por tanto, tomaremos los conceptos elaborados por el Derecho Civil para la interpretación del Derecho de Propiedad, de la misma manera que se debería hacer con todas las demás nociones que aparecen en normas de Derecho Penal. Esta unidad de conceptos es la mejor garantía para la seguridad jurídica”⁴⁴⁶ .

La segunda postura es la denominada concepción autonomista del derecho penal. Al respecto De la Mata señala que; “la concepción autonomista pura” partiendo del carácter constitutivo y no meramente sancionador del Derecho Penal, considera que los conceptos utilizados por el Derecho Penal poseen una significación y contenidos propios e independientes de otros sectores del derecho.”⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ “Tutela...”, p.55 y ss.

⁴⁴⁵ “Protección...”, p.19-25.

⁴⁴⁶ Ob. cit., p.60 y ss.

⁴⁴⁷ Ob. cit., p.55.

Dice Huerta Tocildo; “Frente a la anterior concepción surge la denominada “corriente autonomista” que, a partir de la base, hoy comúnmente admitida, de que el Derecho penal no tiene carácter meramente sancionador, sino constitutivo, considera que cuando esta rama del ordenamiento se refiere a institutos ya conformados y regulados por el Derecho civil, lo hace en forma independiente, dotándoles de un significado autónomo y propiamente penal”.⁴⁴⁸

De la Mata señala cuáles son las críticas a la concepción autonomista y la concepción accesoria; “La corriente civilista implica postular una convergencia de conceptos donde solamente existe una convergencia terminológica; la autonomista presume que hay una divergencia en donde puede existir una plena coincidencia. Ambas posiciones conducen a una interpretación apriorística a partir de las premisas de origen, eludiendo el significado concreto que puede deducirse de cada tipo penal”⁴⁴⁹.

Al tratar la concepción autonomista Silva Castaño difiere de De la Mata y Huerta Tocildo, ya que no habla de divergencia terminológica, no habla de que el Derecho penal maneje conceptos propios e independiente, si no que habla de interpretación. En otras palabras, lo que para Huerta y De la Mata se denomina concepción autonomista, para Silva Castaño vendría a ser la que denominados una tercera concepción o concepción basada en la interpretación teleológica.

Ella sostiene que “Los autores que de alguna manera sostienen la necesidad de formular un concepto de propiedad especialmente acuñado para el derecho penal, precisan que, de todos modos, la autonomía del Derecho penal no puede ser total (esta autora cita aquí a Vives Antón); sus conceptos ya definidos, por ejemplo en el Derecho Civil, o en el Derecho Mercantil, deben ser utilizados básicamente, sin modificaciones, con el objeto de mantener en lo posible la unidad del ordenamiento jurídico...Ahora bien, para puntualizar cuáles son los intereses que el Derecho Penal quiere proteger, en algunos momentos los conceptos tendrán que tener unos rasgos peculiares, pero puede tomarse en consideración el sentido que se le da en el ámbito civil o mercantil (esta autora cita aquí a Vives Antón y en el mismo sentido a Muñoz Conde)...De acuerdo con éste punto de vista en la doctrina se sostiene con razón que “pretender crear un concepto distinto de propiedad para el derecho penal es un procedimiento que crea un confucionismo terminológico en conceptos cuya definición está fuera de toda duda en el campo de la Teoría General del Derecho (esta autora cita aquí a Muñoz Conde). Se entiende, no obstante, que no es contradictorio con ésta afirmación, precisar que “estamos ante un problema de interpretación de la ley penal y será el interprete quien utilizando los métodos adecuados concluya si la expresión utilizada por la ley equivale a la que se recoge en el Derecho Privado, o por el contrario tiene una significación distinta (la autora cita en esta parte a Bajo / Pérez Manzano)...De este modo se traslada el problema de la definición del concepto de propiedad a una cuestión de interpretación teleológica, que se resolverá atendiendo a los fines perseguidos por el Derecho Penal, a través de “un análisis de la completa estructura del precepto que contemple,

⁴⁴⁸ “Protección...”, p.19 a 25.

⁴⁴⁹ “Tutela...”, p.56.

conjuntamente, elementos estructurales y función, operando hipotéticamente hasta tanto que ambos no aparezcan cohesionados. Sólo así (...) podrá concluirse si el instituto en cuestión, a pesar de ser propio del Derecho Civil, debe o no ser transplantado sin variación al ámbito penal (la autora cita aquí a Huerta Tocildo)”⁴⁵⁰ .

La tercera postura, sustentada por De la Mata y Huerta Tocildo es aquella que apela a la interpretación de los conceptos en cada caso, interpretación que será teleológica en el caso de estos dos autores. Al respecto señala De la Mata; “El camino adecuado indica que debe utilizarse un método inductivo que es propio del conocimiento científico general. Como indica BAJO, “Es opinión común en la actualidad que estamos ante un problema de interpretación de la Ley penal, y será el intérprete quien utilizando los métodos adecuados, concluya si la expresión utilizada por la Ley penal equivale a la que se recoge en el Derecho privado o por el contrario tiene una significación distinta”⁴⁵¹ .

Sostiene Huerta al respecto: “Situado el tema en sede de interpretación, el método más seguido por la doctrina penal es el denominado “exegético-experimental”, mediante el cual, a partir de las categorías elaboradas por el Derecho civil, ha de procederse a una interpretación de carácter teleológico a la luz de los fines perseguidos por el Derecho penal, adaptando aquéllas a éstos en caso de conflicto...”⁴⁵² .

Por su parte De la Mata señala; “Hoy en día, sin embargo, se critica el apriorismo en que incurre tanto la corriente civilista como la autonomista y se defiende mayoritariamente una tercera corriente que busca el significado de los términos empleados en el Derecho Penal en base a una interpretación fundamentalmente teleológica de los concretos tipos penales”⁴⁵³ .

Una vez aclarado el punto, se puede señalar como se dijo al comenzar este trabajo, que existen 2 conceptos de propiedad. Uno formal y otro material. Creo que éste es el mejor método de entender el estado de las cosas, ya que el tratamiento que aplica De la Mata al distinguir en conceptos formales y materiales, en la lengua española, es el más completo de los libros escritos sobre la materia.

Esta clasificación en concepto formal y material, como el propio De la Mata reconoce, no es utilizado en España; “En la doctrina española no puede establecerse una distinción entre quienes mantienen una concepción formal de la propiedad de la propiedad y quienes proponen un entendimiento material de la misma, porque es ésta una cuestión que se ha suscitado en los términos aquí planteados. Hemos visto además cómo la cuestión de la accesoriedad del Derecho Penal se solucionaba de un modo ecléctico atendiendo fundamentalmente a criterios teleológicos. Ahora bien, la omisión de toda referencia en la solución de los casos considerados conflictivos a criterios materiales, y el recurso únicamente al dato de la existencia o no de ánimo de lucro en el sujeto es lo que

⁴⁵⁰ Ob. cit., p.55.

⁴⁵¹ “Tutela...”, p.56.

⁴⁵² Véase a Huerta Tocildo, en “Protección...”, p.19-25.

⁴⁵³ “Tutela...”, p.55.

permite entender que la doctrina española concibe la protección de la propiedad del mismo modo que quienes en Alemania asumen un planteamiento formal: de ahí justamente que los típicos casos de compensación de lo tomado se resuelvan en nuestra doctrina afirmando el cumplimiento del tipo objetivo del delito de hurto y negando en su caso el tipo subjetivo...A ello no obsta el hecho que la doctrina española exija un valor económico en el objeto material de los delitos contra la propiedad como requisito de los mismos, pues ello obedece a su concepción como delitos patrimoniales y a la aplicación, por tanto, del concepto jurídico-económico de patrimonio”⁴⁵⁴ .

6.1.1.- Concepto formal

Respecto del concepto formal de propiedad señala De la Mata que “Debido a la ausencia de formulación legal expresa de un concepto jurídico-penal de propiedad, las doctrinas alemana y española dominantes han venido entendiendo que para determinar la existencia de una lesión penalmente relevante contra aquélla ha de observarse la posición jurídica de propietario, titular del objeto atacado, y aceptarse la presencia de dicha lesión cuando se menosprecie el derecho de propiedad, tal y como se concibe éste en el ordenamiento civil. En este sentido, indica ZUGALDÍA (siguiendo a Muñoz Conde en “Alzamiento de bienes”) que el concepto de propiedad está perfectamente acuñado en la Teoría General del Derecho y pretender crear uno distinto para el Derecho Penal es un procedimiento que genera un confusiónismo terminológico en conceptos cuya inteligencia está fuera de duda”⁴⁵⁵ .

Continúa De la Mata señalando que “Bajo esta perspectiva, por tanto, la propiedad en cuanto objeto de protección penal se define como el más extenso derecho de dominación sobre un objeto, que según describe el Derecho Civil permite al titular disfrutar y gozar de modo pleno y exclusivo de los bienes sujetos a su propiedad, excluyendo a otros de cualquier intromisión en su esfera de dominio”⁴⁵⁶ . De la Mata explica desde este punto de vista en qué consistiría esta lesión (citando por todos a Wessel en “Besonderer Teil-2”.); “Esto es, la lesión de la propiedad se producirá cuando concurriendo los elementos típicos requeridos en los respectivos tipos se vulnera el contenido que civilmente se asigna al derecho de propiedad, sin consideraciones de otra índole. Hay que matizar, sin embargo, que aunque la mayoría de autores partan de la accesoriedad –no estricta- del Derecho penal y, con ello, de una concepción formal de la propiedad, posteriormemte efectúan tales matizaciones que se hace difícil encuadrarles en esta tesis. Es lo que ocurre, por ejemplo, con autores como ESER, *Strafgesetzbuch*, parágrafo 242 n.m. 6; o SAMSON, *Systematischer Kommentar*, parágrafo 242 n.m.9 ss., que asumen un planteamiento en principio formal, corregido en función de los supuestos concretos a analizar”⁴⁵⁷ .

⁴⁵⁴ “Tutela...”, p.70, nota al pie N°151.

⁴⁵⁵ “Tutela...”, p.70.

⁴⁵⁶ “Tutela...”, p.70.

⁴⁵⁷ “Tutela...”, p.70, nota al pie N°153.

Tanto De la Mata como Silva Castaño hacen alusión a una idea muy acertada que fuera enunciada por Bajo Fernández, con la salvedad que el primero la introduce cuando trata del concepto formal de propiedad, y la segunda cuando trata el concepto autónomo del Derecho penal (o lo que ella llama el concepto penal de propiedad). Dice Bajo; “Gran parte de los delitos de Título XIII protegen la propiedad (hurto, robo, daños, incendios, receptación, etc.). En la lección siguiente dedicada al estudio del delito de hurto, haremos indicaciones pertinentes sobre el derecho de propiedad como bien jurídico que, con carácter general, serán de aplicación a todos los demás delitos. Adelantamos, sin embargo, que al sostener que el derecho de propiedad es objeto de protección jurídico penal, estamos utilizando una técnica de síntesis en sí misma errónea por su simplicidad, ya que, salvo los casos de destrucción de la cosa el delito no *lesiona* el derecho de propiedad que permanece incólume, e incluso, reforzado con la *actio reivindicatoria*. En realidad, proteger el derecho de propiedad significa más exactamente proteger el contenido jurídico y económico que la propiedad entraña”⁴⁵⁸.

Por lo anterior De la Mata señala que “estos delitos no son apropiados para dañar el derecho de propiedad, pues este sigue correspondiendo al titular original, también frente a un tercer adquirente de buena fe”⁴⁵⁹.

En el mismo sentido, pero al tratar del concepto penal de propiedad, sostiene Silva Castaño; “Si partimos del análisis del acto de apropiación, es evidente que a través de él no se elimina de forma inmediata el derecho de propiedad, ya que, si bien, es verdad que se priva de una de sus facultades (la de gozar), al legítimo propietario, al mismo tiempo entra en acción otra (la de reivindicar). Por tanto en los delitos de apropiación no podemos hablar de vulneración de la propiedad como derecho subjetivo sino de la afectación de la misma, o de la disminución de su contenido pleno. Con la conducta delictiva se pone de manifiesto el menosprecio que el sujeto activo realiza del derecho, al impedir que el sujeto pasivo pueda continuar o recuperar la facultad de disponer sobre el bien concreto. En éste sentido, de la misma manera que desde el punto de vista del derecho penal no se requiere la comprobación de la pérdida “jurídica” de la propiedad sobre el bien por parte del sujeto pasivo, no se debe constatar la adquisición de la propiedad por parte del sujeto activo, lo que, de todas maneras, sería imposible, ya que la apropiación, no es un modo legalmente establecido para adquirir la propiedad, como se deduce de los artículos 609 y siguientes y 1956 del Código Civil. En éstos se establece que los únicos modos de adquirir la propiedad son la ocupación (de bienes apropiables y carentes de dueño o abandonados, siempre de acuerdo a lo establecido en las leyes), la donación, la sucesión, la tradición y la prescripción”⁴⁶⁰.

Por lo anterior, dice De la Mata citando a Maurach y Ferrer Sama, “en alguna ocasión se ha denominado a estos delitos como acciones de tentativa inidónea, ya que están contruídos como tipos de lesión, pero en realidad parece que el concepto de apropiación

⁴⁵⁸ “Manual...”, p.6. Bajo / Pérez Manzano, “Manual...”, p.37.

⁴⁵⁹ “Tutela...”, p.71.

⁴⁶⁰ Ob. cit., p.55.

se convierte en una mera referencia que alude a la pretensión del sujeto de conseguir una visible posición pseudo-jurídica de dominio (citando a Jagusch), que compense la falta de título formal; de ahí que en ocasiones se afirme que tal vez no sea desacertado hablar de delitos contra la propiedad como delitos de peligro (citando a Maurach / Schroeder / Maiwald)”⁴⁶¹ .

Entendida a sí las cosas, dice De la Mata, la lesión de la propiedad viene de la mano del menosprecio al derecho, no de su pérdida, ya que ésta no puede ocurrir; “...la lesión ha de verse en la privación al propietario de una posesión objetiva que tiene esencial significado para la alegación formal de su condición de propietario (cita de Maurach / Schroeder / Maiwald)...En otros términos, se impide a un sujeto el ejercicio de su derecho de propiedad como contrapartida de la posición objetiva de señorío que adquiere el autor del hecho (cita de Russ)...Los delitos de apropiación suponen conductas en virtud de las cuales un sujeto hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con la intención de usar o disponer de ella como dueño, desplazando de hecho al titular de esas facultades (cita de Zugaldía), lo que permite definir el hurto y la apropiación indebida como infracciones de apropiación con ataque a todas o algunas de las facultades inherentes a la situación del dominio (cita de Zugaldía)”.⁴⁶²

Sobre el particular señala Zugaldía que; “La propiedad es protegida de forma distinta ante dos tipos de ataque que revisten también formas distintas. La propiedad puede ser atacada como tal *derecho* (de propiedad) a través de la figura del delito de daños, en el que el merecimiento de pena se debe a que a través del mismo se deja sin contenido al derecho de propiedad como tal al destruir o deteriorar la cosa sobre la que recaía –pudiendo ser la cosa tanto mueble como inmueble. El ataque a la propiedad puede llevarse a cabo también privando al propietario de todas las facultades inherentes al dominio, pero con subsistencia del derecho de propiedad mismo (y de la cosa –ahora mueble- sobre la que recae) a través de los delitos de apropiación (y expropiación correlativa): tales delitos son los de apropiación indebida (nuda expropiación) y el hurto (como expropiación con correlativa desposesión de la cosa a su poseedor, sea o no propietario)”⁴⁶³ .

Ha de comprenderse que si la lesión que causa este tipo de delitos es el impedimento del ejercicio del derecho de propiedad, nada tendrá que ver entonces el valor monetario que pueda tener la cosa objeto material del delito de apropiación. Ese es el aspecto formal que tienen los delitos de apropiación desde este punto de vista, ya que prescinde del valor de la cosa en la construcción del perjuicio. Y ello obedece a que la protección que brindan los delitos de apropiación desde el punto de vista formal es a la posición como titular del derecho que se tiene sobre la cosa y no a la cosa en sí. La clase de protección que se brinda en los delitos de apropiación desde el punto de vista formal de la propiedad se sustenta sobre la misma base que la construcción de la propiedad en

⁴⁶¹ “Tutela...”, p.71.

⁴⁶² “Tutela...”, p.71.

⁴⁶³ Ob. cit., p.29.

el derecho civil, esto significa, en otras palabras, que se protege la titularidad de la propiedad, el carácter de propietario, la relación de dominio que se tiene sobre la cosa con absoluta independencia del valor que pueda tener ésta. Ante los ojos del derecho civil el valor que pueda tener la cosa no tiene nada que ver con la condición de propietario, porque se puede ser propietario de cosas sin valor monetario, se puede ser propietario de cosas con un solo valor afectivo.

Y, como hace presente De la Mata (citando por todos a Russ), lo anterior es una cuestión que tiene muy presente la doctrina alemana, siendo ella jurisprudencia absolutamente dominante; en Alemania, a través de la tajante distinción entre delitos de apropiación y delitos contra el patrimonio, se busca proteger las relaciones de dominio sin importar el valor económico o su función, esto por la vía de la consagración de los delitos de apropiación. El ámbito de protección de los delitos de apropiación en Alemania abarca todos los bienes muebles, abarca las facultades que emanan de la condición de propietario, tengan o no dichos bienes un valor económico o una función especial.

De la Mata señala; “Ello implica, al mismo tiempo, que pueda afirmarse la existencia de un delito contra la propiedad con independencia del enriquecimiento o empobrecimiento que respectivamente puedan experimentar los sujetos activo y pasivo del delito en cuestión, siendo suficiente que un sujeto prive a otro de la posibilidad de ejercer las facultades que emanan de su condición de propietario, o en otros términos, que prescinda del respeto que merece la propiedad ajena”⁴⁶⁴. Interesante la cita que hace el respecto De la Mata de la sintética afirmación de Samson quien señala que “conforme a la doctrina dominante de los delitos contra derechos absolutos únicamente requieren un daño a las posibilidades de disposición del titular y, por tanto, no presuponen un daño patrimonial; de ahí que sea indiferente si la cosa posee un valor patrimonial o no, o si el ataque a la propiedad conlleva un daño patrimonial”⁴⁶⁵.

En España, como hace ver De la Mata, y al igual que en Chile, la situación es distinta. Ello es porque, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, en España (Quintano, Devesa-Serrano, López Barja de Quiroga, Bustos, Bajo / Pérez Manzano, Bajo, Sainz-Pardo⁴⁶⁶) y en Chile el ámbito de protección de los delitos de apropiación sólo abarca, y con esto me refiero al objeto material como parte del tipo objetivo, a los bienes muebles que tengan valor económico, no aquellos que tengan sólo un valor afectivo (recuérdese al efecto la postura de Zugaldía en este punto cual es que, y como ocurre en nuestro país según lo dispone el N°19 del art. 494 del C.P., se contempla dentro del ámbito de protección toda clase de bienes muebles, tengan o no valor económico, ya que como señala el mencionado artículo se castigan como falta los hurtos o apropiaciones indebidas de bienes muebles cuyo valor no exceda de determinado valor, lo que según indica Zugaldía significa que se protege bienes cuyo valor monetario/económico va desde los 0 pesos a la suma que en dicho artículo se indica).

⁴⁶⁴ “Tutela...”, p.72.

⁴⁶⁵ “Tutela...”

⁴⁶⁶ Silva Castaño, ob. cit., p.140.

Y, ¿por qué la doctrina y la jurisprudencia española y chilena mayoritaria exigen que la cosa tenga valor económico?.

La respuesta es muy sencilla; por cuanto entienden que en los delitos de apropiación el ánimo de lucro exige (aún cuando en la apropiación indebida no se le menciona) que la cosa tenga valor económico.

Majón-Cabeza al tratar el ánimo de lucro señala “Un gran sector doctrinal y jurisprudencial coinciden en señalar que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto del delito de apropiación indebida.. Así QUINTANO afirma que a pesar de que el artículo 535 no exija dicho elemento, ello “...no es obstáculo...para dejar de apreciar en la apropiación un elemento que vale como el más significativo de la culpabilidad”. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros RODRÍGUEZ DEVESA y FERRER SAMA...Del ánimo de lucro se pueden dar, fundamentalmente, dos acepciones, una amplia y otra más restringida. La primera es mantenida por la Jurisprudencia para la que el ánimo de lucro “...persigue la incorporación al patrimonio de lo que es ajeno, que no debe entenderse en sentido estricto de enriquecimiento material sino como cualquier beneficio, ventaja o utilidad, incluso meramente contemplativa, altruista, política o social, sin motivo moral o legal, cierto o posible, que autorice tal conducta...”⁴⁶⁷

Al tratar de este ánimo Silva Castaño señala; “...el significado jurídico que deba darse al ánimo de lucro en este delito no es unánime en la doctrina. Así viene definido como intención de enriquecimiento o incrementar el propio patrimonio, intención de obtener cualquier ventaja o beneficio...”⁴⁶⁸ .

Dice De la Mata; “Tales consecuencias (se refiere a las consecuencias de la tajante distinción entre delitos de apropiación y delitos contra el patrimonio) han sido tradicionalmente rechazadas en la doctrina española. En ésta se exige como requisito típico de la mayoría de delitos patrimoniales un ánimo de lucro o enriquecimiento en el sujeto activo, interpretado predominantemente desde la perspectiva económica. Correlativamente, y a partir de un concepto económico de patrimonio, se admite como objeto idóneo de apropiación, hurto o estafa sólo aquél susceptible de ser valorado económicamente,...Como se ha visto, en base a tales exigencias, además, se rechaza la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio en sentido estricto. Se admite, no obstante, que en delitos cuya consumación requiere únicamente el ataque a un elemento patrimonial aislado –los delitos contra la propiedad- es indiferente que el patrimonio, considerado unitariamente, reste incólume o incluso, beneficiado, pues lo que hay que comprobar es si la relación, de propiedad u otra, sobre dicho elemento se ha visto afectada por el comportamiento del sujeto activo. Por ello, la doctrina española no difiere de la alemana a la hora de concretar el objeto de protección de los delitos contra la propiedad, pues únicamente acude al concepto económico de patrimonio en el ámbito de estos delitos, al definir el tipo subjetivo de injusto y el objeto material de los mismos, cifrando la lesión de la propiedad, con independencia de criterios económicos, por el contrario, en el menoscabo de la relación formal de dominio”⁴⁶⁹ .

⁴⁶⁷ Ob. cit., p.199 y ss.

⁴⁶⁸ Ob. cit., p.161 y ss.

6.1.2.- Concepto material

Ahora bien, el concepto material de propiedad es aquel que en vez de hacer incapié en la relación jurídica como titular del derecho de propiedad (posición jurídica de propietario), en la relación dominical que existe entre una persona y un objeto, a lo que se avoca es al contenido de dicho derecho (el valor o su función).

“Como se ha indicado, la mayoría de la doctrina, tanto española como alemana, insiste en que el ataque del sujeto activo que se apropia de un objeto no vulnera el “derecho de propiedad”, que permanece incólume, sino el contenido de dicho derecho. Esto es algo que admiten tanto quienes siguen una concepción formal de propiedad, como quienes adoptan una concepción material de la misma, y no un dato que permita considerar a la doctrina dominante defensora de una perspectiva material en la concepción de la propiedad en cuanto objeto de protección penal. Lo que esta perspectiva pretende, al margen de admitir que la apropiación de un objeto vulnera el contenido del derecho de propiedad, es dotar a la propiedad de un contenido material en el ámbito del Derecho penal, que pueda negar la existencia de un delito contra la propiedad a pesar de que se haya atacado –formalmente- la titularidad dominical. La cuestión se desplaza, por tanto, a la determinación del “contenido” del derecho de propiedad, que unos identifican con el conjunto de facultades que emanan de una titularidad jurídicamente reconocida, mientras otros lo definen desde una perspectiva material atenta a los intereses sustanciales –también jurídicamente reconocidos- que subyacen en dicha titularidad”⁴⁷⁰.

Los criterios utilizados para definir el elemento lesión en los delitos de apropiación con contenido material son el criterio del menoscabo económico (o de los intereses económicos implícitos en la relación de propiedad) y el criterio del menoscabo de la función (del objeto material).

Estos criterios no han sido utilizados (no hay una corriente que los mantenga) ni por la doctrina española ni por la doctrina nacional, “tendencias ambas que sí aparecen perfectamente asentadas en la doctrina alemana, en la que la concepción material de la propiedad o materialización del concepto propiedad (*Lehre vom materialisierten Eigentumsschutz*), enfrentada claramente a la tesis denominada formal, aún dominante, gana progresivamente terreno”⁴⁷¹.

Como hace presente De la Mata, quien es el pionero en el estudio acabado de estos conceptos formales y materiales de propiedad en lengua castellana (aun cuando ya los había enunciado anteriormente, pero no de forma muy acabada Bajo en “Realización arbitraria del propio derecho”) “Los primeros brotes de esta concepción tienen su origen en el intento de solucionar determinados supuestos de hecho desde un punto de vista ajustado a la realidad social, que conduce a abandonar en muchos casos las estrictas

⁴⁶⁹ “Tutela...”, p.72-73.

⁴⁷⁰ De la Mata, “Tutela...”, p.73 y ss.

⁴⁷¹ De la Mata, “Tutela...”, p.75.

consecuencias a que se llega desde un punto de vista en extremo formalista del concepto propiedad. En este sentido afirma SAMSON que la moderna dogmática penal de la observación formal de los delitos contra la propiedad sólo tiene valor como principio básico, ya que al confrontar un concreto supuesto de hecho con estos delitos lo que se pretende es determinar si con él se ha causado o no una lesión de la posición formal del propietario, pero en realidad esta perspectiva se corrige en la práctica constantemente cuando se observa la intrascendencia de dicha lesión. En su opinión, sin embargo, no se ha llegado a imponer un punto de vista que permita una solución global y de conjunto de los casos controvertidos en el ámbito de los delitos de apropiación, desvinculado de la tradicional concepción formal de la propiedad, si bien la apelación a la ausencia de intereses del titular de la cosa sobre la que recae la acción actúa frecuentemente como criterio corrector de dicha concepción”⁴⁷².

6.1.2.1.- El criterio económico

Es manifestación de un concepto material de propiedad “acentuado” en la doctrina alemana, como destaca De la Mata⁴⁷³, por parte de autores como Benfer (Besonderes Strafrecht), Eser (Strafgesetzbuch) y Vogt/Vogt (AdreBdatenespionage), siendo el máximo exponente en la literatura germana el ya mencionado Eser.

Según De la Mata, Eser es el máximo exponente de esta tendencia, continuadora en cierta forma según él de la “teoría patrimonialista de los delitos de apropiación”⁴⁷⁴.

Lo esencial para determinar o no la existencia de un delito de apropiación en la construcción de Eser, destaca De la Mata, es la existencia de una “lesión de la posición jurídica formal que un sujeto tiene sobre determinado objeto. Ahora bien, resalta cómo toda situación de propiedad conlleva por regla general un interés económico en el mantenimiento de lo que es objeto de propiedad. Por ello, concibe los delitos de apropiación –delitos contra la propiedad- como delitos patrimoniales en sentido amplio, en los cuales han de protegerse unos intereses económicos tal y como se hace en los delitos patrimoniales en sentido estricto. Ello no significa, sin embargo, que cuando no se produzca un perjuicio de tipo económico haya de negarse la existencia de una lesión contra la propiedad. En su opinión, una materialización extrema del concepto propiedad

⁴⁷² “Tutela...”, p.75.

⁴⁷³ “Tutela...”, p.76.

⁴⁷⁴ De la Mata, en “Tutela...”, p.338 y ss., se refiere a esta “teoría patrimonialista de los delitos de apropiación”. Dice; “...en la segunda mitad del siglo XIX surgen voces que reclaman como elemento implícito del resultado típico de la apropiación un daño económico, exigencia que claramente explicitan en relación a los bienes fungibles. Cuando tal daño económico no pueda afirmarse niega la relevancia penal de la conducta, con lo cual obtienen una solución adecuada para aquellos supuestos que desde una perspectiva formal en la consideración del bien jurídico propiedad –perspectiva a la que teóricamente no renuncian- deberían considerarse típicos, solución, esta segunda, que no consideran satisfactoria desde una perspectiva de justicia material”. A nivel nacional autores como Bustos Ramírez y, siguiendo a éste, Mera, en pos del afán de disminuir (desahogar los tribunales) los procesos por hurtos de cosas cuyo valor monetario es bajo, proponen tomar en consideración el perjuicio patrimonial que dicho hurto podría causar en el patrimonio del ofendido a fin de que, sino hubo tal perjuicio patrimonial, el hurto no sea punible.

en base a criterios económicos, que limite excesivamente el ámbito de protección de los parágrafos 242 ss. StGB, ignoraría que los delitos contra la propiedad –en oposición a los patrimoniales en sentido estricto como la estafa, que sí se orienta al daño económico– pretenden proteger además de este daño el poder de libre disposición del propietario. Por ello, ESER lo que propone es que la limitación material del ámbito de protección de los delitos de apropiación, desde la perspectiva del daño económico, se produzca sólo en aquellos casos en que conforme a la experiencia general de los usos sociales los intereses que el propietario pueda satisfacer por su situación de dominio no se vean afectados en ningún momento por el comportamiento del sujeto activo”.

6.1.2.2.- El criterio de la función del objeto material

Ha sido acogida por varios autores en la doctrina alemana y busca delimitar el concepto de lesión en los delitos de apropiación atendiendo a la relación existente entre el objeto material del delito y el titular de éste, según destaca De la Mata.

De la Mata sostiene que las primeras formulaciones de este concepto se encuentra en autores como Rudolphi, Maiwald y Otto. Rudolphi, que como he señalado sigue la influencia constitucional en la construcción del bien jurídico, propone además en dicho concepto aspectos funcionales y dinámicos, sosteniendo que en materia de delitos de apropiación la lesión al bien jurídico sólo habrá de producirse “cuando se menoscabe el poder de dominio que surge de la propiedad sobre la cosa y que se asocia a la relación jurídica que se establece entre una persona y un bien y la aptitud de éste para ser objeto de las facultades de dominio que corresponden al propietario. Desde esta perspectiva no puede atenderse únicamente a la pérdida de sustancia de la cosa apropiada o de su valor para confirmar la existencia de dicho daño, sino que lo que habrá de comprobarse es si se ha producido un menoscabo de las posibilidades de utilización que constituyen la relación de propiedad, lo que obliga a cifrar el objeto de protección de los delitos contra la propiedad en el conjunto de posibilidades reales de utilización de un bien que corresponden a su propietario y no en la relación formal de dominio que sobre dicho bien ostenta el titular”⁴⁷⁵.

Zugaldía, al tratar sobre el alcance necesario de la expropiación permanente que debe presentarse en los delitos de apropiación, trata sobre la “teoría de la apropiación de la función” de Rudolphi. Él señala que “La solución de este problema de cantidad depende sobre todo de la teoría seguida sobre el objeto de la apropiación: 1) La teoría del valor real debe decidir qué medida de reducción del valor presupone ya, no un simple uso, sino la expropiación permanente del objeto. 2) La teoría de la sustancia tiene que aclarar por cuánto tiempo se debe sustraer la sustancia del objeto para que la misma entrañe expropiación permanente y no simple uso...Ante este estado de cosas, sólo se presenta como válido, en principio, el moderno desarrollo de la teoría de la sustancia que supone la “teoría de la apropiación de la función” desarrollada por *Rudolphi*...tiene frente a las anteriormente expuestas (teorías) la considerable ventaja de conseguir una delimitación altamente precisa entre los casos de apropiación y de *furtum usus*, esto es, de resolver con un *criterio objetivo* los mencionados problemas cuantitativos....Dicho con

⁴⁷⁵ “Tutela...”, p.77 s.

otras palabras: la demarcación de la apropiación frente al *furtum usus*, debe depender de si el *uso de la cosa ha cambiado al objeto de tal manera que, por lo menos, no se pueden usar algunas funciones del objeto por parte del propietario*"⁴⁷⁶.

De la Mata⁴⁷⁷ también menciona entre los pioneros de esta corriente a Maiwald y Otto, definiendo "el objeto de protección de los delitos contra la propiedad desde el prisma del individuo y de su autorrealización personal en el sector de la vida social que concierne a las relaciones de carácter patrimonial".

"MAIWALD define la apropiación a la que se refieren los párrafos 242 y 246 *StGB* como una acción de acometimiento sobre una cosa ajena –propiedad de otro-, cuyo desvalor radica en la lesión de la propiedad ajena...El describe esta lesión como una oposición a la voluntad de un titular de la propiedad o como lesión de la libre decisión del propietario en la utilización de sus bienes, descripción que él mismo considera que sólo muestra la dirección de ataque de la lesión, o sea el valor contra el que se dirige, pero no el contenido efectivo de la misma y que obliga a precisar cuál es el ámbito de protección de la voluntad del sujeto pasivo en estos delitos, o lo que en su opinión es lo mismo, cuál es el orden jurídico concreto que se quiere garantizar con la institución de la propiedad individual...La concepción de la propiedad que defiende MAIWALD se fundamenta en una visión del ser humano como persona espiritualmente autónoma que necesita una esfera de actuación, en la que sólo su voluntad pueda determinar cómo realizarse a sí mismo...Conforme a ello, insiste MAIWALD en que la lesión de la propiedad en cuanto objeto de protección penal se produce con la lesión de la voluntad de actuación de un sujeto o, en otros términos, con el ataque contra un sujeto concebido como personalidad autónoma. Ataque que se constata cuando se priva al titular de los objetos que pertenecen a su esfera de dominio y, más genéricamente, cuando se anulan o disminuyen sus posibilidades de desarrollo como persona autónoma, en función de las posibilidades de actuación que la cosa ofrece a todo titular de un bien".

A propósito del delito de daños Celia Suay se refiere a la determinación de la función y a las teorías que expliquen la forma en que se produce la lesión a dicha función. Extrapolando estas explicaciones sobre lo que se entiende constituye la lesión de la función a los delitos de apropiación, podríamos entender de lo que puede ser entendido como expropiación permanente de la función.

Ella señala; "Entendido el daño como perjuicio, perturbación, o frustración de la función, y haciendo abstracción de si dicho efecto ha de ser producido necesariamente mediante una intervención directa en la sustancia de la cosa, se plantea la cuestión de cómo determinar la función que a la cosa le compete...Para determinar dicha función se han propuesto tres perspectivas: objetiva, subjetiva, mixta y la que en este trabajo denomina subjetivo-económica"⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Ob. cit., p.74 y ss.

⁴⁷⁷ "Tutela...", p.78.

⁴⁷⁸ "LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LOS DELITOS Y FALTAS DE DAÑOS", ediciones PPU, 1ª edición, Barcelona 1991, p.68 y ss.

La perspectiva objetiva de la función, explica Suay ⁴⁷⁹, consiste en que la determinación de la función “se corresponde con la función “estándar” –según la terminología de MAIWALD- de la cosa en cuestión...En expresión acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Imperial, se ha de atender “*dem Zwecke der Sache*” (a la finalidad de la cosa). Según este criterio, la función que a la cosa compete es de carácter objetivo, pues se tiene en cuenta la función general que compete a la clase de cosas a la que pertenece la cosa en cuestión, y no aquella función que, fuera de la regla general, le hubiera podido asignar su propietario...Por ello, según Maiwald, en la definición judicial de daño subyace el siguiente pensamiento: Las cosas corporales que rodean a los hombres están ahí para algo: la silla para sentarse, el libro para leer, el pan para comer, etc...En esta línea es reveladora la decisión del BGH: 29,129...que menciona la “*technische Brauchbarkeit*” (utilidad técnica) de la cosa...La teoría de la función según la perspectiva objetiva es acogida favorablemente por un sector doctrinal, aunque en ocasiones las formulaciones también podrían ser consideradas análogas a las del doble criterio clásico”. Suay menciona dentro de los seguidores de esta perspectiva a Haft y Wessels.

La perspectiva subjetiva de la función supone “que a la cosa compete la función que hubiera determinado su titular, junto también con la función “estándar” de su clase. Se argumenta que la titularidad otorga al propietario la posibilidad de asignar a sus objetos no sólo la función (objetiva) que a ellos se les reconoce, sino también lo que se denomina funciones subjetivas, las cuales se contraponen a dicha función general de carácter objetivo-económico (RUTHE 1980:104)...Esas aplicaciones de carácter extraeconómico que el titular asigna a sus cosas más allá de la objetiva u ordinaria aplicación de esa clase de cosas –pero en todo caso dentro de los límites del ordenamiento jurídico-, y que son significativas únicamente para él, son las denominadas *funciones subjetivas* (RUTHE, 1980:148)...Maiwald, en contra de la perspectiva objetiva, alega que si se consideran las posibilidades de uso de las cosas en manera “estandarizada” se restringen las facultades del titular respecto de sus cosas en manera no compatible con el ordenamiento jurídico; pues éste le otorga, más bien, la facultad de determinar el tipo de aplicación al que se ha de destinar la cosa; e incluso cuando el propietario utiliza la cosa en manera no razonable se le ha de reconocer la libertad de equivocarse. Por ello estima inaceptable las posiciones que, como la de Maurach, refieren los delitos de daños a la conservación del valor económico de las cosas”.

Maiwald, según explica Suay, es partidario de la teoría subjetiva de la función.

La perspectiva mixta es descrita de la siguiente forma por Suay; “Behm, en su obra *Sachbeschädigung und Verunstaltung*, propone un concepto de daños “individual-objetivo”, en el que se combinan elementos objetivos y subjetivos para la determinación de su función...Para dicho autor, la función o destino de la cosa protegida penalmente no sólo es aquella que el propietario pueda establecer discrecionalmente. Tampoco es únicamente la función que generalmente se asocia a una categoría concreta de objetos...La aplicación del objeto protegida penalmente es la función que le compete en concreto, independientemente de que ello represente una excepción a una norma general respecto de la clase de objetos a los que la cosa concreta pertenece; pero sólo

⁴⁷⁹ Ob. cit., p.70 y ss.

en tanto dicha función pueda ser objetivada. Esta objetivación, consiste en que la función particular pueda ser reconocida por todos (BEHM 1984; 178)”.

Uno de los seguidores de esta perspectiva mixta es Samson.

Respecto de la perspectiva subjetivo-económica dice Suay “No es fácil determinar si la posición de Maurach-Schroeder es objetiva o subjetiva. Según estos autores, constituye un daño material la modificación o la frustración de una función especial que el titular haya asignado al objeto material. Por otra parte, la esencia de los delitos de daños es el perjuicio de la *Brauchbarkeit* económica (MAURACH-SCHROEDER 1.977: 265 y ss.)...SCHROEDER, al mencionar la objetiva fórmula del Tribunal imperial “*dem Zwecke der Sache*” menciona junto a ella la de Maurach como subjetiva, en tanto que se orienta en la función asignada por el titular del objeto material (Schroeder 1.976: 338)...A la vista de todo ello resulta forzoso reconocer, que, según la posición de Maurach-Schroeder, lo protegido en el tipo de daños es algo más que la función económica, puesto que la transformación –todavía no el perjuicio- de una función económica es ya un daño...Quizás ese algo más que las posiciones puramente objetivas no conciben, y que las subjetivas extienden hasta cualquier aplicación de la cosa determinada libremente por el titular, tenga en Maurach-Schroeder una particular connotación: se admite la relevancia de la decisión personal del titular, respecto de la función de la cosa, en tanto esta función sea económica. Puesto que aún cuando definan el daño como modificación de la función asignada por el titular, hay que tener en cuenta que para Maurach-Schroeder, la esencia de los delitos de daños es el perjuicio de la *Brauchbarkeit* económica, y que lo protegido el párrafo 303 es la propiedad como función, pero como función económica (MAURACH-SCHROEDER 1977: 265 y ss)”.

De la Mata continúa su explicación con la exposición de Harro Otto en materia de delitos de apropiación, pero previamente hace alusión al concepto que Otto maneja en materia de bien jurídico, entendiéndolo por el “una determinada relación real entre una persona y unos valores concretos admitidos por la comunidad jurídica –unidades sociales funcionales-, en la que el sujeto se desarrolla personalmente con la aprobación del ordenamiento jurídico”⁴⁸⁰.

Otto, debe hacerse presente, maneja un concepto común de patrimonio y ello lo hace presente Zugaldía cuando señala; “La construcción elaborada por *Otto* subraya como bajo la denominación de “delitos contra los valores patrimoniales” se recoge generalmente aquel grupo de delitos que se dirigen contra el patrimonio de un sujeto jurídico. Existe una diferenciación convencional entre delitos contra el patrimonio en general y delitos contra objetos parciales del patrimonio. Depende si el hecho protege al patrimonio por completo o solamente partes limitadas del mismo (v.gr. la propiedad, la posesión). Base para esta diferenciación, en principio, parece ser un concepto patrimonial común”⁴⁸¹.

Zugaldía hace presente también que “La función del Derecho Penal –afirma *Otto*- es la de proteger, es decir, la de asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del

⁴⁸⁰ Gallego S., ob. cit., p.183-184.

⁴⁸¹ Ob. cit., p.56 y ss. Véase también Gallego S., ob. cit., p.183.

individuo. Este desarrollo de la personalidad supone también la posibilidad de tratar con objetos, porque en este trato el individuo se da cuenta de sus capacidades para formar su ambiente. Con la palabra “patrimonio” se expresa directamente esta realidad, es decir, el poder que se tiene al ser titular de ciertos derechos y lo que con ellos somos capaces de lograr. Patrimonio es en este sentido “garantía objetiva para el desarrollo subjetivo”, que está relacionado con el ámbito económico si los objetos a los que está dirigida esa posibilidad son objetos del ámbito económico”⁴⁸².

Teniendo presente esto él define el patrimonio como “unidad estructurada y ordenada en función de los fines del individuo, que garantiza su desarrollo en un determinado entorno y no puede descomponerse en sus partes individuales sin perder su identidad”⁴⁸³.

De la Mata trata a Otto dentro de aquellos autores que manejan un concepto material de propiedad, ya que si bien Otto trata los delitos de apropiación dentro de aquellos que él genéricamente denomina “delitos contra los valores patrimoniales” (*Vermögensdelikte*), él reconoce que esta clase de delitos protege una parte limitada del patrimonio como es la propiedad. Otto, obvia y consecuentemente, entiende la propiedad a la luz de la teoría personal del bien jurídico. Dice De la Mata; “En cuanto delitos patrimoniales, los delitos de apropiación también tienen que garantizar ese patrimonio, aun cuando tutelen sólo una relación patrimonial concreta del titular. Por ello, su objeto de protección también ha de cifrarse en esa potencialidad objetiva de la persona en el ámbito económico...y no en la mera condición jurídico-formal de propietario”⁴⁸⁴.

Otto, destaca De la Mata⁴⁸⁵, entiende el patrimonio como ya se ha visto como una “potencialidad económica de un sujeto que afecta al poder de dominio sobre objetos que la sociedad jurídica reconoce como objetos propios del tráfico económico, objetos que al margen del valor de enajenación o venta que puedan tener se adscriben a una persona determinada, pasando a formar parte de un conjunto patrimonial estructurado, lo que les dota de un valor específico en virtud de esa concreta ordenación patrimonial en la que se insertan”.

Gallego explica un poco más profundamente la idea anterior; “Se constituye de este modo una relación de dominio (*Herrschaftsbeziehung*) –entendida como relación de un sujeto (su titular) con un objeto, donde aquél domina el objeto configurando sus aplicaciones, en cuanto titular de ese potencial económico-, reconocida por el Ordenamiento jurídico, entre la persona y los bienes patrimoniales, que son reconocidos por la sociedad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico; lo que viene a significar que patrimonio es la potencialidad económica del sujeto de derecho, que depende del poder de dominio que considera la sociedad jurídica como dependiente del

⁴⁸² Ob. cit., p.57. Véase también Gallego S., ob. cit., p.184.

⁴⁸³ De la Mata, “Tutela...”, p.67. Véase también Gallego S., ob. cit., p.184.

⁴⁸⁴ “Tutela...”, p.79-80.

⁴⁸⁵ “Tutela...”, p.79.

tráfico económico, porque podrían ser objeto de una operación jurídica “a cambio de dinero”...*Rebus sic stantibus*, el objeto de protección penal no es tanto cada uno de los concretos y determinados –en su sentido más amplio-, como las propias relaciones de un sujeto con esos objetos: patrimonio es potencia económica...Ahondando en esta idea de la “*Herrschaftsbeziehung*”, hay que poner de manifiesto que para este autor, dicha relación de dominio requiere que el sujeto se mantenga una relación de dominio real, y no sólo potencial, con un determinado bien, no bastando con la posibilidad o probabilidad de una relación de dominio. De aquí sigue que las expectativas, las oportunidades de beneficios o adquisiciones, son elementos integrantes del patrimonio en la medida en que sean concretas e individuales. Ahora bien, no es preciso que las relaciones de dominio se concreten en derechos subjetivos, sino que “basta con la existencia de un poder de dominio fáctico sobre los bienes patrimoniales, en el modo en que la sociedad reconozca”.⁴⁸⁶

Vives crítica esta perspectiva personal del bien jurídico por sobrevalorar aspectos subjetivos en la construcción del daño. Gallego hace alusión a la forma en que concibe el daño Otto. Él dice; “Definido el concepto “patrimonio” en los términos expuestos,..., para Otto no sólo existe un perjuicio patrimonial ante la pérdida de un valor patrimonial, sino que en todo caso el perjuicio patrimonial supone siempre reducción del potencial económico del propietario. De este modo el perjuicio puede consistir también, junto con la pérdida material de bienes actuales, en la *frustración del fin económico*”⁴⁸⁷.

Sobre esta sobrevaloración subjetiva Vives sostiene que “Se ha sostenido por algunos autores (Bockelmann, Otto) un *concepción personal* del patrimonio, que bascula sobre su condición de instrumento de realización de la personalidad y, en consecuencia, sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir diversas conductas lesivas; pero, nuestro Código atiende, ante todo, al *dato objetivo del valor económico*”⁴⁸⁸.

Destaca De la Mata que autores como Rudolphi, Maiwald y Otto “se observa, sin embargo, una tendencia a desvincularse en cierta medida de un concepto de propiedad que atienda excesivamente a la voluntad individual como aspecto relevante de la protección de la propiedad, ya que desde esta perspectiva bastaría cualquier ataque a la relación de propiedad...para poder afirmar la existencia de un delito contra la propiedad, lo cual conduce de nuevo a la concepción formal que se pretende superar”⁴⁸⁹. La razón de esto se encuentra en las palabras de De la Mata quien señala; “Se trata de evitar con ello la crítica que se formula a la postura de OTTO, de que al sobrevalorar el aspecto subjetivo del daño patrimonial convierte los delitos contra el patrimonio en delitos contra la voluntad del titular, frente, a la cual, sin embargo, el propio OTTO,...ha respondido que en absoluto implica su concepción una valoración subjetiva y arbitraria de la existencia de un daño patrimonial, pues en último término el concepto de patrimonio se articula en base

⁴⁸⁶ Ob. cit., p.184-185.

⁴⁸⁷ Ob. cit., p.185.

⁴⁸⁸ Vives, “Derecho...”, 3ª ed., 1990, p.787. Véase también López Barja de Quiroga, ob. cit., p.92.

⁴⁸⁹ “Tutela...”, p.80.

a una observación de elementos objetivos, ya que es la sociedad quien ha de reconocer objetivamente la existencia de una relación con valor patrimonial aprobada por el ordenamiento jurídico, aunque observe el concreto establecimiento de fines que ha establecido el titular”⁴⁹⁰ .

El propio De la Mata se hace cargo de la crítica de Vives señalando “Aunque es evidente la atención que desde esta perspectiva se presta al individuo como factor sobre el que se centra la protección del patrimonio, el riesgo de atender a su “capricho” se frustra cuando se ofrece un criterio objetivo que permita, con independencia de las afirmaciones del sujeto pasivo, analizar la presencia de la lesión de la propiedad o el patrimonio en base al criterio de su idoneidad funcional para continuar prestando la utilidad deseada por su propietario. Probado que el sujeto activo se comporta respetando dicha funcionalidad, o al menos la que externamente muestra, su conducta deberá ser considerada atípica o, en todo caso, amparada en un error cuya vencibilidad habrá de valorarse atendiendo al tipo de ataque efectuado y al conocimiento que el agente tuviera sobre la utilidad que el sujeto activo pretendiera obtener de sus bienes”⁴⁹¹ .

Se ha afirmado por algunos autores que el asumir una postura personal del bien jurídico puede conducir a que delitos como los de apropiación se confundan con los delitos contra la libertad.

Por esta razón cabe destacar un párrafo en que De la Mata sostiene que “Garantizar un ámbito de actuación y potencialidad de desarrollo implícita que representa para un sujeto la posibilidad de utilizar los bienes que le pertenecen no significa, sin embargo, proteger la “mera voluntad” o libertad de decisión de la persona. Puesto que nos encontramos en el ámbito de los bienes, es decir, de la relación de un sujeto con objetos determinados cuya funcionalidad se reconoce en cuanto significado económico o en cuanto a su significado para satisfacer intereses del titular en conexión con su disfrute, es desde esta perspectiva de la función de tales objetos o cosas donde debe situarse el sentido de la protección penal. Allí donde la injerencia de un tercero suponga o pueda suponer una perturbación significativa de esas funciones, de esa potencialidad del titular en relación a los bienes que se encuentren en su ámbito de dominio y sean idóneos para satisfacer una necesidad individual, estaremos ante la realización del injusto de los delitos contra la propiedad. Menoscabos de menor intensidad, perturbaciones que “molesten” al propietario, pero que no afecten a esa potencialidad objetiva de las cosas de acuerdo a su función, no representan una lesión de la relación de propiedad en su significado sustancial, sino únicamente la perturbación de la libertad de decisión, y quedan al margen de los delitos patrimoniales. Es evidente que al proteger aquella potencialidad también se protege la libertad del individuo, pero precisamente en el ámbito patrimonial y únicamente cuando la propiedad se entienda como complemento de dicha libertad...Por ello, como de lo que se trata no es de tutelar la libertad (el destacado es nuestro) habrán de ser criterios objetivos –atendiendo a las circunstancias y fines particulares de cada sujeto- basados en la idoneidad del objeto para satisfacer la función

⁴⁹⁰ “Tutela...”, p.80, nota al pie N°199.

⁴⁹¹ “Tutela...”, p.88, nota al pie N°230.

que le es propia, los que confirmen o nieguen la presencia de la lesión típica. Función que no ha de asociarse a intereses de índole exclusivamente monetario...Al contrario, la tutela penal de la propiedad y el patrimonio asumen la relevancia social y normativa desde el significado que tiene esa relación o situación porque la disponibilidad de determinados objetos asegura a la persona un margen de desarrollo de su personalidad...El concepto funcional de propiedad no implica en absoluto aceptar que el titular pueda unilateralmente concretar cuáles son los intereses, sus intereses, necesitados de protección y, por tanto, cuál sea el bien jurídico protegido con los delitos de apropiación. Significa únicamente que es él quien ha de establecer en qué modo la propiedad sobre un objeto satisface necesidades expresión de su propia personalidad. Criterio sobre el que ha de fijarse –ya en base a datos objetivos- la presencia o no de una lesión contra su propiedad. Y sólo en aquel sentido podrá entenderse que, mediatamente, el Derecho Penal protege el mantenimiento de la facultad de decisión sobre el destino o utilidad de los bienes que se encuentran en el ámbito de dominio del sujeto”⁴⁹².

De la Mata⁴⁹³ explica el por qué en la doctrina alemana todavía es dominante la concepción formal de la propiedad. Señala este autor que el concepto funcional de propiedad se ha encontrado con la dificultad, no tanto la función de propiedad, sino que la función que se asocia a los objetos sobre los que recae la relación de propiedad. “Cuando se enfrentan a determinados supuestos de hecho para discutir su relevancia penal en el ámbito de los delitos de apropiación es común la tendencia a prescindir de los criterios formal o económico a la hora de confirmar la lesión de la propiedad. Acuden, por el contrario, a un concepto funcional de propiedad que les obliga a indagar los intereses que subyacen en dicha institución. Pero en la mayoría de los supuestos se limitan a aludir genéricamente a un ausencia de lesión a “intereses materiales del propietario” para excluir la relevancia penal de determinados supuestos, sin determinar específicamente en qué consisten tales intereses. Por ello, desde perspectivas formales se ha señalado que en definitiva sus propuestas sólo tienen virtualidad a la hora de corregir los excesos a que pueda conducir una interpretación en exceso formal de los delitos contra la propiedad (así Samson)”.

Finalmente cabe señalar que Norberto De la Mata es seguidor de esta postura, él estima que el ataque a la propiedad ajena constituye lesión cuando “impida a un sujeto de modo permanente dar al objeto atacado la finalidad por él pretendida, bien entendido que no son los fines subjetivos del titular los que se protege, sino la aplicación de los fines en cuanto a la potencialidad objetiva de los bienes de que se es titular y, en este sentido, mediatamente, la capacidad de cada sujeto para determinar autónomamente su comportamiento con dichos bienes...Por el contrario, un ataque inidóneo para afectar a la funcionalidad del objeto en relación con los fines previstos por su titular deberá considerarse irrelevante en relación a los delitos contra la propiedad...Este concepto funcional y dinámico de propiedad, respecto a las concepciones formal y económica, implica, de un lado, restringir el ámbito de los punible; de otro, ampliarlo. La restricción se produce en cuanto los ataques que afecten sólo formalmente a la situación de dominio

⁴⁹² “Tutela...”, p.87 y ss.

⁴⁹³ “Tutela...”, p.83.

del propietario no entrarán en el ámbito de los delitos de apropiación; la ampliación, en cuanto se sancionará la apropiación de cualquier bien que sea idóneo para satisfacer, en el ámbito patrimonial, los intereses del titular, y no sólo aquella que conlleve un menoscabo o perjuicio valorable contablemente”⁴⁹⁴.

Algunos otros seguidores de esta tesis son Moccia, Mantovani, Berard (para él la función a la propiedad se proyecta más allá de la concesión de un derecho subjetivo a un individuo, describiéndolo como instrumento que permite al individuo un amplio marco de actuación y desarrollo personal), Rheineck (concibe la función material de la propiedad como posibilidad de ampliación del espacio de actuación individual de un sujeto, cuya única limitación proviene de la existencia paralela de los espacios en que se desenvuelven otros individuos) y Roth (concibe la función de la propiedad como garantía del mantenimiento de los medios asignados al propietario para su autorrealización y niega que la protección del Derecho Penal deba limitarse a la de los intereses del propietario que puedan ser valorables en dinero).

6.2.-El patrimonio

Como vimos en el capítulo primero, el título llamado delitos contra la propiedad de nuestro Código penal abarca un conjunto de figuras delictivas en las cuales el bien jurídico propiedad es superado con creces. En este título queda de manifiesto que no es la propiedad el único bien jurídico protegido.

La jurisprudencia es unánime al estimar que el bien jurídico protegido por la apropiación indebida es la propiedad. De la misma forma lo sostiene la doctrina en general.

Al respecto Bajo / Pérez Manzano⁴⁹⁵ señalan que “Únánimemente la Doctrina cifra el objeto de protección en el derecho de propiedad de los bienes muebles”.

En nota al pie Bajo / Pérez⁴⁹⁶ citan a modo ejemplar una serie de autores dentro de la doctrina española que adhieren a la idea que es el derecho propiedad el objeto jurídico protegido; Sainz-Pardo, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, en la alemana a Eser y en la italiana a Manzini. Mencionan a Bustos dentro de estos autores, pero con la especificación de que él “afirma que el bien jurídico es el patrimonio y dentro de él la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga derecho a la restitución”.

En lo pertinente la idea completa de Bustos es que el bien jurídico protegido por la apropiación indebida es el patrimonio, si bien estima que lo relevante es “la propiedad sobre una cosa y en relación a ésta la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga derecho a su restitución y, como contrapartida, que implica en el

⁴⁹⁴ “Tutela...”, p.89.

⁴⁹⁵ Bajo / Pérez Manzano, ob. cit., p.415. De la misma forma Vives, ob. cit., edición 1990, p.953.

⁴⁹⁶ Bajo / Pérez Manzano, ob. cit., p.415 nota al pie N°36.

otro la obligación de restituir la cosa”⁴⁹⁷ .

López Barja de Quiroga también adhiere a esta tesis, cuando sostiene; “Por estas razones, la mayoría de la doctrina de la doctrina estima más correcto hablar de los delitos contra el patrimonio o de los delitos patrimoniales”⁴⁹⁸ .

Sin embargo, como bien sostiene Vives; “la admisión de la propiedad como objeto de protección no deja de plantear problemas en el ámbito de la apropiación indebida de dinero o de las demás cosas fungibles y no se compadece bien con las figuras de apropiación indebida surgidas de las disposiciones de (leyes especiales)...”⁴⁹⁹ .

El hecho que sea el bien jurídico propiedad el protegido por el delito de apropiación indebida no significa que todos entiendan de la misma forma dicho concepto.

Por un lado encontramos autores como Sainz-Pardo⁵⁰⁰ o Silva Castaño que estiman que el bien jurídico protegido es la propiedad strictu sensu (en el caso de Silva Castaño, ella lo entiende cuando el delito de apropiación indebida se refiere a bienes muebles no fungibles) y, por otro lado, hay autores que entiende el concepto propiedad de forma absolutamente extensiva.

Así, algunos autores como Rodríguez Devesa⁵⁰¹ han acuñado un concepto patrimonializado de lo que debe entenderse por propiedad.

Silva Castaño señala, refiriéndose al título “Delitos contra la propiedad”, que sobre esta materia llevaba el penúltimo Código penal español; “El origen de los problemas...se encuentra en el hecho de que el legislador en el Código Penal anterior quiso colocar bajo el mismo Título “Delitos contra la propiedad”, conductas delictivas claramente diferenciables entre ellas, cuyos bienes jurídicos se apartaban del que proclamaba el

⁴⁹⁷ Ob. cit., p.214. Véase también, Silva Castaño, ob. cit., p.51; Majón-Cabeza, ob. cit., p.218.

⁴⁹⁸ Ob. cit., p.87 y ss.

⁴⁹⁹ Vives, ob. cit., ed. 1990, p.953-954 ; Vives, ob. cit., ed.1999, p.468; Vives / González Cussac, ob. cit., p.1253 y ss. En el mismo sentido Bajo / Pérez Manzano, ob. cit., p.415; Pérez Manzano en Bajo Fernández, “Compendio..”, p.480; González Rus, ob. cit., p.699; Muñoz Conde, ob. cit., p.429-430; Luzón-Peña, ob. cit., p.86;

⁵⁰⁰ Ob. cit., p.64 y ss. Él señala; “Jurisprudencia y doctrina coincide en señalar como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, la Propiedad...Nosotros, con la opinión mayoritaria, pensamos que el bien jurídico protegido directa e inmediatamente es la propiedad. ¿Por qué?. Las múltiples relaciones jurídicas y de hecho que se establecen a través del tipo del 535, entre sujeto activo y el objeto podemos resumirlas en relaciones de goce...; de custodia...y de garantía...¿Cuales son los intereses ligados de manera indisoluble con la esencia del delito?. La tutela penal tiende a asegurar al derecho habiente la funcionalidad instrumental de la cosa; la utilidad para satisfacer sus propias necesidades. Y esta utilidad implica dos poderes fundamentales: la libre disposición de la cosa, y junto a él el libre goce de la misma. Bien disponibilidad, bien el goce. Ahora bien, el poder disponer y el poder de goce, constituye el núcleo del pleno señorío sobre una cosa, y éste es la propiedad. El ataque que se lleva a cabo en el 535 es la disposición y sólo de manera clara y rotunda afecta por tanto a las facultades que hemos englobado en el concepto de propiedad; y en concreto a disponibilidad, elemento que en las demás relaciones no está incluido. Por ello concluimos afirmando que el bien jurídico protegido es la propiedad, y el sujeto pasivo por lo tanto será el propietario, en quien reside y en cuyas manos se concentra el elemento citado, con exclusividad”.

citado Título XIII, ya que muchas de ellas no requerían el quebrantamiento de la propiedad en sentido estricto, sino el de la posesión, de la mera tenencia o el patrimonio en su conjunto, tal como ocurre con el delito de estafa...Un sector doctrinal intentó forzar el significado de la palabra “propiedad” para que, interpretada de una forma especial en el Derecho Penal, cubriera todos los bienes jurídicos de las distintas figuras delictivas del Título XIII, especialmente el del delito de estafa,...En este sentido, Rodríguez Devesa sostuvo que la propiedad debía entenderse como “el conjunto indeterminado de relaciones jurídico patrimoniales que generalmente tienen valor económico”. Algún autor matizó esta genérica definición apuntando que, en realidad, lo que Rodríguez Devesa pretendía era “referirse al patrimonio como bien jurídico protegido por el Título XIII”, Devesa se equivocó cuando lo denomina “propiedad”, pero acierta en el contenido general que se puede otorgar al Título, puesto que era prácticamente mayoritario en la doctrina, el entender que era el patrimonio el bien jurídico que protegía el Título XIII(Majón-Cabeza)”.

Continúa Silva Castaño; “Este planteamiento...permitiría afirmar que en realidad los delitos contra la propiedad pueden concebirse como delitos patrimoniales. Esto es lo que sostiene Huerta cuando afirma que, “todos los delitos patrimoniales presentan la doble faceta: de un lado impiden al sujeto pasivo un efectivo dominio sobre la cosa; de otro, la pérdida de ese dominio se traduce en una disminución, económicamente estimable, de su patrimonio”⁵⁰².

De la Mata, al tratar de la patrimonialización del concepto propiedad (en el penúltimo Código penal español), señala que; “La rúbrica del Título XIII “delitos contra la propiedad” no obsta para que la doctrina dominante entienda que en dicho Título lo que se protege es el patrimonio, concepto más amplio y genérico que el anterior. El principal argumento, repetidamente expuesto en la doctrina, que obliga a dicha conclusión se deriva de la sanción penal impuesta por los artículos 532.1, 556 y 562 a quien sustrae, incendia o daña, respectivamente, un bien de su propiedad, supuestos en lo que evidentemente no se lesiona la propiedad sino un derecho real diferente. Se apela, además, a la propia definición que en el Derecho Privado se da al concepto de propiedad y se recuerda la evolución que el Código Penal italiano de 1889 experimentó en esta materia. En base a tales argumentos, la doctrina mayoritaria crítica con acierto la posibilidad de considerar

⁵⁰¹ “Derecho...”, p.369 y ss. Este autor señala; “La palabra propiedad no puede tomarse en sus acepciones civilista ni filosófica, y es inexacto que la nota común a todos los delitos del título sea el constituir un ataque al patrimonio considerado como una unidad. La conclusión es que nos encontramos ante un problema jurídico-penal, es decir, que ha de resolverse con el único auxilio del propio Código. El cual permite usar el concepto de patrimonio únicamente como punto de referencia, en cuanto que todos los delitos contra la propiedad son delitos contra *elementos integrantes del patrimonio*”. También Serrano Gómez, ob. cit., p.416. En un sentido similar Queralt, ob. cit., p.233 y ss., quien habla de una “dilatación” del concepto propiedad; Cuello Calón, ob.cit., p.717 y ss., dice; “Así que la expresión “propiedad” debe de entenderse aquí en un amplio sentido, como comprensiva de los derechos que integran el patrimonio económico”; Puig Peña, ob.cit., p.100; “Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que nuestro Código habla de “delitos contra la propiedad”, y cabe aceptar semejante terminología con sólo entender que la palabra *propiedad* está aquí empleada en sentido amplio, comprensiva no sólo de la relación de propiedad en sentido estricto, sino la posesión (aún en su forma de simple tenencia) y derechos reales en general y aun de ciertos derechos provenientes de obligaciones”.

⁵⁰² Ob. cit., p.50.

como bien jurídico un concepto de propiedad extensivo que abarque los casos en que lo que se protege son otros derechos reales ajenos al propio derecho de propiedad, pues "(...) ampliar un concepto que, como el de propiedad, está perfectamente acuñado y definido legalmente, supone renunciar al concepto mismo, para inventarse uno distinto (Majón-Cabeza)"⁵⁰³.

De la Mata a la época de la vigencia del anterior Código penal español era partidario de agrupar los delitos del antiguo título XIII de ese código bajo la denominación de delitos contra el patrimonio, posición a la que adhiere como vimos en el capítulo I actualmente Gallego Soler⁵⁰⁴, Calderón / Choclán⁵⁰⁵ o Mestre Delgado⁵⁰⁶ (un hecho que no puede dejarse pasar al respecto es que hoy en día el Código penal español 1995 agrupa los antiguos delitos contra la propiedad bajo la rúbrica "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico").

Silva Castaño se refiere a la postura que adopta De la Mata de la siguiente forma; "En el sentido de entender los delitos de apropiación como delitos patrimoniales encontramos la opinión de DE LA MATA BARRANCO,... Aunque sosteniendo como novedad que el concepto de patrimonio debe ser el personal que aporta en la doctrina alemana de Otto, y que lo define como "unidad estructurada y ordenada en función de los fines del individuo, que garantiza su desarrollo en un determinado entorno y no puede descomponerse en sus partes individuales sin perder su identidad"..."⁵⁰⁷. Sin embargo, es necesario hacer un alcance respecto de esta afirmación para entenderla en su correcto sentido, ya que De la Mata agrupa los delitos del título XIII del CP español bajo el concepto de delitos contra el patrimonio, patrimonio que entiende desde un punto de vista funcional y, en consecuencia, tratándose del delito de apropiación indebida él señala categóricamente que el bien jurídico protegido es la propiedad, pero la propiedad funcionalmente hablando. Dice De la Mata; "Bajo esta perspectiva funcional,... se entiende que en el art. 535 CP se protege un único bien jurídico –la propiedad-,..."⁵⁰⁸.

La razones de De la Mata (que luego hará suyas Gallego Soler⁵⁰⁹) son, entre otras,

⁵⁰³ "Tutela..."

⁵⁰⁴ Ob. cit., p.46

⁵⁰⁵ Ob.cit., p.782 y ss.

⁵⁰⁶ Ob. cit., p.222 y ss. Dice: "El concepto de patrimonio supera, así, el concepto más limitado que, con la expresión "propiedad" se utilizaba a los mismos fines en el Código Penal ahora derogado. La propiedad, en efecto, es uno de los títulos jurídicos en virtud de los cuales una persona puede usar y disponer de un bien, pero no es el único. En el patrimonio de cada ciudadano pueden integrarse, además de bienes poseídos en propiedad, otros bienes y derechos que, en virtud de vínculos jurídicos de arrendamiento, comodato, derecho de uso, usufructo y otros semejantes, pueden ser legítimamente disfrutados por él".

⁵⁰⁷ Ob. cit., p.52, nota al pie N°76.

⁵⁰⁸ "Tutela...", p.102 y Silva Castaño, ob. cit., p.71.

⁵⁰⁹ Ob. cit., p.46 y ss.

que aún cuando se proteja genéricamente el patrimonio, cada uno de los delitos protegidos en él pueden limitarse a tutelar un aspecto determinado del mismo. Ahora bien; “Si se admite que el único concepto al que puede referirse la protección pretendida por los diferentes delitos recogidos en este título es el de patrimonio, aun cuando en cada caso sea una relación de las que componen este patrimonio la que directamente se proteja por el delito en cuestión, es de primordial importancia definir aquel concepto y dotarle de un significado que no sea incompatible con el que posteriormente se mantenga respecto al de cada relación patrimonial concreta. Será incongruente, en este sentido, por ejemplo, mantener un concepto de patrimonio que atienda exclusivamente a criterios de valoración económica y un concepto de propiedad eminentemente formal”. De la Mata acto continuo señala; “Las diferentes formulaciones del concepto patrimonio surgen en Alemania, sin embargo, en relación con el estudio del delito de estafa y, en todo caso, al margen de los tradicionalmente considerados delitos contra la propiedad”⁵¹⁰.

Bajo y Zugadía son partidarios que debe estudiarse el concepto patrimonio en aquellos delitos en que éste sea estrictamente el bien jurídico comprometido, ello por cuanto Bajo estima que es inútil estudiar un concepto genérico de patrimonio al no aportar en nada al debate y, por su parte, Zugaldía llega semejante opinión por cuanto el es partidario de la división de los delitos en delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio⁵¹¹.

Silva Castaño, por su parte, hace presente que la consideración del patrimonio como un bien jurídico (sea inmediata o mediatamente) protegido por la apropiación indebida supone un estudio del concepto de patrimonio al cual adherir (que en el caso de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en España es el mixto o jurídico-económico) y desde este concepto analizar si en un caso concreto existe o no apropiación indebida (por ejemplo analizando si la cosa posee o no valor económico, o si es o no reconocida por el ordenamiento jurídico el objeto material del delito como objeto de propiedad del sujeto pasivo).

Ella señala que; “Si se plantea como admisible que el patrimonio en última instancia es el que resulta afectado cuando nos encontramos ante una conducta de apropiación, para constatar la vulneración del bien jurídico, se deberá comprobar, desde una concepción mixta o jurídico-económica del patrimonio, si se ha producido un perjuicio en “el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a una persona y valorables en dinero”...Este punto de vista tiene como consecuencia que al igual que en los comportamientos delictivos caracterizados por el perjuicio patrimonial, en el delito de apropiación indebida, y más genéricamente en todos los delitos de apropiación, se debería exigir, por una parte, que el objeto de la acción sea un bien dotado de valor económico, con lo que deben ser descartados aquellos que sólo tengan “un valor afectivo o sentimental”, y por otra, la producción de un perjuicio patrimonial entendido como la “dismutación, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona, obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la

⁵¹⁰ “Tutela...”, p.59 y 296.

⁵¹¹ Esto lo destaca De la Mata en “Tutela...”, p.59 nota al pie N°103.

obtención de un lucro injusto”. Así mismo en el tipo subjetivo será necesario, que el ánimo de lucro, que aparece en la mayoría de las figuras del Título, se traduzca en un ánimo de enriquecimiento...”⁵¹² .

De La Mata hace presente lo que sucede en Alemania; “Es tradicional la diferenciación que en esta país establece la doctrina entre los delitos contra la propiedad –que también denomina delitos patrimoniales en sentido amplio- y delitos patrimoniales en sentido estricto, englobando ambos en lo que denomina “delitos contra los valores patrimoniales”. En este primer grupo de delitos comprende aquellas acciones que impliquen la apropiación u ocupación de una cosa, que son punibles aunque no se cause perjuicio económico alguno, mientras que los delitos patrimoniales en sentido estricto requieren la causación de dicho perjuicio económico (para ver esto el autor nos remite a Schroeder). De tal modo que aquéllas pueden recaer sobre cosas desprovistas de valor económico mientras que ello no es posible en éstos (por todos Wessels). Esta distinción es tajante entre los autores alemanes, para quienes la diferencia entre ambos grupos de delitos no descansa en la modalidad de la acción, sino ya en el bien jurídico que en ellos se protege (véase a Eser)”⁵¹³ .

Como se ve en la doctrina alemana, los delitos patrimoniales en sentido estricto requieren la producción de un perjuicio patrimonial, perjuicio que es entendido mayoritariamente en un sentido jurídico-económico (pero que también ha sido entendido desde un punto de vista jurídico, económico y personal), a diferencia de los delitos patrimoniales en sentido amplio –delitos de apropiación- que no requieren la producción de un perjuicio patrimonial, si no que la lesión que la lesión que requieren “se producirá con la mera afección o menoscabo del derecho de propiedad sobre una cosa, prescindiendo de consideraciones económicas”⁵¹⁴ . Por lo anterior el ámbito de protección de los delitos patrimoniales en sentido amplio (delitos de apropiación) incluye objetos carentes de valor económico o de valor afectivo.

Esta distinción entre delitos patrimoniales en sentido amplio y delitos patrimoniales en sentido estricto la cual es utilizada en el derecho germánico es rechazada por la doctrina mayoritaria en el derecho español. “Este rechazo se refleja perfectamente en la opinión que expresa HUERTA, al describir la doble faceta que presentan todos los delitos patrimoniales: por una parte, impiden al sujeto un efectivo dominio sobre la cosa y, por otra, ello se traduce en una disminución, económicamente estimable de su patrimonio. A su juicio, ambos elementos son inseparables en el Código Penal español, pues de lo contrario no se comprendería la exigencia de que también en los delitos de apropiación concorra ánimo de lucro, elemento subjetivo no exigido en el *StGB* –recuerda HUERTA-, que únicamente requiere en estos delitos un ánimo de apropiación. Por ello, HUERTA entiende que aunque esté justificada aquella diferenciación en el Derecho Penal alemán, no lo está en el español, pues al caracterizarse el ánimo de lucro como intención de

⁵¹² Ob. cit., p.52.

⁵¹³ “Tutela...”, p.60 y ss.

⁵¹⁴ De la Mata, “Tutela...”, p.60.

obtener una ventaja patrimonial a través de la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, queda claro que la cosa tiene que estar dotada, también en los delitos de apoderamiento, de valor económico”⁵¹⁵.

Como destaca De la Mata⁵¹⁶, y como ya sostuvieramos en el primer capítulo, rechazando esta postura y abrogando por la clasificación de estos delitos en delitos contra el patrimonio y delitos contra la propiedad se ha manifestado Zugaldía. Este autor, como ya hemos visto, sostiene que es un error patrimonializar el sentido de los delitos de apropiación por cuanto deja fuera del ámbito de protección penal a los objetos carentes de valor económico y permite estimar que no existe delito en el caso de que un sujeto se apropie de un objeto dejando el equivalente de su valor económico en dinero. Todo esto ocurre a consecuencia de aplicar a estos delitos de apropiación una categoría que no le es propia cual es el patrimonio, concepto que como deja bien en claro Zugaldía⁵¹⁷ fue creado a instancias del delito de estafa.

Huerta⁵¹⁸, como bien destaca De la Mata⁵¹⁹, rechaza la distinción efectuada por la doctrina alemana; en primer lugar, por cuanto si se estima que el ámbito de protección de los delitos de apropiación incluye objetos muebles carentes de valor económico, la exigencia de ánimo de lucro (para ella ánimo de enriquecimiento) sería superflua, sobre todo en el hurto. En segundo lugar, por cuanto ella toma en consideración que la pena en el sistema penal español se establece en atención al valor monetario de la cosa apropiada. Estas críticas son rechazadas por Zugaldía⁵²⁰ por cuanto él entiende el ánimo de lucro como ánimo de apropiación; porque él hace presente que la graduación de las sanciones de los delitos contra la propiedad que se hace tomando en consideración a la cuantías “hoy por hoy” se encuentra en desaparición y, finalmente, porque en la diferenciación que se establece entre delitos y faltas de hurto se hace mención a que el valor de la cosa “no exceda” de un determinado monto, lo que él entiende que significa que un hecho será constitutivo de falta de hurto si el monto de la cosa corre desde los cero pesetas (este sería el caso de las cosas con valor de afección) hasta las 30 mil pesetas.

De la Mata⁵²¹ no comparte con Zugaldía la tajante división entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, ya que De la Mata (y también Gallego Soler quien hace eco de esta idea) estima que esta distinción se difumina a través de un

⁵¹⁵ De la Mata, “Tutela...”, p.60 y ss.

⁵¹⁶ “Tutela...”, p.61 y ss.

⁵¹⁷ Ob. cit., p.25 y ss.

⁵¹⁸ Ob. cit., p.37.

⁵¹⁹ “Tutela...”, p.62, nota al pie de pág. N°117.

⁵²⁰ Ob. cit., p.27, 42

⁵²¹ “Tutela...”, p.63 y ss.

concepto funcional de propiedad y patrimonio (al mantener este tipo de concepto, como sostiene Gallego Soler⁵²², el ánimo de lucro recupera un lugar en la construcción en los delitos de apropiación –más allá de ser un ánimo de enriquecimiento-, el ámbito de protección de estos delitos permite incluir objetos carentes de valor económico y se termina la incogruencia que él estima –idea que tomó de Fiandaca / Musco- existiría en esta división cual es que los delitos contra la propiedad presentan una orientación formal y los delitos contra el patrimonio presentan una orientación material).

De la Mata⁵²³ sostiene que de adoptarse este concepto funcional de propiedad y patrimonio, la diferencia de los delitos amparados en este título vendrá de la mano de la modalidad comisiva y de la concreta relación patrimonial. En consecuencia, él distingue 2 tipos de lesiones patrimoniales; una es aquella que se refiere a la lesión del patrimonio en un sentido global y la otra a una lesión del patrimonio en un aspecto concreto del patrimonio.

6.2.1.-Conceptos de patrimonio

Entender que el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es el patrimonio o un concepto patrimonializado de propiedad, significa que se debe mantener un concepto único de patrimonio como bien jurídico, tanto en la estafa como en la apropiación indebida, para así mantener una necesaria coherencia en la construcción del sistema penal.

“En Derecho penal no existe *un* concepto de patrimonio...sino que existen “las teorías” y “los” conceptos de patrimonio. Tampoco se puede perder de vista que la decisión que se tome sobre el concepto penal de patrimonio difícilmente podrá venir determinada por ley. Es una cuestión que no se puede definir apriorísticamente de un modo lógico, sino que hay que tener en cuenta necesariamente consideraciones de política-criminal a partir de todo el sistema de delitos, en este caso, contra los intereses patrimoniales”⁵²⁴.

Cuatro son los conceptos de patrimonio que se manejan en la doctrina; el jurídico, el económico, el mixto o jurídico-económico y el personal.

Dice Gallego Soler; “A grandes líneas, las posturas que históricamente se han enfrentado desde posicionamientos en parte antagónicos son, por un lado la teoría jurídica del patrimonio, y por otro la teoría económica. A partir de estas vertientes extremas han surgido otras de cuño ecléctico (jurídico-económicas) y, junto a ellas, otras de corte funcional en mayor o menor medida que parten de premisas algo diferenciadas (conceptos personal, funcional y dinámico)”⁵²⁵.

⁵²² Ob. cit., p.37 y ss., p.45, p.48-49.

⁵²³ “Tutela...”, p.64. Véase también Gallego S., ob. cit., p.208 y ss.

⁵²⁴ Gallego Soler, ob. cit., p.106.

⁵²⁵ Ob. cit., p.107.

6.2.1.1.- Concepto jurídico del patrimonio

“En la época moderna la primera teoría que se ofrece del concepto patrimonio,...es la concepción jurídica del patrimonio, defendida inicialmente en la doctrina alemana a fines del siglo XIX e inicios del XX por BINDING y MERKEL. Tras estos autores, en Alemania esta teoría ha tenido una acogida muy limitada, concretándose fundamentalmente sólo en las obras de GERLAND y NAUCKE...La jurisprudencia alemana acogió estas tesis fundamentalmente hasta 1910, aunque existen algunas divergencias doctrinales acerca de la hegemonía de estas tesis. Así, mientras que MAURACH y JAKOBS destacan que la teoría jurídica será dominante en la práctica hasta la sentencia de 20 de abril de 1887 del Tribunal de Impero alemán (en adelante *Reichsgericht, RG*) RG 16, 1, por su parte ha expuesto RIEMANN que no será hasta la resolución plenaria de 14 de diciembre de 1910 del Reichsgericht RGSt 44, 230 cuando se aparte dicho tribunal de la teoría jurídica del patrimonio, acogiéndose la económica. Disintiendo de lo anterior, expone BRUNS que el concepto de patrimonio dominante en la doctrina en 1933 es el jurídico. Al margen de concretos extremos discutibles, lo que parece claro es que a inicios de siglo o, todo lo más, en el primer cuarto del s.XX el concepto jurídico perdió en Alemania su implantación jurisprudencial y doctrinal...Pero esta concepción jurídica gestada en Alemania se expandiría prontamente a Italia, llegando a tener en este país, sobre los años 30, una gran repercusión, hasta el punto de ser adoptada en los trabajos preparatorios del *Codice Rocco* por el legislador italiano. En el ámbito doctrinal la principal acogida de estas tesis se muestra fundamentalmente en la obra de ANTOLISEI,...”⁵²⁶ .

Romero explica en que consiste esta teoría. Ella dice; “Conforme a esta concepción, el patrimonio “es el conjunto de relaciones jurídicas, sean activas (derechos) o pasivas (obligaciones) que, en el momento de que se trate, forman parte de esta esfera”. Según esta definición, el patrimonio estaría integrado únicamente por aquellos valores reconocidos por el Derecho como *derechos patrimoniales subjetivos*; por tanto, no forman parte del patrimonio las meras expectativas o “las simples situaciones de hecho como la esperanza de heredar a un familiar vivo, la capacidad de trabajo de una persona, el enclavamiento de un lugar ventajoso de una finca, etcétera”⁵²⁷ .

Según cita Romero, Binding entendía que “el patrimonio de un sujeto de derecho se constituye por la suma de todos sus derechos y deberes patrimoniales”⁵²⁸ .

El concepto de patrimonio de Binding es consecuencia de la concepción accesoria que él tenía del Derecho penal. Dice Gallego a este respecto; “La accesoriadad del Derecho penal se concreta en este modo en la total dependencia que tanto la propia existencia de los derechos como su contenido presentan con respecto al Derecho civil...En este mismo orden de cosas, hay que precisar que cuando este autor alude al patrimonio como “suma de derechos y obligaciones” se está refiriendo a una comprensión

⁵²⁶ Gallego Soler, ob. cit., p.108 y ss.

⁵²⁷ Romero, ob. cit., p.266.

⁵²⁸ Ob. cit., p.267.

inventariable del patrimonio: patrimonio como inventario de todos sus elementos integrantes, de tal modo que..., equiparará lesión patrimonial con lesión de los elementos que integran el patrimonio...BINDING se mostró contrario a la comprensión de que los derechos patrimoniales debían poseer valor económico para que pudiese hablarse de una lesión patrimonial en sentido penal. Si el patrimonio se integra con todos los derechos patrimoniales, y la propiedad es uno de ellos, también forman parte del patrimonio la propiedad sobre derechos que carezcan de valor económico de cambio, como puede ser el caso de la propiedad sobre bienes que meramente posean un valor de afección, un valor sentimental: la propiedad en sí misma ya es un derecho patrimonial, independientemente de que el concreto objeto que se posea ostente un valor económico”

529 .

Ahora bien, dice López Barja de Quiroga, “mantener un concepto jurídico de patrimonio conduce, por un lado, a un concepto excesivamente restringido, ya que, como señala HUERTA TOCILDO, “olvida que en el tráfico jurídico intervienen bienes de gran valor económico que pueden no estar jurídicamente concretados y cuya protección supondría una laguna inadmisibles”. En este mismo sentido, BAJO pone de relieve que esta concepción excluiría del patrimonio las expectativas de derecho, “como, por ejemplo, la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil”...Pero esta concepción jurídica lleva también, por otro lado, a un concepto excesivamente amplio de patrimonio, al no tener en cuenta, como dato imprescindible para que un bien pueda componer el patrimonio, que dicho bien ha de tener valor económico, dado que, de no ser así, se deja en manos del sujeto pasivo la decisión sobre si existe o no perjuicio “e incurriéndose, de esta manera, en una indeseable subjetivación del concepto patrimonio”. En ese mismo sentido, BAJO”⁵³⁰ .

Gallego S.⁵³¹ destaca otras de las grandes críticas que se dirigen hacia esta teoría son que; primero, en ella otra de las manifestaciones de su limitación es que impide esta teoría aceptar la compensación: pese a existir un equivalente económico a la prestación realizada, sigue existiendo un perjuicio patrimonial. En segundo lugar, “Se ha destacado también que la existencia de un perjuicio patrimonial depende, en gran medida, de la voluntad del titular, puesto que el perjuicio desaparece si el sujeto pasivo acepta la contraprestación ofrecida, distinta a la pactada”. En tercer lugar; “También se ha destacado que esta forma de entender el bien jurídico-penal hace que no sea posible graduar la gravedad del delito en función del valor económico de la cosa lesionada, porque todos los derechos que integran el patrimonio tienen, en cuanto tales, el mismo rango”. En cuarto lugar; “Se ha criticado también la dificultad que existe en comprender lo que haya que entender por “derechos subjetivos patrimoniales”, por lo que nos encontramos ante poco menos que una petición de principio difícil de resolver, ya que el patrimonio se define para estas teorías como conjunto de derechos subjetivos patrimoniales y, al decir de la doctrina, es difícil determinar qué se entiende por tales

⁵²⁹ Ob. cit., p.113 y ss.

⁵³⁰ Ob. cit., p.88-89. Véase en este sentido Gallego S., ob. cit., p.118; Romero, ob. cit., p.268 y ss.

⁵³¹ Ob. cit., p.118 y ss.

derechos”. En quinto lugar; “Otra crítica metodológica..., es la de que esta comprensión del patrimonio es propia de un Derecho penal todo punto dependiente del Derecho Civil, incapaz de crear *sus* propios conceptos: acepta y delega en el Derecho civil la cuestión de la ubicación de las posiciones idóneas para integrar el patrimonio. También se ha pretendido que era posible operar con un concepto jurídico de patrimonio siempre que existiese un *único* concepto civil, de tal modo que si la dogmática privatística no ha logrado ofrecer a día de hoy una definición unívoca del mismo, parece que el Derecho penal no puede adoptar dicho concepto”.

6.2.1.2.- Concepto económico del patrimonio

“Estas teorías se empezaron a esbozar expresamente por la jurisprudencia alemana con la RGSt 44, 230 (14 de diciembre 1910), que vienen a significar una crítica frontal y expresa contra los postulados de BINDING. Esta resolución trataba de encontrar respuesta a la siguiente pregunta: ¿existe perjuicio patrimonial en los supuestos en que el comprador paga un precio para adquirir un abortivo (idóneo) cuando el producto que ha obtenido ha cambiado no es idóneo como tal abortivo?. Esta cuestión difícilmente se entiende si no se precisa que, al tiempo de los hechos, todos los medios abortivos estaban prohibidos. Dicha resolución sería posteriormente ratificada por la BGHSt 2, 364 (de 25 de noviembre 1951), hasta llegar a ser en Alemania la postura mayoritaria durante mucho tiempo, fundamentalmente en la jurisprudencia. También ha encontrado acomodo estas tesis económicas en la jurisprudencia italiana hasta fechas recientes”⁵³².

Dice López Barja de Quiroga; “Esta concepción considera que el patrimonio es el conjunto de bienes con valor económico de los que es titular una persona. Atiende, como indica VIVES, “al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones”. El patrimonio se integra para esta concepción, por bienes económicamente valorables, no por derechos”.⁵³³

Romero por su parte señala que este concepto de patrimonio “está formado por la suma de valores económicos, expresada en dinero, que pertenecen a una persona. Esto significa que el patrimonio estaría limitado a aquellos bienes que poseen un valor económico, estén o no concretados en derechos subjetivos”⁵³⁴. Acto seguido esta autora concreta el concepto de perjuicio patrimonial como una “disminución valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto”.

“En Alemania, la doctrina y en parte también la jurisprudencia se han separado de la concepción de patrimonio del Derecho civil, adoptando el llamado concepto económico de patrimonio en forma dominante. En esta concepción, se han dado múltiples definiciones de patrimonio, aunque sólo con diferencias de matices terminológicos, a saber: “la suma de bienes con valor monetario que queda luego de deducir las obligaciones” (Bundesgerichtshof); también, “la totalidad de los bienes sometidos al poder

⁵³² Gallego S., ob. cit., p.128 y ss.

⁵³³ Ob. cit., p.89.

⁵³⁴ Ob. cit., p.270.

de disposición de una persona” (Maurach-Schröder). Igualmente se ha dicho que el patrimonio “es el conjunto de bienes económicos de una persona” (Schönke-Schröder), o “conjunto de bienes que están bajo el poder económico de una persona” (Mezger), o asimismo, “conjunto de los valores económicos de una persona” (Cramer)”⁵³⁵.

Gallego S. dice; “Según esta concepción, se integran en el concepto patrimonio tan sólo las relaciones de carácter económico, y ello con independencia de que vengan o no reconocidas por el Ordenamiento jurídico, o de que se concreten en derechos subjetivos, para de este modo dispensar protección jurídico-penal a las situaciones que no se concretan en derechos subjetivos pero que poseen una indudable trascendencia económica. Así, todos los bienes de una persona evaluables económicamente en el tráfico mercantil, como puedan ser las expectativas, las posiciones económicas antijurídicas –incluidas las referidas a bienes que se encuentran fuera del comercio o de tráfico ilícito- los derechos nulos que provienen de negocios prohibidos o contra las buenas costumbres..., o la fuerza del trabajo, quedan comprendidos en el patrimonio de una persona; e incluso aunque provengan de una acción delictiva. Concretamente, se dice en la emblemática resolución RGSt 44, 230: “(233)...El concepto de patrimonio es, ante todo, un concepto de vida económica. Patrimonio es poder económico, es todo aquello que posee valor para las relaciones económicas de una persona; por consiguiente es una *suma de valores (ein Inbegriff von Werten)*, (...) o la suma de los bienes con valor dinerario de una persona”⁵³⁶.

“En la actualidad KREY ha apuntado dos tipos de argumentos a favor de un concepto netamente económico de patrimonio: 1) El principio de la unidad del Ordenamiento penal. Es obvio que los preceptos del Código penal alemán que regulan los tipos que en cierta medida se corresponderían con nuestro hurto y robo –parágrafos 242, 249 StGB- protegen al ladrón, de tal modo que quien le quita a un ladrón lo robado comete a su vez robo o hurto. Es decir que el propio StGB también protege bienes que provienen de un acto con relevancia penal...2) Consideraciones de política-criminal determinan que la vigencia del ordenamiento penal –incluyendo los 263, 253, 255 StGB-, sirve a la paz jurídica protegiendo también los elementos que componen el patrimonio obtenidos de forma contraria a la ley o a las buenas costumbres. De otro modo habría que dejar este ámbito a la justicia privada: a la realización de la justicia por la propia mano”⁵³⁷.

Gallego S. indica las concreciones del concepto económico de patrimonio. Él dice; “Si se analiza el concepto económico de patrimonio que ofrecen autores como JAGUSCH, PREISENDANZ, DREHER / TRÖNDLE, o KREY, existe un cierto acuerdo en aceptar que son elementos integrantes del patrimonio los siguientes:...(1) Todos los derechos subjetivos patrimoniales (propiedad, posesión, derechos de crédito...) con valor económico, sin considerar su fundamento legal...(2) La mera inscripción en libros comerciales...(3) Las pretensiones no exigibles –obligaciones naturales-. En la medida en

⁵³⁵ Romero, ob. cit., p.271.

⁵³⁶ Ob. cit., 130.

⁵³⁷ Gallego S., ob.cit., p.132 y ss.

que no tengan un valor económico, a pesar de su inexigibilidad jurídica, pueden ser elementos integrantes del patrimonio. Lo mismo es válido para las pretensiones nulas...(4)Los bienes jurídicos materiales susceptibles de tráfico; esto es, todos los bienes o estados con un valor patrimonial, o con relaciones de derecho patrimonial, que no sean jurídicamente reprobados...(5)Las situaciones jurídicas económicas que son transmisibles como la posesión o situaciones de apariencia jurídica (tales como inscripción ineficaz en el Registro de propiedad)...(6)Los “bienes jurídicos ideales” pertenecen al patrimonio sólo cuando se relacionan con una empresa industrial. No acaba de quedar del todo claro a qué alude este autor cuando se refieren a los “*ideelle Rechtsgüter*”, pero en todo caso parece que se trata de algo diferente de los valores inmateriales, porque en otro lugar expone claramente que la teoría económica incluye sólo valores objetivos, pero no inmateriales...(7)Respecto a las expectativas, acepta JAGUSCH que forma parte del patrimonio y expone los diferentes momentos por los que pasó al respecto la jurisprudencia del RG: si bien en un primer momento sólo se contabilizó en el patrimonio una posibilidad de ganancia cuando había seguridad del beneficio, más tarde bastaba la mera probabilidad del mismo, por lo que de este modo se reconocieron las meras expectativas como valor patrimonial cuando pudiese esperarse con probabilidad la ganancia. Las vagas esperanzas y posibilidades, las expectativas generales e indeterminadas, no son parte integrante del patrimonio. Las vagas esperanzas y posibilidades, las expectativas generales e indeterminadas, no son parte integrante del patrimonio...(8)En lo referente la clientela, se considera que las relaciones comerciales corrientes que con probabilidad conducen a la conclusión de otros negocios no son más que un tipo especial de expectativa...(9)Respecto a la protección penal de situaciones jurídicas...(10)Considera JAGUSCH, en la línea de la jurisprudencia de la época, que la fuerza de trabajo, la capacidad para el trabajo y la posibilidad de su utilización económica es un elemento integrante del patrimonio, pero no en cuanto propiedad de la personalidad, sino como el medio más importante de adquisición patrimonial”⁵³⁸.

Gallego S.⁵³⁹ indica dos puntos relevantes de esta teoría: En primer lugar, que “basta con la tenencia del poder de disposición (económica) sobre los bienes (económicos), por lo que una de las principales ventajas que se destaca de estas tesis, es que las expectativas forman parte del patrimonio, así como la fuerza de trabajo en la medida en que en el caso concreto tenga un valor económico, o incluso pretensiones nulas con tal de que el obligado sea capaz y esté dispuesto a satisfacerlas”. En segundo lugar, “Los bienes o derechos obtenidos de forma contraria a las buenas costumbres o a las leyes (...), incluso a las leyes penales (...) en la medida en que se tengan un valor económico integran el patrimonio en sentido penal...”.

Romero señala “Quizá se han visto como “razonables” estas posiciones mixtas a causa de que también la teoría económica del concepto de patrimonio ha sido objeto de severas críticas, siendo tal vez la más relevante la de su excesiva amplitud...Las consecuencias más señaladas de esta amplitud del concepto económico de patrimonio, es que el Derecho penal proteja también como sujeto pasivo de un delito patrimonial al

⁵³⁸ Ob. cit., p.133 y ss.

⁵³⁹ Ob. cit., p.137 y ss.

que posee la cosa ilícitamente. Según esta teoría “se imputan sin limitación al patrimonio algunas partes poseídas antijurídicamente”...Otra de las observaciones que se han formulado a la teoría económica del concepto de patrimonio, ha sido el que se tome como fundamento un concepto tan poco preciso como es el “valor económico”, lo que origina inseguridad con respecto a la ley penal. Efectivamente, ¿qué se debe entender por “valor económico”? La dificultad para encarar un criterio aceptable para medir el valor económico de una cosa es enorme. Y tanto es así que cabría considerar cosas que, aun con simple valor afectivo o personal para su dueño, tienen sin embargo un valor económico en el mercado, aunque sea de una peseta. Ello ya nos demuestra la relatividad del concepto “valor económico”.⁵⁴⁰

Jakobs, citado por Gallego, se refiere a la relatividad del concepto “valor económico” cuando cuestiona la objetividad del valor de una cosa; “¿cuál es el valor objetivo de una cosa?, ¿cuándo es totalmente válido un valor calculado siempre objetivamente, especialmente para el concreto engañado?”. Luego agrega Gallego; “Estos parámetros aparentemente objetivos –valor del tráfico o del precio del mercado- no están tampoco exentos de dificultades en su configuración, porque en la propia valoración del perjuicio patrimonial en los negocios de cambio, por poner un ejemplo, hay que tener en cuenta que apenas nunca existe una idéntica valoración (objetivo-económica) entre las distintas prestaciones...Por otra parte, esta teoría del valor económico objetivo también presenta insuficiencias, puesto que, por seguir ejemplificando, pueden existir diversos precios para la misma mercancía en función a que se venda al por mayor o al por menor, que se trate de una venta nacional o exterior,...¿cómo se tienen en cuenta todas estas variables?”⁵⁴¹.

Gallego S. también trata las críticas a las que hace mención Romero, pero agrega otra crítica que se formula a esta teoría; “Una primera crítica que se puede ofrecer frente a estas tesis es la de que, frente a la aparente claridad que suponen sus presupuestos, poseen una muy limitada virtualidad explicativa: si tomamos las ya citadas lacónicas consideraciones económicas que se contienen en la RG 44, 230 (233) según las cuales, el patrimonio es “la suma de los bienes con valor dinerario de una persona” (...), no le falta razón a MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD cuando exponen que esta definición es claramente circular, porque cuando se alude a los “bienes de una persona”, precisamente este concepto es el que debe ser especificado mediante definición...De este modo resulta que, en contra de lo que suele reflejarse en las exposiciones generales sobre esta teoría, si bien el concepto de patrimonio se determina según concepciones económico-materiales, se asume un concepto jurídico para establecer y conectar la pertenencia patrimonial...”.

6.2.1.3.- Concepto jurídico económico, mixto o intermedia

Asua Batarrita señala; “Como es sabido, la concepción jurídica-económica pretende superar las insuficiencias de las dos teorías anteriores en cuanto a la delimitación del contenido del patrimonio a efectos jurídico-penales. En la actualidad constituye el

⁵⁴⁰ Ob. cit., 272.

⁵⁴¹ Ob. cit., p.146.

concepto ampliamente mayoritario en nuestro país, al igual que en Alemania. Dentro de las variantes que pueden distinguirse dentro de esta orientación (...), el común denominador reside en su matriz económica como punto de partida, en cuanto que sólo los objetos, posiciones o situaciones evaluables económicamente son considerados elementos patrimoniales. A la vez, su característica distintiva respecto del concepto económico puro reside en la introducción de la restricción normativa dirigida a superar las contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas posiciones desaprobadas jurídicamente aun cuando impliquen para el titular la posibilidad fáctica de una realización económica”⁵⁴².

Por su parte Gallego S.⁵⁴³ sostiene que; “Si las tesis económicas y jurídicas son circulares y se muestran con evidentes limitaciones para definir por sí mismas el patrimonio como objeto de protección penal, no es extraño que de ellas surja una teoría ecléctica. Así pues, entre las tesis jurídicas y las económicas surgen las denominadas amorfamente teorías mixtas “jurídico-económicas”, siendo la postura mayoritaria actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestro país (España), así como en el ámbito germánico, italiano y helvético. Si en las teorías jurídicas y económica anteriormente expuestas existía unidad en cuanto a las consecuencias concretas que se desprendían de sus premisas, en la concepción “jurídico-económica” sólo existe unidad en cuanto al punto de partida...Fácilmente se puede observar cómo el punto de partida de este concepto de patrimonio coincide con el concepto económico, en el sentido de que sólo se consideran elementos patrimoniales las posiciones, objetos o situaciones evaluables económicamente...”.

En este último sentido, me refiero a la unidad del punto de partida, se refiere Romero; “En principio, esta concepción coincide en su punto de partida con el concepto económico de patrimonio, pero limita su ámbito al patrimonio protegido jurídicamente”⁵⁴⁴.

Continúa Gallego S.⁵⁴⁵ con la historia de este concepto; “Una de las primeras formulaciones de este concepto fue elaborada por BIRKMEYER. En 1879 este autor intentó desarrollar un concepto de patrimonio a partir de las fuentes del Derecho romano. En el centro de su investigación se encontraba el concepto de “*bona*”, llegando a concluir que: “los *bona* como *universitas juris* son la unidad de los derechos (con valor de cambio) que alguien posee”. También sostuvo este autor que “...en Derecho penal el patrimonio no tiene un significado meramente económico; los valores de los que se compone deben ser adoptados por el Derecho (...). El patrimonio es el conjunto de los derechos que representan valores económicos”. Así definió BIRKMEYER el concepto de “patrimonio en sentido jurídico-económico” que configura los fundamentos teóricos de la teoría objetiva”.

Destaca Romero (citando a Otto, Welzel, Gallas, Lackner y Cramer) que “Esta

⁵⁴² Ob. cit., p.100.

⁵⁴³ Ob. cit., p.148-150.

⁵⁴⁴ Ob. cit., p.273.

⁵⁴⁵ Ob. cit., p.149-150.

teoría,...no es más que una variante del concepto puramente económico de patrimonio,...”
546 .

Luego, Romero no señala que esta teoría tiene su máximo representante en Welzel, “para quien el concepto de patrimonio se define como “la suma de los valores económicos puestos a disposición de una persona bajo protección del ordenamiento jurídico”.

Gallego S.⁵⁴⁷ se refiere a la postura de Welzel como una postura tradicional, y agrega que su definición nace de su aceptación de la definición que ofrece la RG 66, 285 y que comprende, además de la suma de valores económicos puestos a disposición de una persona bajo la protección del Ordenamiento jurídico, “las posiciones económicas *jurídicamente protegidas*”.

Gallego indica algunos de los autores que aceptan esta definición; Wessels, Hillenkamp, Franzheim, Gutmann, Foth, Hirschberg y Tenckhoff.

López Barja de Quiroga destaca, como lo veremos a continuación (no tan explícitamente) con Gallego Soler, que “Dentro de esta concepción mixta es observable la existencia de dos corrientes fundamentales. Una, que podemos denominar estricta, para las que los bienes que integran el patrimonio, además de valorables económicamente, tienen que ser poseídos por el sujeto de modo lícito, es decir, ha de tratarse de una relación reconocida por el derecho. La otra corriente, que calificaremos de amplia, considera que no es preciso exigir que la posición de los bienes responda a una relación reconocida por el derecho, sino que basta con que dicha relación revista una apariencia jurídica”⁵⁴⁸ .

Para López Barja de Quiroga esta apariencia jurídica existe “cuando se trata de una posesión obtenida en forma ilícita, pues al ladrón, al estafador, etc., no se le puede privar de la tenencia de la cosa por vías de hecho sino que han de utilizarse vías lícitas”. Personalmente creo que esta última posición es errada, ya que de entenderse que si la apariencia jurídica proviene de un acto ilícito, no existiría diferencias sustanciales entre la concepción mixta y la concepción económica pura del patrimonio.

Para Asua Batarrita esta apariencia jurídica tiene otro significado totalmente distinto. Ella dice; “Dado que la ventaja de la teoría reside en la inclusión de posiciones de significación económica que no toman la forma de “derechos patrimoniales”, la vinculación al ordenamiento jurídico no puede ir más allá de la exigencia de que “no se encuentre en oposición con el resto del ordenamiento”, ya que no se puede pedir que sean “reconocidas” por el derecho, situaciones que por definición se afirma que no constituyen “derechos”, sino “hechos” de significación económica. O formulado de otra manera, a mi juicio más precisa, que se trata de posiciones económicas que revistan una “apariencia de no contrariedad con el ordenamiento jurídico”.

⁵⁴⁶ Ob. cit., p.273.

⁵⁴⁷ Ob. cit., p.151.

⁵⁴⁸ Ob. cit., p.90.

Bajo Fernández afirma que “...nos parece inadecuado construir la concepción mixta desde el punto de partida de que sólo pertenecen al patrimonio las posiciones económicas *jurídicamente reconocidas*...Por todo ello partiremos de la base de que pertenecen al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revistan una apariencia jurídica”.⁵⁴⁹

Gallego S. se refiere a la postura de Nelles quien “ha propuesto...reconducir las tesis mixtas fundamentalmente a dos grupos: las tesis que requieren para que un elemento forme parte del patrimonio un elemento positivo (reconocimiento jurídico, aprobación, protección jurídica, derecho subjetivo) y las que se configuran a partir de un elemento negativo (no existencia de desaprobación)”⁵⁵⁰.

Ahora bien pasando al tema de las posiciones económicas Gallego S.⁵⁵¹ sostiene; “Para otro sector doctrinal las posiciones económicas que no constituyen derechos subjetivos sólo pertenecen al patrimonio en la medida en que se pueden realizar “con la aprobación o sin la desaprobación del Ordenamiento jurídico”; así se han pronunciado, entre otros MAURACH, CRAMER, KOHLRAUSCH / LANGE, LENCKNER, SCHROTH o GÖSSEL”.

Continúa Gallego S. con otra de las definiciones de este concepto; “Para GALLAS, el concepto de patrimonio sólo es concebible en el marco y bajo la protección del Derecho; es sólo bajo el punto de vista jurídico que se puede delimitar “el haber” patrimonial y distinguirlo de las meras posibilidades y esperanzas. Es a partir, fundamentalmente, del Derecho privado...que se asigna a los bienes con valor económico la condición de elementos integrantes del patrimonio. Por ello entiende el patrimonio como suma de los derechos patrimoniales (derechos subjetivos) con un valor económico. Es porque este autor otorga protección penal sólo a las posiciones con pleno valor económico que “pueden convertirse en derechos subjetivos, que hay que derivar –siguiendo en este punto a SAMSON/GÜNTHER- que en su comprensión, los derechos nulos y las expectativas todavía no son derechos subjetivos”⁵⁵².

Acto seguido Gallego S. comenta las críticas que han formulado al concepto formulado por Gallas autores como Cramer, Samson y Asua Batarrita. Cramer critica la definición de Gallas por ser muy restringida “fundamentalmente porque el catálogo de los referidos derechos no es limitado, sino que está condicionado entre otros por la tradición histórica y por las finalidades que se determinan jurídico-políticamente. Así (...), se pueden encontrar situaciones que no tienen encaje en el catálogo de los derechos subjetivos pese a existir una enorme discrepancia entre la realidad social y el ámbito económico: serían los casos de la clientela de las empresas, de la patente aún no inscrita, de las ideas con valor económico pero aún no susceptibles de protección, los

⁵⁴⁹ Ob. cit., p.167.

⁵⁵⁰ Ob. cit., p.166-167.

⁵⁵¹ Ob. cit., p.152.

⁵⁵² Ob. cit., p.153.

procesos de fabricación, los secretos de empresa...”. A su turno, Samson y Asua Batarrita formulan la siguiente crítica: en la medida en que exige que la posición económica sea reconducible a un derecho subjetivo, se reduce al máximo el campo de las posiciones relevantes”⁵⁵³.

Otros autores citados por Gallego⁵⁵⁴ son Frank, Nagler, Samson y Günther, Sauer, Mezger y Lackner.

Dice Gallego; “...tanto para FRANK como para NAGLER, los concretos bienes económicos tienen que encontrarse en el poder jurídico de disposición del titular patrimonial. Pero el primero de ellos precisa que el patrimonio está constituido por la totalidad de los bienes con valor económico sobre los que alguien puede disponer jurídicamente en su propio interés, por sí mismo o mediante un representante”. Como precisa Gallego S., para Frank los bienes que integran el patrimonio no pueden integrarse en base a la mera posibilidad fáctica de disposición, sino que se requiere una relación jurídica entre la persona y el bien...Entienden SAMSON y GÜNTHER que hay que partir obligatoriamente de un concepto jurídico económico de patrimonio, en virtud del cual las posiciones con contenido económico gocen de reconocimiento por el Ordenamiento jurídico, no siendo necesario para esto último que se concreten en un derecho subjetivo. En mi opinión, en esta misma línea hay que ubicar a SAUER al concebir el patrimonio como la totalidad de los valores económicos de una personalidad jurídica “reconocidos jurídicamente”, e incluso a MEZGER, quien se alinea expresamente entre las teorías económico-jurídicas, aceptando las tesis del “reconocimiento jurídico de los valores económicos”...También LACKNER se adscribe a las teorías mixtas jurídico-económicas admitiendo que el Derecho penal no puede emanciparse totalmente de las normas jurídicas de distribución de bienes,...”⁵⁵⁵.

Continúa Gallego indicando los seguidores de esta teoría (lo cual ya tratamos en el capítulo primero) en la doctrina española; “En la doctrina española, ANTÓN ONECA define el patrimonio como conjunto de valores económicos *juridicamente reconocidos*; siendo acogida esta tesis del “reconocimiento jurídico” entre otros por MUÑOZ CONDE, VIVES ANTÓN, MARTOS NUÑEZ, GUTIÉRREZ FRANCÉS y por GONZÁLEZ RUS al requerir este último el *reconocimiento jurídico, siquiera provisional*, del conjunto de valores económicos. VALLE MUÑIZ, a pesar de acoger inicialmente las tesis postuladas por WELZEL –de igual modo hace QUINTERO OLIVARES–, acaba finalmente aceptando también la tesis del *reconocimiento jurídico*. Por su parte, HUERTA TOCILDO, siguiendo

⁵⁵³ Ob. cit., p.153-154. Transcribiré textual la cita hecha por Gallego S. a Asua Batarrita de su nota al pie N°76 de la p.100; “Las variaciones de esta orientación mixta se manifiestan en la mayor o menor amplitud en las consideración de los elementos patrimoniales, a efectos jurídico-penales según el criterio asumido para indicar la coordinación con otras ramas del ordenamiento jurídico. GALLAS, “Der Betrug...” *cit.*, 412 (siguiendo a FRANK y NAGLER) exige que la posición económica sea reconducible a un derecho subjetivo, haciendo coincidir en este punto lo económico con lo jurídico, y en consecuencia restringiendo al máximo el campo de las posiciones relevantes..”.

⁵⁵⁴ Ob. cit., p.154.

⁵⁵⁵ Ob. cit., p.154 y ss.

la línea de que los bienes tienen que poseerse en virtud de una relación jurídica, requiere que ésta se concrete en la *protección del Ordenamiento* jurídico, exigencia de protección jurídica que ya había reclamado RODRÍGUEZ DEVESA y más recientemente han defendido MUÑOZ CONDE, VIDALES RODRÍGUEZ y LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN. Por su parte BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO requieren la existencia de una mera *aparición jurídica*...Recientemente PAREDES CASTAÑÓN ha defendido una adscripción a un concepto que autodetermina *funcional* de patrimonio y a un concepto netamente económico de perjuicio patrimonial...En puridad metodológica no creo que podamos ubicar la tesis de este autor entre las tesis funcionales-personales en la línea de OTTO o de LA MATA BARRANCO, por ejemplo. Si se repara en el punto de partida de la tesis de PAREDES, éste acepta que un bien integra el patrimonio cuando nos encontramos ante bienes reconocidos en el tráfico jurídico como propios del sujeto y poseídos fácticamente por el mismo. En mi opinión esta tesis está plenamente en la línea de las teorías mixtas mayoritarias, y la alusión terminológica a las *finalidades propias* de los bienes no creo que justifique su inclusión entre las tesis funcionales”⁵⁵⁶.

Gallego S.⁵⁵⁷ menciona la existencia de tesis renovadoras del concepto mixto, las llamadas tesis integradas (institucional) del patrimonio postuladas por Vogel y Tiedemann, y por Zieschang.

Dice respecto de Vogel y Tiedemann; “Recientemente estos autores han efectuado una nueva formulación de la teoría mixta del patrimonio, la que vienen a denominar como “teoría integrada (institucional) del patrimonio”. Se entiende el patrimonio como concepto que engloba los medios de lo económico pero que precisa de una institucionalización jurídica, porque el patrimonio y los elementos que lo integran tienen que configurarse jurídicamente y no sólo fácticamente, de tal modo que el patrimonio es un *concepto relacional*. Incluso en caso de colisión entre ambos tiene que prevalecer lo jurídico por su mayor rango, ya que el patrimonio sólo es legítimo cuando está institucionalizado jurídicamente”.

Por su parte Zieschang “reconociendo las diferencias existentes entre sistema normativo civil y penal, así como entre sus distintas finalidades, exponen la necesidad de adecuar la totalidad del sistema normativo conforme al parámetro valorativo que representa la Constitución, en la medida en que no supone un Ordenamiento valorativamente neutral puesto que adopta decisiones fundamentales *para todos los ámbitos del Derecho*, y obviamente también para el Derecho civil....¿Qué consecuencias deriva de ello para el Derecho penal? Pues, fundamentalmente, que sólo pueden integrarse en el patrimonio los bienes económicos de una persona que le corresponden sin contradicción con el sistema de valores fundamentales corporeizado en la Constitución”.

Según esta concepción integran el patrimonio los siguientes elementos: “(1) Todos los derechos subjetivos...con valor económico, incluida la posesión mediata o inmediata en tanto que el poseedor lo sea de buena fe y la posesión otorgue un valor

⁵⁵⁶ Ob. cit., p.158 y ss. En el mismo sentido Romero, ob. cit., p.274 y ss.

⁵⁵⁷ Ob. cit., p.156 y ss.

económico...(2)Las expectativas en cuya virtud se puede esperar con probabilidad el aumento de patrimonio, por bien que acostumbra a diferenciar en la doctrina entre las expectativas entendidas como aumento patrimonial esperado que se deriva de una pretensión jurídica –en el sentido del derecho civil o público-, de las meras esperanzas vagas e indeterminadas de obtener un beneficio o aumento patrimonial, no contándose las esperanzas totalmente inciertas...(3)Las prestaciones que tienen valor en dinero en la vida económica y a pesar de que se trate de posiciones jurídicas que no puedan realizarse jurídicamente, tales como la clientela..., las obligaciones naturales..., los derechos prescritos o derechos de crédito ineficaces, en la medida en que puedan suponer un valor económico por la disposición al cumplimiento del obligado y la aportación no esté desvalorada jurídicamente en sí misma, porque en los casos de nulidad por tratarse de negocios jurídicos prohibidos o contrarios a la moral y al orden público se ha afirmado que no pueden reputarse elementos integrantes del patrimonio por su contradicción con preceptos extrapenales...(4)La empresa económica...(5)Los secretos empresariales que,...son negociables, posee un valor económico e incluso se reconocen jurídicamente...; también los derechos inmateriales como los derechos de patentes y marcas, o el *know how* técnico, pero no pueden aceptarse...los secretos laborales, como expresión de deberes de discreción y sigilo, sean elementos integrantes del patrimonio penalmente protegido, lo que también es predicable de la clientela, o el *good-will* de una empresa. También forman parte del patrimonio las posibilidades de explotación en relación con instalaciones ajenas y objetos materiales o inmateriales (patentes...)...(6)Se discute la fuerza del trabajo,...existen bastantes tesis favorables a su admisión, en la medida que no tengan finalidades prohibidas o contrarias a la moral o al orden público (CRAMER, TIEDEMANN)...(7)Pero en cambio no pertenecen a su patrimonio los valores que alguien posee de modo contrario a Derecho, siendo en este punto discutido si la posesión obtenida antijurídicamente puede contarse entre los elementos patrimoniales. Mientras que por ejemplo CRAMER niega tal posibilidad, en opinión de SAMSON y GÜNTHER puede formar parte del patrimonio pues incluso la posesión antijurídica puede tener un valor económico. Respecto a esto último estima el autor que la posesión antijurídica pertenece al patrimonio siempre que sea jurídicamente posible su enajenación: en la medida en que su cesión suponga encubrimiento, o lesiones el derecho del propietario, la cesión esta prohibida jurídicamente. En opinión de SAUER pertenecen al patrimonio los derechos y obligaciones en la medida en que pueden ser realizados de tal modo que si no es así –como podría ser el caso de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres- no poseen un valor jurídico y, por ello, tampoco económico. En opinión de MAURACH son elementos integrantes del patrimonio todos los derechos subjetivos de contenido económico, mientras que no forman parte del mismo las posiciones puramente fácticas poseídas antijurídicamente: en estos supuestos el ladrón no dispone de *su* patrimonio. Para SCHÖNKE los valores que se poseen en forma contraria a derecho también integran el patrimonio, por lo que es posible estafar al ladrón...Pero recientemente TIEDEMANN ha dispensado a esta problemática otra fundamentación que acoge expresamente el criterio propuesto por VOGEL conforme al cual sólo forman parte del patrimonio los objetos que se puedan considerar “de economía legítima”, de tal modo que acepta la pertenencia al patrimonio porque conforme a la regulación civil (alemana) la posesión antijurídica y/o de mala fe no

se desvalora jurídicamente, a diferencia de lo que sucedería por ejemplo de los “valores económicos *sucios* (“*schmutzige*” *Wirtschaftswerte*) provenientes de la criminalidad organizada patrimonial o del narcotráfico....(8) Tampoco se considera que son elementos que integran el patrimonio los valores inmateriales ni los objetos sin un valor económico tales como pasaportes, documentos de identidad o licencias de circulación”⁵⁵⁸ .

Las críticas que se han formulado a esta teoría son las siguientes; (1) El concepto jurídico-económico se pretende como aparentemente objetivo, por lo que no puede tener en cuenta la realidad del daño patrimonial en los casos en que la importancia de un bien, su valor, no se capta si no se tiene en cuenta la concreta situación...(2)...el precio que han de pagar estas teorías correctoras es...el de la incongruencia sistemática, puesto que se define el patrimonio económica o jurídico-económicamente para acabar aceptando criterios correctores en sede de perjuicio patrimonial, de tal modo que se desvirtúa el punto de partida: si perjuicio patrimonial no es sólo disminución contable de patrimonio, es porque el patrimonio *tendría* que ser algo más (o algo diferente) a la mera suma cuantitativa de bienes con valor económico reconocidos jurídicamente...(3) Por otra parte, definir el concepto de patrimonio a partir meramente del elemento abstracto “mera suma de valor económico” incapaz de establecer vinculaciones sociales, se compadece mal con el art.10 CE que parece requerir una vinculación personal de todos y cada uno de los derechos existentes en nuestro Ordenamiento jurídico...(4) El verdadero *casus belli* de las teorías mixtas es el no considerar que forman parte del patrimonio los ingresos de la prostitución o del comercio ilegal, a partir de consideraciones más o menos fundamentadas jurídicamente. El riesgo de las teorías mixtas radica en que, en base al mismo argumento que se desprotegen determinadas actividades económicas (estafa a prostitutas) se puede dejar sin protección a otras actividades que si lo merecen (el trabajador inmigrante en régimen de ilegalidad administrativa con el que se concluye un contrato verbal sabiendo el empresario que no le va a pagar nada, ¿afirmaremos que no puede haber estafa porque esa pretensión del trabajador tiene la mancha de la ilegalidad?. No parece que una tal conclusión tenga sentido político-criminal)”⁵⁵⁹ .

Otra crítica que se podría mencionar es aquella formulada por Silva Castaño al tratar en parte el tema de la protección penal de las cosas carentes de valor económico dentro de un sistema que consagra el concepto jurídico-económico de patrimonio. Ella sostiene; “Desde ésta concepción (concepto económico-jurídico de patrimonio), sostener que las cosas que carecen de un valor económico pueden ser objeto de apropiación, implicaría pensar que la lesión en éstos casos se caracteriza por dañar derechos patrimoniales subjetivos y privados, lo que en realidad supondría volver a utilizar un concepto jurídico del patrimonio que hoy día está prácticamente abandonado”⁵⁶⁰ .

6.2.1.4.- Concepto personal y funcional de patrimonio

⁵⁵⁸ Gallego S., ob. cit., p.160 y ss.

⁵⁵⁹ Gallego S., ob. cit., p.174 y ss.

⁵⁶⁰ Ob. cit., p.52.

Dice Gallego S.; "...desde hace algún tiempo se van abriendo paso los que se han venido a denominar como "concepto personal de patrimonio", y próximo a él el "concepto funcional de patrimonio", que *en cierta medida* se encuentran emparentados con las correcciones normativas a las teorías mixtas...En estas propuestas..., se puede apreciar como presupuesto conceptual común a las distintas versiones de estas teorías, que la protección penal del patrimonio aboga por contemplar la función del patrimonio como "fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad", de tal modo que considera preferentemente la disminución del potencial económico del titular del patrimonio y destaca la finalidad con el pretendida; por lo que la protección penal trata de este modo de ir más allá del aseguramiento de una mera suma abstracta de valor económico. Es decir, se trata de una teoría que considera..., las representaciones y preferencias subjetivas del titular patrimonial para definir el concepto mismo de patrimonio y, ligado a él, el de perjuicio patrimonial...De esta sucinta configuración del presupuesto de las tesis patrimoniales, ya se pone de manifiesto la principal diferencia que existe con respecto a las anteriores teorías: hasta ahora las concepciones expuestas determinan el patrimonio a partir de los bienes económicos, es decir, de los concretos objetos patrimoniales...Con las teorías personales/funcionales el centro de atención va a pasar de los elementos que integran el patrimonio a la relación existente entre la persona y los objetos"⁵⁶¹ .

Gallego S. explica el origen del concepto "funcional" de patrimonio. Él dice:"La adjetivación de estas tesis como *funcionales* deriva de la comprensión que realizan del fundamento de la lesión patrimonial: *menoscabo de la función* a que se destina el objeto de la propiedad, precisamente porque la concreción del bien jurídico, huyendo de tesis puramente economicistas, entronca directamente con las concepciones sobre el bien jurídico que lo conciben en función de la satisfacción de necesidades humanas, y recupera la tradicional afirmación de que con la sustracción de un objeto ajeno, en realidad no se lesiona la propiedad (...), sino los poderes de disposición sobre el objeto que dan contenido al derecho"⁵⁶² . Más adelante continúa este autor y señala; "A propósito del concepto personal de patrimonio, se pueden encontrar tesis que se califican de *funcionales* porque se definen a partir de la funcionalidad que otorgan al patrimonio como bien jurídico penal...Así entendido, las tesis personales también son tesis funcionales del patrimonio y por ello prefiero aludir al término concepto personal-funcional..."⁵⁶³ .

Ahora bien, en cuanto al origen del concepto personal señala Asua Batarrita; "Los inicios del denominado "concepto personal de patrimonio" se atribuyen en Alemania a Bockelmann, quien ya en 1944 reclama la primacía de la perspectiva subjetiva del titular patrimonial, definiendo el patrimonio como ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses (en el ámbito económico). "⁵⁶⁴ .

⁵⁶¹ Gallego S., ob. cit., p.177 y ss. En nota al pie de página N°380 Gallego S. destaca las diferencias que Nelles percibe entre las teorías personales y las funcionales, ya que para ella las teorías personales acentúan lo potencial en detrimento de lo económico.

⁵⁶² Ob. cit., p.177.

⁵⁶³ Ob. cit., p.186-187.

Sin embargo, tal como señala Gallego S.; “Pero no sería hasta pasados algunos años cuando, en 1956, HARDWIG elabora la primera configuración más o menos completa de esta teoría a partir de la crítica a la teoría económica. La primera precisión que efectúa este autor es que no se pueden tomar el concepto económico y el personal como antitéticos, sino que en el propio concepto económico se puede distinguir entre concepto abstracto y otro concreto. Respecto al primero de ellos, asume este autor los postulados de GALLAS y BOCKELMANN cuando afirman que el patrimonio de una persona no es sólo una suma dineraria, sino que es “un ámbito de valor cualitativo, personal en su estructuración”, de tal forma que considerar el patrimonio de modo meramente abstracto, cuantitativamente, supone un desprecio a la dignidad de la persona humana. El patrimonio de una persona es expresión de su forma de vida, de tal forma que sólo la persona (...) está autorizada para decidir sobre la estructuración del patrimonio...Uno de los problemas que el propio HARDWIG se plantea, es el de si es posible aplicar este concepto sin el peligro de caer en un subjetivismo extremo. La respuesta que ofrece no esta exenta de discusión, puesto que cree que el único modo en el que, ciertamente, la delimitación entre perjuicio patrimonial y lesión de libertad de disposición es insegura, es cuando se opera con el concepto de “indeseabilidad” (*Unerwünschtheit*)”⁵⁶⁵.

Gallego S. en su libro va explicando uno a uno las más importantes formulaciones personales y funcionales de patrimonio en el ámbito del delito de estafa.

En primer lugar parte con Harro Otto, el mayor representante de la concepción personal de patrimonio. Sobre su ideas ya hemos tratado el tema páginas atrás.

En segundo lugar continúa con los exponentes del concepto funcional de patrimonio y entre ellos parte con Weidemann⁵⁶⁶, Mohrbotter⁵⁶⁷, Jakobs⁵⁶⁸, Eser⁵⁶⁹, Hefendehl⁵⁷⁰, Kindhäuser⁵⁷¹, Pawlik⁵⁷² y Moccia⁵⁷³.

⁵⁶⁴ Ob. cit., p.123 y ss.

⁵⁶⁵ Ob. cit., p.181-182.

⁵⁶⁶ Este autor indica que “el patrimonio no se protege en sí mismo, sino en la medida en que se vincula a una persona de tal manera que se protege en tanto que fundamento de la existencia económica de la persona, y se concibe como conjunto de elementos con un valor económico que tiene la finalidad de servir a las finalidades de su propietario, vinculadas a la idea de aprovechamiento -Nutzung-”. Gallego S., ob. cit., p.187-188. En nota al pie de página N°381 y 382 Gallego destaca las críticas que se han formulado a la teoría de este autor; para Lackner este autor se encuentra entre las tesis económicas y las personales, en cambio para Samson / Günther la tesis de éste es subjetiva. Véase también Asua Batarrita, ob. cit., p.124.

⁵⁶⁸ Gallego S., ob. cit., p.191-192. Para este autor “no pueden “separarse” los conceptos de “patrimonio” y “libertad de disposición” sin que el patrimonio se vea mermado: se produce una “inseparabilidad entre la configuración personal de la vida y la arbitrariedad” -Untrennbarkeit von persönlicher Lebensgestaltung und Willkür-”

⁵⁶⁹ Gallego S., ob. cit., p.194. Para Gallego Soler su concepción dinámica se incluye dentro de las teorías funcionales, en cambio para Asua Batarrita su tesis es jurídico-económica; el concepto de patrimonio es “un resultado irrefutable de las alteraciones de la vida y el obrar económico” en el que se integran todas las posiciones y factores que poseen un valor económico, así como los aumentos del mismo, y todo ello sin considerar su naturaleza jurídica o el reconocimiento jurídico”.

se conciben estática sino dinámicamente: el patrimonio no se vincula a una única finalidad". Además, en nota al pie de página N°381 y 382 Gallego destaca las críticas que se han formulado a las teorías de Mohrbotter; Otto estima que su tesis es **EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA EN LA JURISPRUDENCIA** y Samson / Günther estima que es una variante subjetiva. Luego, Gallego destaca que la principal diferencia entre las teorías personales y las sostenidas por Weidemann y Mohrbotter, "mientras éstas (las teorías personales) se vincularían a la protección de la determinación de finalidades vinculadas a criterios objetivos, WEIDEMANN expresamente rechaza estas restricciones y contempla los criterios definitorios del cómputo de perjuicios en la determinación subjetiva de las finalidades del titular patrimonial. A partir de esto, WEIDEMANN intenta establecer una diferenciación entre las "finalidades relevantes" y los "meros motivos irrelevantes" de la víctima, pues el perjuicio patrimonial típico entendido como disminución del potencial para realizar sus finalidades, es sólo el que va referido a las primeras, a las finalidades relevantes". Véase también Asua Batarrita, ob.cit., p.124.

⁵⁷⁰ Gallego S., ob. cit., p.196 y ss. Este autor explica que este autor "parte de la corrección del punto de partida del concepto personal" ya que los conceptos personales hablan de una posición de dominio, sin hacer hincapié en ello, sin aclarar su origen, más este autor parte de la idea de dominio como poder reconocido jurídicamente. Él caracteriza el patrimonio como un "concepto vinculado a la disposición". Además la construcción teórica de Hefendehl se basa en primer lugar en el marco del derecho civil como elemento para determinar jurídicamente el origen del dominio, luego una vez determinado esto Hefendehl recurre al derecho contable (este es un aspecto funcional de su construcción) como medio de concreción del derecho de dominio.

⁵⁷¹ Gallego, ob. cit., p.199 y ss. Destaca este autor que Kindhäuser considera a los bienes jurídicos "como cualidades o propiedades de personas, cosas o instituciones, que posibilitan y garantizan la libre e igualitaria participación en la vida social". Distingue entre los derechos penalmente protegidos de los particulares; (a) "aquellos que se encuentran integrados por los derechos que tiene por objeto libertades determinadas que definen el status de una persona como tal" y (b) "aquellos que posibilitan las oportunidades de libre desarrollo de una persona, y que no los tiene su titular jurídicamente por su existencia personal, sino porque los ha adquirido (entre estos se encontraría el patrimonio)". También distingue entre un concepto formal de patrimonio (se define por tener derechos patrimoniales incluyendo las obligaciones cuyos derechos corresponden a terceros) y un concepto material de éste (se define por la atribución de valor a los derechos patrimoniales de una persona).

⁵⁷² Gallego S., ob. cit., p.201 y ss. Este autor destaca que Pawlik ha hecho, lo que él mismo denomina, una nueva formulación del concepto jurídico de patrimonio. Para él el patrimonio "se entiende como el potencial actual del cual un sujeto o persona de Derecho (Rechtsperson) se puede otorgar una determinada identidad en la interacción con otros sujetos en Derecho, y lo configura como expresión de la libertad de autoconfiguración –personalidad- jurídicamente reconocida, de tal manera que, para que su configuración de identidad (Identitätsdarstellungen) sea susceptible de reconocimiento jurídico, tiene que moverse dentro de los límites del Derecho, en el sentido que pueda ser entregado jurídicamente, siendo que esta entrega no suponga socialmente una renuncia a un elemento constitutivo de la personalidad" Define el patrimonio como bien jurídico-penal como "libertad de actuación concretizada u objetivada". En su opinión "los delitos contra la propiedad –delitos patrimoniales en sentido amplio- garantizan esta libertad de actuación aplicada a la integridad de los elementos que lo componen de modo extenso. La mayor novedad de la tesis de Pawlik es no partir de la tesis económica. Gallego estima que Pawlik aplica las teorías jakobsianas en esta materia. Como cuando mencionamos a Nuria Pastor, Pawlik en el delito de estafa vincula el núcleo de protección patrimonial a la infracción del derecho de verdad, ergo, toda conducta objetivamente idónea para vulnerar el patrimonio será una conducta objetiva idónea para vulnerar el derecho de verdad.

⁵⁷³ Gallego S., ob. cit., p.204 y ss. Dice este autor "Ya expusimos cómo en Italia ha tenido acogida la concepción personal, fundamentalmente, en la obra de MANTOVANI y MOCCIA. En opinión de Moccia "sólo considerando el patrimonio como "potencialidad económica –unidad estructurada según la finalidad de la persona- que se tutela la personalidad del sujeto titular en el campo económico: la disponibilidad de los bienes asegura al sujeto un margen de desarrollo de su personalidad". Véase también a Moccia en "EL DERECHO PENAL ENTRE SER Y VALOR (Función de la pena y sistemática teleológica)", Julio César Faira Editor, Buenos Aires, Buenos Aires 2003, p.273 y ss. En este libro se puede ver la orientación personal de la teoría de Moccia cuando señala; "La funcionalidad de principio del bien jurídico a la realización de las exigencias de tutela de libertad y personalidad del individuo, en el cuadro del respeto de exigencias superindividuales, orienta la reconstrucción del bien patrimonio en el sentido de una acentuación del componente personal. Ello significa que el bien no se debe considerar en su posición estática sino, antes bien, en su relación, en términos de interés, con la persona. Más específicamente, el bien debe verse en una perspectiva de funcionalidad a las finalidades basales de desarrollo de la personalidad".

Luego continúa con los expositores de la concepción personal del patrimonio en España; en primer lugar menciona a López Hernández⁵⁷⁴, De la Mata (cuya postura ha sido explicada), Rodríguez Montañés⁵⁷⁵, Sánchez Tomás⁵⁷⁶ y el propio Gallego Soler⁵⁷⁷.

Zugaldía, citado también por Gallego, critica el concepto personal cuando sostiene que las tesis de Otto “no solucionan nada que solucionase la teoría mixta a través de la consideración en ésta de elementos individuales, como las necesidades y fines del perjudicado”⁵⁷⁸.

Otras de las críticas vertidas en contra de esta concepción son sus “indeterminaciones metodológicas generales, que incurren, pues por una parte mezcla y confunde elementos generales, económicos y jurídicos; mientras que, por la otra, también se puede predicar la indeterminación del método en la contabilización (objetivo-individual) del perjuicio, que se trata de solucionar con la ayuda de cuestionables construcciones, lo

⁵⁷⁴ Gallego S., ob. cit., p.206 y ss.; “A mediados de los años 60 se encuentra en nuestra doctrina algún esbozo de la idea de elemento como configurador del bien jurídico en los delitos contra el patrimonio: en concreto en una obra de LÓPEZ HERNÁNDEZ. Este autor vincula necesariamente los conceptos de “patrimonio” y “persona”, de tal manera que “...es la **voluntad del individuo quien determina**, ordenándolas, **las finalidades** del mismo (*scil.* Del patrimonio) y, en último término, irán a cubrir necesidades humanas, mediante la función social que los determinados instintos funcionales realicen en su día. Por eso, **al patrimonio (...)** **hemos de añadirse el elemento subjetivo**, a que viene referido en la trabazón de las relaciones jurídicas: la persona”. Para Gallego S. la originalidad de López Hernández sólo llega al enunciado del concepto personal y nada más. CHOCLÁN MONTALVO estima que ANTÓN ONECA era funcionalista en su valoración del perjuicio, sin embargo GALLEGO SOLER opina en contra.

⁵⁷⁵ Gallego S., ob. cit., p.210 y ss. Dice Gallego que lo relevante para esta autora no es la titularidad formal sobre la cosa, sino que el ámbito de poder económico efectivo que otorgan, “de tal modo que puede existir perjuicio patrimonial pese a continuar teniendo la titularidad (formal) de un bien, o sin la suma de los concretos bienes patrimoniales se haya visto disminuida, siempre que el titular patrimonial se vea privado del poder económico efectivo que tales bienes confieren. Consecuentemente, la pérdida de la titularidad formal de un derecho o el surgimiento de una obligación, o la pérdida de un bien patrimonial no implican por sí mismas la existencia de un perjuicio patrimonial...Vemos por tanto que, para que esta autora, lo determinante del patrimonio es “el ámbito de poder (económico) efectivo que otorgan –*scil.* los elementos integrantes del patrimonio- a su titular”; y el perjuicio patrimonial se determina por la pérdida de funcionalidad del objeto material, lo que la autora denomina “pérdida de poder” y se produce cuando el objeto material sale de la esfera de poder del perjudicado, y entra en la esfera de poder patrimonial del sujeto activo:...”.

⁵⁷⁶ Gallego S., ob. cit., p.211 y ss. Señala Gallego; “Para este autor la lesión patrimonial se concreta en la **frustración de las posibilidades de aplicación de esos bienes a los fines previstos**, de tal modo que puede existir perjuicio patrimonial pese a que medien un contraprestación conforme a valores de mercado”. Agrega Gallego la diferencia que establece Sánchez Tomás respecto de la teoría personal, ya que este autor entiende que la teoría personal no es un fin, sino un medio. Para Sánchez Tomás los delitos patrimoniales “protegen situaciones fácticas de disponibilidad de las cosas con independencia de que la misma sea ilícita civil o penalmente, o que los bienes sean extracomerciales...En su concepción también forman parte del patrimonio el valor de uso o autorrealización de los bienes o relaciones que, aun no siendo reconocidas por el derecho, están a disposición de alguien”.

⁵⁷⁷ Ob. cit., p.229 y ss. “En un sentido amplio (no técnico) el patrimonio se puede contemplar como una *condición de libertad* de su titular, en la medida en que supone una posibilidad de actuación general del ámbito económico”.

⁵⁷⁸ Zugaldía E., “Delitos...”, p.59. Gallego, ob.cit., p.218.

que supone un enorme factor de inseguridad y deja traslucir, en último término, el peligro de una amplia subjetivización en el concepto de perjuicio, que se puede acabar configurando la estafa como un delito contra la libertad de disposición. Se critica, en suma, la enorme pérdida de determinación del concepto mismo de perjuicio, que puede llevar aparejada la vulneración del mandato constitucional de determinación en la configuración típica (cfr.Gössel)...Critica HEFENDEHL el que entiende que es el punto débil del concepto personal, que no es otro que el del criterio del “establecimiento de las finalidades económicas” (*die wirtschaftliche Zwecksetzung*)...Critica también este autor la dificultad conceptual que existe para definir el concepto de lo que haya que entender por “finalidad económica”, dificultad a la que hay que sumar que no ayuda mucho más el concepto que hace las veces de su antónimo –“finalidad ideal”-...Recientemente TIEDEMANN ha destacado cómo, contrariamente a lo que pretende la teoría personal del patrimonio, el tráfico económico inicialmente no otorga una especial consideración a la determinación subjetiva de las finalidades...Por otra parte, si el bien jurídico y el perjuicio patrimonial se tienen que configurar a partir de la idea de la disminución de la potencia económica de la víctima, existen verdaderas dificultades para construir el dolo típico”⁵⁷⁹ .

6.3.-El derecho de crédito como bien jurídico protegido en los casos en que media la entrega de sumas de dinero.

Silva Castaño destaca; “La doctrina considera que la naturaleza tan peculiar del dinero de genericidad absoluta y de ultrafungibilidad, obliga a entender, que la inclusión de la moneda dentro de la acepción genérica de bien mueble, es más que discutible, ya que “el legislador tuvo en cuenta los matices especiales que el dinero tiene, para no incluirlo dentro de la citada acepción”. Por ello, “la propiedad sobre el mismo se ejerce sobre los signos que lo representan o las monedas en circulación (...)”, a través de la tenencia física y del crédito, cuando el dinero está en poder de otro, que se convierte en su propietario. Por tanto, en los supuestos de entregas de dinero, quien lo recibe “con la obligación de devolverlo, se hace propietario del mismo...y su obligación consiste en entregar no aquel mismo recibido, las idénticas monedas, sino otras tantas o suma correspondiente”. Esto es así precisamente, porque el derecho de propiedad versa sobre los signos, monedas o billetes en circulación que lo representan y, en el tráfico comercial, el dinero se entrega y se recibe no como lo que físicamente representa sino en cuanto fracción de una cantidad ideal”⁵⁸⁰ .

Teniendo presente este derecho de propiedad sobre monedas y billetes, se presenta una suerte de contradicción. Por ello, tal como destaca Majón-Cabeza; “Si sostenemos, con la doctrina tradicional que lo que se protege es la propiedad, habrá que concluir que en las relaciones que tienen por objeto el dinero no cabe apropiación, no hay lesión del bien jurídico propiedad, porque el que entrega el dinero pierde su propiedad”⁵⁸¹ .

⁵⁷⁹ Ob.cit., p.218 y ss.

⁵⁸⁰ Ob. cit., p.61.

⁵⁸¹ Ob. cit., p.223.

Por lo anterior, según destaca De la Mata; “En los últimos años se ha suscitado en la doctrina española una cuestión de especial relevancia en relación con el tratamiento de varios de los supuestos analizados en este trabajo. Es la que hace referencia a la posibilidad de que en el art.535 CP se proteja en determinados casos el derecho de crédito y no la propiedad...Esta posibilidad, apuntada en la doctrina alemana por los autores que proponían la creación de reglas especiales en los casos en que el objeto material de la apropiación fuera dinero, surge en la doctrina española a la hora de calificar la conducta de un sujeto que utiliza para sí o para un tercero una cantidad de dinero recibida en virtud de una relación jurídica como la comisión o el mandato, o que no entrega –cumplido o no el encargo recibido- lo obtenido para o tras la realización de dicho encargo”⁵⁸².

Como bien dice Bajo Fernández, haciendo alusión también a Muñoz Conde y sus aportes en este tema, se percibe que en los casos en que media la entrega de sumas de dinero, por aplicación de los principios establecidos en el derecho civil, operará una transferencia de la propiedad o el dominio sobre el dinero que va desde el que entrega al que la recibe, ello a consecuencia de la fungibilidad (más bien ultrafungibilidad) que es la característica más destacada del dinero.

Esta idea fue detectada en la doctrina española por primera vez por Ferrer Sama y luego Sainz-Pardo, pero como destaca De la Mata estos autores “si bien no analizan directamente esta cuestión, la aluden al instuir el paralelismo que existe entre los delitos de apropiación indebida y de insolvencia”⁵⁸³.

Otro de los autores que ha expresado claramente esta idea es Vives, quien señala; “En tanto el dinero se entrega como tal fungible y no como objeto específico (v.gr., como billetes o monedas determinados e individualizados) el que lo recibe adquiere la propiedad del mismo, con la obligación de devolver la cantidad de que se trate con cualesquiera signos monetarios, sean o no los recibidos...En consecuencia si, como lo hace la jurisprudencia...se admite la posibilidad de apropiación indebida del dinero recibido como bien fungible. Lo protegido en tales casos no puede ser ya la propiedad del dinero como cosa, sino el derecho al valor que el mismo representa. El delito pasa así a proteger determinados derechos de créditos y a consistir, por lo tanto, en tales casos, no en una auténtica apropiación de cosas, sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales”⁵⁸⁴.

Así vemos que, cuando el objeto material de la apropiación indebida es el dinero, opera la transferencia del dominio o propiedad de éste que pasa de la víctima al victimario, entonces malamente puede ser la propiedad el bien jurídico protegido en estos casos porque el victimario, ofensor o sujeto activo del delito ha llegado a convertirse en propietario del dinero que recibió.

Por ello dice De la Mata; “Ante la imposibilidad de subsumir en el art.535 CP esta

⁵⁸² “Tutela...”, p.92.

⁵⁸³ “Tutela...”, p.93, nota al pie N°251.

⁵⁸⁴ “Derecho...”, ed.1999, p.468. Véase también Silva Castaño, ob. cit., p.61.

clase de supuestos, si se mantiene que el único bien jurídico del delito de apropiación indebida es la propiedad y se mantiene, asimismo, que posesión y propiedad de dinero se identifican por la imposibilidad de reivindicar éste en cuanto bien de carácter ultrafungible, MAJÓN-CABEZA ha defendido recientemente la necesidad de considerar como objeto de protección de dicho delito el “derecho a la devolución del objeto entregado”, desarrollando una idea apuntada por varios autores y expuesta con claridad por BAJO y VIVES, que parte de la distinción entre bienes fungibles y bienes no fungibles. Se trata de evitar la impunidad de la disposición o apropiación de un dinero que es propio pero que está sujeto al cumplimiento de los fines por los que fue entregado”⁵⁸⁵ .

Con antelación a De la Mata, ya Bajo y Muñoz Conde estimaban que en estos casos el bien jurídico muta de la propiedad al derecho de crédito (derecho de los acreedores a satisfacer su crédito), percibiendo en estos casos cierto paralelismo entre la apropiación indebida y los delitos de insolvencia.

Dice Bajo; “Unánimemente la Doctrina cifra el objeto de protección en el derecho de propiedad de los bienes muebles...Sin embargo, pecaríamos de ingenuos si esta unanimidad de criterios quisiéramos entenderla como equivalentes a una pacífica situación del problema. El parecido que van a tener muchos supuestos de apropiación indebida con el simple incumplimiento de obligaciones, sobre todo cuando se trata de dinero, complica la cuestión...En la práctica, no nos engañemos, siendo la mayor parte de los supuestos de apropiación indebida relativos a los bienes fungibles y, en concreto, a dinero, el delito se aplica generalmente frente a insolventes. De tal forma que lo que se está protegiendo, no es sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, con lo que se está castigando el incumplimiento por parte del deudor del deber de mantener su patrimonio para el pago de las deudas”⁵⁸⁶ .

Pero Bajo previendo que, al pasar a ser el bien jurídico el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito, existe un peligroso acercamiento del delito de apropiación indebida a la prisión por deudas, él cifra lo delictual de la conducta del sujeto activo en la insolvencia. Él señala; “La insolvencia se convierte, entonces, en ese mayor desvalor necesario para explicar el delito de apropiación indebida (dinero) que, unido a la *deslealtad* y a la *irregularidad* del comportamiento causante de la insolvencia aleja el delito de la prisión por deudas”⁵⁸⁷ .

O sea, se puede ver que en delito de apropiación indebida se protegen 2 bienes jurídicos según estos autores:

a) Uno de los bienes jurídicos protegidos es la propiedad; este el bien jurídico protegido en los casos en que el objeto material del delito es un bien mueble no fungible, ya que la devolución de este sólo puede hacerse en especie y cuerpo cierto.

⁵⁸⁵ “Tutela...”, p.93-94.

⁵⁸⁶ “Manual...”, p.276 y ss. Vives / González Cussac, “Comentarios...”, p.1254; Vives / González Cussac, “Derecho...”, ed.1999, p.468; Muñoz Conde, “Derecho...”, 14ª ed., p.430.

⁵⁸⁷ “Manual...”, p.277.

b) El otro bien jurídico es el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito (o derecho de crédito); este el bien jurídico protegido en los casos en que el objeto material del delito es el dinero, ya que el dinero es un bien ultrafungible por naturaleza, ya que cada vez que media la entrega de sumas de dinero opera una transferencia del dominio que pasa del transmisor al receptor (“pues aquí la mera entrega supone la transmisión de la propiedad, surgiendo un derecho de crédito a favor de quien entrega la cosa”⁵⁸⁸), siendo en estos casos el receptor el sujeto activo del delito, es decir, el sujeto activo sería propietario del bien apropiado (el dinero), lo que en sí mismo es una construcción. Por ello muda el bien jurídico de la propiedad al derecho de crédito.

Así bien lo dice Luzón-Peña; “Por ello, una serie de autores afirman abiertamente que la apropiación indebida se protegen dos bienes jurídicos diferentes: la propiedad en unos casos y el derecho al cumplimiento del débito, como derecho de crédito que integra el patrimonio, en todas aquellas relaciones en las que median entregas de dinero, no como cosa específica y determinada, sino como cosa fungible”⁵⁸⁹.

Al respecto, en el mismo sentido se pronuncia Pérez Manzano; “La doctrina tradicional sostenía de forma unánime que el bien jurídico era la propiedad. Sin embargo, de forma paralela tenía que reconocer que en los casos de apropiación de dinero, o en los supuestos de apropiación indebida recogidos en leyes especiales, difícilmente se podía considerar que era la propiedad el bien jurídico protegido. En efecto, en los casos en que la apropiación indebida tiene como objeto el dinero, la propiedad no puede ser el bien jurídico protegido, dado que su carácter de bien fungible hace que la mera posesión del mismo conllevan automáticamente su propiedad; si es el propietario del dinero quien se apropia indebidamente del mismo no se está afectando la propiedad del dinero...La consecuencia es que la doctrina actual entiende que en la apropiación indebida se protegen dos bienes jurídicos diferentes dependiendo del carácter fungible o no del objeto material sobre el que recae (MAJÓN-CABEZA, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, VIVES, DE LA MATA, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS). Si la apropiación recae sobre un objeto de carácter no fungible el bien jurídico será la propiedad. Si recae sobre bienes fungibles el bien jurídico será el derecho al cumplimiento de la obligación de devolución de otro tanto de la misma especie y calidad (MAJÓN-CABEZA). Si el objeto material es el dinero, bien ultrafungible, ese derecho al cumplimiento de la obligación es un derecho de crédito (por todos DE LA MATA)”⁵⁹⁰.

De la Mata destaca que; “..., MAJÓN-CABEZA ha defendido recientemente la necesidad de considerar como objeto de protección de dicho delito el “derecho a la devolución del objeto entregado”, desarrollando una idea apuntada por varios autores y expuesta con claridad por BAJO y VIVES, que parte de la distinción entre bienes fungibles y bienes no fungibles...”⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Luzón-Peña, ob. cit., p.86.

⁵⁸⁹ Ob. cit., p.86.

⁵⁹⁰ Bajo, “Compendio...”, p.480.

⁵⁹¹ “Tutela...”, p.93-94.

Majón-Cabeza, como se ve y siguiendo la línea de autores como Bajo, Vives y otros, sostiene que hay que distinguir el objeto de apropiación, si es fungible o no, colocando la mayor atención en el dinero, para así poder conocer el bien jurídico protegido. Ella señala; “En efecto, cuando el objeto de la apropiación es una *cosa no fungible*, el que la ha recibido viene obligado a devolver *la misma cosa* y con ninguna otra puede cumplir; de manera que si el agente se apropia de esa cosa determinada atenta contra el derecho de propiedad...La duda surge cuando nos encontramos ante *cosas fungibles*: así el que recibe una cosa fungible con obligación de devolverla puede cumplir devolviendo *otro tanto de la misma especie y calidad*. En estos casos parece que se protege el derecho a la devolución, más que la propiedad de la cosa, puesto que al Derecho le basta con que se devuelva el *tantundem*, no exigiéndose que se le devuelva la misma cosa. Esto resulta clarísimo cuando el objeto de la apropiación es el dinero, en este caso no se protege la propiedad, sino el derecho a la devolución...Como conclusión, diremos que el artículo 535 del CP protege en unos casos la propiedad y en otros, los relativos a relaciones en que median entregas de dinero, ya se trate de una obligación de devolver, ya se trate de una obligación de entregar, y este derecho al cumplimiento como derecho de crédito que es integra el patrimonio”⁵⁹².

También De la Mata se suma a esta opinión de la existencia de dos bienes jurídicos protegidos en este delito, ya que destaca que no puede negarse la idoneidad del dinero como objeto material del delito, por lo que él “como bien jurídico del delito de apropiación indebida, no sólo la propiedad sino también el derecho de crédito”⁵⁹³.

Otro autor que adhiere a estos postulados de la dualidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de apropiación indebida es, tal como destaca Silva Castaño⁵⁹⁴, Rodríguez Montañés; “De la misma opinión es Rodríguez Montañés, si bien esta autora considera que con ello “se amplía bastante el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida a los supuestos de administración desleal de intereses patrimoniales ajenos”.

Finalmente, como destaca Silva Castaño, en Italia autores como Fiandaca y Musco señalan que el bien jurídico protegido en el caso de apropiación indebida de bienes muebles no fungibles es la propiedad y que cuando el objeto material es un bien fungible “un rígido sometimiento a los paradigmas civilísticos sobre la propiedad, podría excluir la configuración del delito en algunas hipótesis”. Lo que resuelven bien modificando el concepto de lo que se entiende por el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, y así lo caracterizan como “el interés de un sujeto distinto del autor del hecho al respeto del vínculo originario del destino de la cosa”, bien a través de un distanciamiento del concepto civil de ajeneidad”⁵⁹⁵.

⁵⁹² Ob. cit., p.221 y ss.

⁵⁹³ “Tutela...”, p.209

⁵⁹⁴ Ob. cit., p.63.

⁵⁹⁵ Ob. cit., p.63-64.

6.4.-La exclusiva protección de la propiedad como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida . La postura de Bacigalupo, Jiménez Villarejo y Silva Castaño entre otros autores.

Silva Castaño, haciendo alusión a autores como Majón-Cabeza, Bajo Fernández y Pérez Manzano, señala que; “La identificación de patrimonio y propiedad ha llevado a algunos autores, a suponer que la apropiación indebida, en la medida en la que también puede tener por objeto dinero, cuya transferencia determina la pérdida de la propiedad, protege ciertos derechos de crédito, lo que implicaría claramente aceptar un auténtico caso de prisión por deudas”⁵⁹⁶ .

Bajo, como vimos anteriormente, reconoce tanto el acercamiento que se produce entre los delitos de insolvencia y el delito de apropiación indebida cuando el objeto material del delito es el dinero, cuanto que estamos ante una ampliación del ámbito de la protección pena, por lo que recurre a los criterios de deslealtad e irregularidad para alejar el bien jurídico consistente en el derecho a crédito de la prisión por deudas⁵⁹⁷ .

Se puede ir viendo que ya la apropiación indebida en los casos en que el objeto material del delito es dinero se desperfila como un auténtico delito de apropiación y se convierte en lo que Vives denomina una “disposición abusiva de valores patrimoniales”.

Debe sumarse a lo anterior la acertada crítica de Majón-Cabeza respecto al hecho que si se acepta el dinero como objeto material del delito, y se acepta su ultrafungibilidad, es decir, se aceptan los postulados del derecho civil de que la entrega de una suma de dinero transfiera su dominio, no se vislumbra claramente una razón por la cual se pueda decir que si A entrega a B una suma de dinero en virtud de un contrato mandato, B podría incurrir en un delito de apropiación indebida sino devuelve eventualmente dicha suma de dinero, pero si la misma suma de dinero la recibe B en virtud de un mutuo éste si no devuelve dicha suma jamás podría dar origen a una apropiación indebida. No se ve una razón poderosa para tipificar una situación y destipificar otra, si las dos consisten en la entrega de una suma de dinero, y en ambas al operar la entrega del dinero dan origen a un traspaso de su propiedad. Debe tenerse presente, como se verá más adelante en este trabajo, que Majón-Cabeza propone como solución a estos casos el criterio de la disponibilidad (además de los criterios de débito y de responsabilidad), es decir, este criterio permitiría entender porque se castiga como apropiación indebida la entrega y posterior no devolución de una suma de dinero al mandatario (aquí habría una disponibilidad mínima sobre el dinero por parte del mandatario), y no así a los casos en que se entrega y después no se devuelve una suma de dinero por parte de un mutuario (aquí habría una disponibilidad máxima por parte del mutuario).

De la Mata, ante este tipo de problemas si bien reconoce y estima la coherencia de la construcción de Majón-Cabeza (los criterios de débito, responsabilidad y disponibilidad),

⁵⁹⁶ Ob. cit., p.53.

⁵⁹⁷ Silva Castaño, ob. cit., p.65.

no deja tampoco de reconocer la necesidad de reformular la redacción del delito de apropiación indebida.

Dice De la Mata; “Las opiniones expresadas por BAJO, VIVES o MAJÓN-CABEZA tienen el mérito de poner de relieve un problema de difícil solución conforme a la interpretación tradicional del delito de apropiación indebida. Si se sigue manteniendo la propiedad como bien jurídico de este delito, parece que penalizar comportamientos todo lo más desleales no ha de ser función del mismo, sino en todo caso de otro tipo en el que se recoja la protección del patrimonio del individuo en su totalidad –incluyendo, por tanto, la protección del derecho a crédito- y no de una relación de propiedad de la que difícilmente pueda hablarse cuando estamos ante bienes fungibles. Creo por ello que la postura que toma MAJÓN-CABEZA debe compartirse...”⁵⁹⁸.

Sin embargo, él posteriormente reconoce que existe tres tipos de conductas frente a la disposición abusiva de sumas de dinero recibidas: (a) comportamientos desleales que lesionan o ponen en peligro el patrimonio de un sujeto; (b) comportamientos que lesionan la propiedad de un sujeto en su significación penal; (c) comportamientos desleales con los que ex ante no existe ni lesión de la propiedad ni el perjuicio patrimonial ni puesta en peligro del patrimonio ajeno. De la Mata estima que tienen relevancia penal sólo las dos primeras conductas.

Así, De la Mata reconoce que existe diferencias entre las conductas signadas con la letra (a) y (b) al involucrar derechos claramente diferenciables “Desde la perspectiva de la Doctrina clásica del Derecho Civil”⁵⁹⁹, motivo por el cual él propone redactar un nuevo tipo penal de apropiación indebida.

De la Mata señala al respecto: “Es evidente que toda la problemática a la que me he referido se deriva de la especial consideración del dinero como bien de naturaleza ultrafungible...Esta peculiaridad podría aconsejar redactar el tipo de apropiación indebida de forma actual diferenciando los objetos materiales sobre los que puede recaer la conducta del sujeto activo, o incluso, la creación de un tipo penal en el que se recojan una serie de conductas que tienen relación evidente con los supuestos típicos de apropiación indebida, pero que no son similares porque lo que se afecta ya no es el derecho de propiedad, sino otro derecho patrimonial, supuestos próximos a la gestión desleal del patrimonio ajeno que ya han encontrado acogida en otras legislaciones”⁶⁰⁰.

Esta dualidad de bienes jurídicos protegidos que se presenta en delito de apropiación indebida en el caso en que el objeto material del delito es dinero, y que De la Mata trata de solucionar por la vía de una perspectiva funcional de los conceptos propiedad y patrimonio, no satisface a autores como Bacigalupo, Jiménez Villarejo o Silva Castaño.

Esta última autora hace un paralelo sobre la situación del dinero entre la doctrina alemana y española. Ella señala;“La doctrina alemana es unánime al considerar la

⁵⁹⁸ “Tutela...”, p.100 y ss.

⁵⁹⁹ Silva Castaño, ob. cit., p.66.

⁶⁰⁰ “Tutela...”, p.100 y ss. Silva Castaño, ob. cit., p.67.

Propiedad como bien jurídico protegido por los delitos de apropiación. El párrafo 246 establece como objeto del delito las “cosas muebles ajenas”, por lo que debe entenderse que sólo puede tratarse de objetos corporales y, por tanto, los créditos no pueden ser objeto del delito de apropiación (Tenckhoff Jörg). Así se sostiene que cuando el objeto de la apropiación es dinero, se cometerá el delito sólo si existe una determinación cualitativa u cuantitativa exacta del mismo...en el caso en el que se de una conducta en el cual el sujeto activo pretende apropiarse sin haber determinado exactamente el objeto sobre el cual recaerá su acción, sólo cabe aceptar una forma imperfecta de ejecución del delito (Eser)”⁶⁰¹ .

Pero, tal como destaca esta autora, en la doctrina alemana Roxin postula la posibilidad de la apropiación de sumas indeterminadas de dinero. Ello lo hace aplicando de forma consecuente su visión de lo que era para él el Derecho penal, un sistema funcional teleológico, un Derecho penal que mira también a la esencia de las cosas, por ello él entiende que de lo que realmente se puede apropiar una persona cuando el objeto material del delito es el dinero, no son las monedas o billetes, sino del valor que ellos representan.

Así ella dice; “No obstante, algún autor puntualiza que, lo que resulta verdaderamente relevante para el Derecho Penal, no es tanto la corporalidad de las monedas, que debe darse, sino el valor que representan (Roxin). Sin embargo la propiedad continua siendo el bien jurídico protegido...”El dinero es la medida y el signo del valor reconocido del tráfico”. La función del dinero es doble, por una parte es un medio de pago, cuando se debe el valor de un objeto, y por otra es un medio general de cambio por cuanto es fácil cambiar una cosa por dinero y ésta a su vez por otra cosa u otra bien. “Dinero, en sentido estricto, es únicamente el signo de valor reconocido por disposición del derecho, o sea, el medio de pago, jurídicamente reconocido para las deudas de valor; dicho con otras palabras, aquellas cosas que tiene que aceptar el acreedor a quien se le debe el valor de un objeto”. Por tanto, el dinero es un valor que se materializa a través de las monedas o billetes. Podríamos pensar que lo que tiene relevancia para el derecho penal es el VALOR del dinero. Las monedas funcionan como un bien fungible, son disponibles para el autor y su obligación consistirá en devolver otras tantas, pero el valor es absolutamente indisponible para el autor, que deberá mantener su disponibilidad para que su titular pueda recuperarlo en cualquier momento. La conclusión a la que nos llevaría éste punto de vista es la de que el dinero constituido por los elementos que lo representan (valor y monedas), podría ser aceptado como objeto de la acción de apropiación, especificando, no obstante, que lo relevante para la configuración del delito, será el quebrantamiento de la propiedad que sobre el valor continúa teniendo el propietario”⁶⁰² .

Esta teoría fue acogida en la doctrina española por Sainz-Pardo⁶⁰³ , Pérez Manzano

⁶⁰¹ Ob. cit., p.67-68.

⁶⁰² Ob. cit., p.70.

⁶⁰³ Ob. cit., p.79.

⁶⁰⁴ y De la Mata ⁶⁰⁵ .

Al respecto dice De la Mata; “En definitiva, el dinero sí representa un bien idóneo como objeto material de los delitos de apropiación, pero dado su función no se asocia a la propiedad que un sujeto pueda desempeñar sobre las monedas o billetas que materializan la cantidad de que es titular, sino a la utilidad que esta cantidad en sí mismo reporta como valor de tráfico económico, lo relevante para confirmar la presencia del injusto típico, desde la concepción del bien jurídico que aquí se mantiene, es la afirmación de la lesión del sujeto pasivo en atención a la suma de carácter abstracto de que es titular” ⁶⁰⁶ .

Silva Castaño no acepta esta postura y señala la suya; “Esta opinión resulta altamente discutible, ya que si bien es cierto que resuelve el problema práctico y concreto de las deudas dinerarias, introduce un concepto artificioso de lo que se debe entender por dinero, para así poderse apartar de las reglas generalmente aceptadas por el derecho civil y mercantil sobre el concepto de propiedad y su transmisibilidad en el caso de las entregas de dinero...Por todo lo que hasta aquí hemos visto, la única conclusión a la que podemos llegar es que el dinero, como objeto de los delitos de apropiación, sólo puede ser objeto de la acción si se lo entrega como un bien no fungible, cerrado o sellado. Entregado de esta manera el bien jurídico protegido en estos casos continúa siendo la propiedad que sobre el mismo mantiene su titular” ⁶⁰⁷ .

Consecuencia de lo anterior Silva Castaño desarrolla su postura, pancivilista y formal. Ella dice; “Si el dinero se entrega como un bien no fungible, determinado o cerrado, es unánime la consideración de que quien se apropia de él, comete un delito de apropiación indebida...Si por otra parte, entendemos que el dinero se entrega como bien fungible, es evidente que se transmite la propiedad sobre el mismo y que por lo tanto debemos concluir que en estos casos, el comportamiento delictivo no podrá ir dirigido contra el derecho de propiedad, sino contra el derecho de crédito, como parte integrante del patrimonio de una persona...Algunos autores, siguiendo la tesis de Majón-Cabeza y Bajo Fernández, sostienen que el segundo de los supuestos que hemos apuntado es también comportamiento incluíble dentro de la apropiación indebida. Naturalmente para no incurrir en contradicciones optan, o bien por cambiar el bien jurídico protegido por el delito, que en éstos casos deberá ser el derecho de crédito, o bien por considerar la Propiedad desde una perspectiva funcional y mantener este derecho como único bien jurídico protegido por la apropiación indebida...Nuestro punto de vista consiste en entender que el dinero entregado como bien fungible configura un comportamiento delictivo diferente al delito de apropiación indebida, en el que, como hemos visto anteriormente, el dinero debe entregarse siempre y en todo caso como un bien no fungible” ⁶⁰⁸ .

⁶⁰⁴ Bajo, “Compendio...”, p.481.

⁶⁰⁵ “Tutela...”, p.210 y ss.

⁶⁰⁶ “Tutela...”, p.212.

⁶⁰⁷ Ob. cit., p.70-71.

Y, en base a estos razonamientos Silva Castaño, al igual que Bacigalupo⁶⁰⁹ y Jiménez Villarejo⁶¹⁰, desarrolla su postura; “El artículo 252 por tanto contiene dos comportamientos delictivos, uno que se caracteriza por la apropiación de cosas muebles ajenas entregadas en confianza y que vulnera el derecho de propiedad que sobre las mismas conserva su titular, a pesar de la entrega voluntaria...; y un segundo comportamiento, caracterizado por el quebrantamiento de la confianza depositada en un sujeto, al que se entrega una “cantidad” de dinero para que lo administre, o le de un fin determinado, y que realiza una conducta desleal de tales características que le produce al sujeto pasivo un perjuicio patrimonial...A través de esta consideración, impedimos que se integren como formas de apropiación indebida “Los comportamientos desleales que lesionan o ponen en peligro el patrimonio de un sujeto (por ejemplo un derecho de Crédito, como parte integrante de dicho patrimonio)”. No podemos caracterizar como apropiaciones indebidas lo que son los verdaderos tipos penales de administración desleal o fraudulenta, pues se diferencian tanto en el bien jurídico protegido, que es el patrimonio y no la propiedad, “como en la acción típica...que no requiere una acción de apropiación de una cosa, sino que caracterizan el comportamiento prohibido por la lesión patrimonial que producen”...No se puede extender indebidamente la significación de un comportamiento delictivo, como es el que configura la apropiación indebida, que protege sólo las relaciones de propiedad que sobre los bienes concretos tiene su titular. Nos parece que los motivos de política criminal que fueron apuntados no justifican la extensión del tipo penal y que, por otra parte, el hecho que determinadas leyes especiales establezcan la pena en relación al artículo 252, no significa que debamos modificar el concepto contenido y el bien jurídico que protege el delito de apropiación indebida, para poder considerarlas como formas de comisión de este delito...Encontramos un grupo de autores y algunas sentencias que consideran que en nuestra legislación actual nos encontramos ante una laguna legal, por lo que respecta a la punibilidad de comportamientos basados en la deslealtad de un sujeto frente a un patrimonio ajeno fuera del ámbito societario que le ha sido confiado. Bajo Fernández cita en éste sentido las sentencias..., en las que según éste autor el Tribunal Supremo concede la impunidad por carecer de un tipo penal de administración desleal. Sin embargo, estas Sentencias no motivan suficientemente la afirmación de la inexistencia en nuestro ordenamiento de un delito general de administración desleal. Ello se peribe en la Sentencia de 29 de enero de 1991 en la que se afirma que “Las administraciones fraudulentas no pueden integrar la apropiación indebida porque no implican apropiarse de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obliga a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general y no la propiedad de cosas determinadas”.

⁶⁰⁸ Ob. cit., p.71 y ss.

⁶⁰⁹ Véase en "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p.193 y ss.; en "Derecho Penal Económico", editorial Hammurabi, Buenos Aires 2000, p.133 y ss. y p.195 y ss., y en "Curso de Derecho Penal Económico", editorial Marcial Pons, Madrid 1998, p.97 y ss.

⁶¹⁰ "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p.147 y ss.

Ello no es algo diferente a lo que nosotros venimos afirmando: la administración desleal no es una forma de apropiación indebida. Pero no nos aporta un criterio en contra de la posibilidad de admitir la subsunción de éstos comportamientos en lo que el artículo 252 recoge como “distracción de dinero”...Por tanto, la laguna legal en materia de administración desleal fuera del ámbito societario no es total. Ciertamente no existe un tipo penal general que describa la administración desleal en forma similar a como lo hace el parágrafo 266 StGB. El Nuevo Código Penal regula un supuesto de Administración desleal del Patrimonio ajeno en el ámbito societario en el art. 295. Pero de allí no se deduce que no exista tampoco ninguna forma de administración desleal de patrimonio de un tercero. El artículo 252 del Código Penal cuando se refiere al dinero puede ser interpretado precisamente como una hipótesis particular de administración desleal...El sostener que en el artículo 252 se recogen dos supuestos delictivos claramente diferenciables, resuelve las críticas que se ponen de manifiesto cuando se entiende que el derecho de crédito deba ser el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida en los supuestos de entregas de dinero. Si entendemos que sólo se puede configurar el delito de apropiación indebida en los casos en los que el dinero se entrega en forma cerrada o sellada, y excluimos los supuestos de entregas de dinero entendido como bien fungible, no cabe hablar de que estemos considerando como formas de apropiación indebida la disposición abusiva de valores patrimoniales, o que nos acerquemos peligrosamente a supuestos de prisión por deudas, o que se trate de un delito frente a insolventes, o que de hecho se esté condenando por el incumplimiento contractual o la frustración de ciertas expectativas y limitaciones. Por otra parte ya no ofrece ninguna complicación el excluir de los contratos válidos en el delito de apropiación indebida el préstamo mutuo o el depósito irregular, o cualquier otro que produzca la transmisión de la propiedad. Finalmente, no encontraremos ningún problema al describir la conducta de apropiación que en todos los casos deberá caracterizar por la expropiación del titular del dinero entregado, que no pierde la propiedad sobre el mismo”⁶¹¹ .

La jurisprudencia nacional estima de forma mayoritaria que el dinero es objeto de apropiación (sin reparar mayormente en la fungibilidad que posee este bien). Así encontramos, a modo ejemplar, los siguientes fallos: de la I.C.A. de Santiago de 20 de noviembre de 1984 en causa contra Isidro Idemar R.M. en la cual se condenó a esta persona porque “recibió dineros de los querellantes y demás socios de la Cooperativa “Villa Los Paisajes” en formación para que pudiese contar con la personalidad jurídica y poder así llevar a la práctica su objetivo de contar con casa propia para todos y cada uno de los cooperados, lo que no llevó a efecto...habiéndose apropiado indebidamente de dineros...”⁶¹² ; de la I.C.A. de Santiago en la causa en contra de Marta Infante Salinas el 23 de abril de 1985 se la condenó por apropiación indebida de dinero, siendo los hechos los siguientes según aparece en el considerando 2º del aludido fallo “...la inculpada como Gerente de la Cooperativa “Fe y Esperanza” fundada por ella, disponía y administraba el dinero que ingresaba a esa entidad, toda vez que los tesoreros no hacían sino seguir sus instrucciones e ignoraban el destino del dinero, a consecuencia de lo cual se produjo el faltante..., sin que hasta el momento y a pesar de la larga tramitación de

⁶¹² Gaceta Jurídica N°53, p.78 y ss.

esta causa, haya justificado ni siquiera entregado a su abogado los antecedentes que le requerían para su defensa”⁶¹³; de la I.C.A. de Santiago en la causa en contra de Julio Raúl González Quezada de 09 de julio de 1985 en la cual se condenó por apropiación indebida (que la Corte denomina estafa) a este individuo por el siguiente hecho “...José Araya, estando atrasado en el pago de sus impuestos encargó a Julio Castro, a quien creía contador, la contabilidad de su negocio para que lo pusiera al día en el pago de tributos; que el referido Castro le dijo haber celebrado un convenio y recibió dos cheques

⁶¹¹ Ob. cit., p.71 y ss. Citaremos a continuación un famoso fallo, más no el primero, de la jurisprudencia española donde se acoge esta línea argumental. “Comparte la tesis del Tribunal Supremo sobre las relaciones entre apropiación indebida y administración fraudulenta la Audiencia Nacional...de SAN de 31-III-2000 (ARP 107/00), caso “Banesto”, que afirma la doble naturaleza de la apropiación indebida, delito que comprendería, por una parte, la apropiación de cosa mueble como delito contra la propiedad, y por la otra la infidelidad en la administración del patrimonio ajeno como delito contra el patrimonio, modalidad esta última que no requiere el “animus rem sibi habendi”, pero sí de una desviación y perjuicio para el administrado. Fundamento jurídico primero: “*B. Calificación jurídica...1. Subsunción típica...A los efectos de calificar jurídicamente el hecho debemos plantearnos, en primer término, si es subsumible en el delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535 del Código de 1973, vigente al tiempo de la comisión del delito. En segundo lugar, si es asimismo subsumible en el tipo del art. 252 del actual Código Penal o en el tipo del art. 295 del mismo Código que tipifica la doctrinalmente denominada administración desleal, y que, en su caso, contiene un régimen sancionatorio más favorable al reo...1. Los hechos que se han declarado probados son subsumibles en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP de 1973. Esta afirmación se fundamenta en el razonamiento jurídico que se expresa a continuación...Aunque en un primer momento la doctrina y la jurisprudencia encontraban cierta dificultad en subsumir las conductas de distracción de dinero en el tipo del art. 535, en atención a que, dado el carácter fungible del dinero, se transfería su propiedad al disponente, quien quedaba obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, si bien reconociendo que esta transmisión de propiedad se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (STS de 31 de mayo de 1993), lo cierto es que la evolución doctrinal y jurisprudencial llevó a un nuevo entendimiento del delito de apropiación indebida en el sentido de que el tipo del art. 535 (vigente art. 252) alberga dos delitos independientes de diferente naturaleza: el delito de apropiación indebida, consistente en la apropiación de una cosa mueble (delito contra la propiedad); de otro lado, un delito de infidelidad en la administración del patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción de dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio). Con ello, no se plantean problemas de tipicidad de conductas de gestión desleal del dinero, realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, pues la cuestión de si eran subsumible o no en el art. 535 constituía un problema de interpretación del tipo penal, que se ha decantado en el sentido expuesto...Como delito contra el patrimonio y no como auténtica apropiación que requiere la expropiación correlativa, el delito de administración fraudulenta no requiere una atribución de dominio definitiva y no requiere prueba de un “animus rem sibi habendi”. Por ello, la circunstancia de que no se haya probado en el juicio oral que el acusado Mario C. se apropiara personalmente de 300 millones de pesetas, e incluso para el caso de que no quedara descartado el ánimo de devolución de dicha suma en el futuro, esto es, que el autor no haya tenido la voluntad de privar de los bienes definitivamente al titular, no constituye obstáculo alguno para considerar punible la conducta consistente en una sustracción de dicha suma del destino normal que le correspondía conforme al objeto social de la empresa administrada, aunque con ello haya resultado un beneficio para personas distintas del propio administrador y aunque éste no se haya enriquecido incrementando su patrimonio, pues el delito de administración desleal no es un delito patrimonial de enriquecimiento. Por tanto, la tipicidad no depende de la constatación de una verdadera “apropiación” en el sentido de atribución de dominio por parte del administrador”. Carlos Martínez Buján Pérez, “Derecho Penal Económico”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, p.297 y ss.*

⁶¹³ Gaceta Jurídica N°58, p.127 y ss.

por quince mil pesos cada uno, los cuales entregó a Julio González; que el referido Castro entregaba al ofendido recibos de pago adulterados en cuanto a su timbre, y González cambió los dos cheques por dinero efectivo, a Carlos Aguila”⁶¹⁴; de la I.C.A. de Santiago en la causa en contra de Enrique Adolfo Larenas Sandoval de 19 de abril de 1988 se planteó por la defensa del condenado que en dicho caso no podía haber apropiación indebida por cuanto el dinero que recibió él era un bien consumible y él usó dicho bien conforme a su naturaleza consumible, tesis que fue rechazada por la I.C.A. por cuanto estimó que él condenado Larenas se apropió del dinero⁶¹⁵; de la I.C.A. de Santiago en el proceso en contra de Estefanía Leticia Urbina Urbina de fecha 10 de marzo de 1992⁶¹⁶; de la I.C.A. de Punta Arenas en el proceso en contra de Oscar Graft Vidal de fecha 15 de abril de 1992, caso en el cual un vendedor alteraba los recibos de cobranza de la empresa para la que trabajaba, apropiándose de esta forma de las sumas de dinero recibidas⁶¹⁷; de la E.C.S. en el proceso en contra de Pedro Juan Salazar Cuevas de 02 de agosto de 1993, proceso en el cual se ventiló el caso de la venta de una parcela a través de un mandatario, el cual se apropió de parte del dinero recibido por concepto del pago del precio⁶¹⁸; de la E.C.S. en el proceso en contra de Patricio Renato Torres Fleming de 11 de octubre de 1994 en el cual el condenado era cajero que recibió dineros de terceros para cancelar dividendos hipotecarios y, en lugar de hacerlo, los aplicó a usos propios⁶¹⁹; de la E.C.S. en el proceso en contra de Yolanda Massoglia Vargas de 16 de mayo de 1995 en el cual la condenada era funcionaria de una automotora y recibía sumas de dinero por concepto de pago de cuotas por parte de los afiliados a la sociedad destinadas a la compra de automóviles y la condenada, en vez de depositar algunas de dichas sumas de dinero en las cuentas corrientes abiertas en el banco por la automotora para sus clientes, las depositó en su cuenta corriente personal⁶²⁰; de la E.C.S. en el proceso en contra de Ricardo Labarca Parra de 07 de agosto de 1995 en el cual el condenado, abogado, “retiró para su patrocinado las cantidades de \$323.414, \$400.000 y \$145.000, de las cuales sólo hizo entrega a su mandante de \$100.000, sin proporcionarle el resto del dinero que le correspondía o sin consignarlo para que pudiera responder de él”⁶²¹; de la E.C.S. en el proceso en contra de Juan Raúl Armando Bascuñán Portales de 10 de agosto de 1995 en el cual el condenado recibió de

⁶¹⁴ Gaceta Jurídica N°94, p.64.

⁶¹⁵ RDJ 1988, tomo LXXXV, sección IV, página 23.

⁶¹⁶ Gaceta Jurídica N°141, p.74.

⁶¹⁷ RDJ 1992, tomo LXXXIX, sección IV, p.81.

⁶¹⁸ Gaceta Jurídica N°158, p.85 y ss.

⁶¹⁹ Gaceta Jurídica N°172, p.83 y ss.

⁶²⁰ Gaceta Jurídica N°179, p.105 y ss.

⁶²¹ Gaceta Jurídica N°180, p.72 y ss.

una Cía. de Seguros “un total de 15.350 pólizas de seguros con el fin de comercializarlas en el mercado correspondiente, percibiendo por dichas ventas un total de \$8.908.913 suma que guardó para sí en vez de entregarlas a la Cía. indicada”⁶²² y de la E.C.S. en el proceso en contra de Guillermo Matus Evans de 1º de septiembre de 1997, en este caso el esta persona fue absuelta por cuanto el era representante legal de una empresa (sociedad querellada) que suscribió contratos de factoring con una sociedad “mediante los cuales se estipuló que, a cambio de diversas sumas de dinero que recibió en efectivo la sociedad querellada, se cedieran a Santander Factoring los créditos mercantiles que aquélla mantenía respecto de los deudores Viña Tarapacá ex Zavala S.A., Cooperativa Agrícola Pisquera Elqui Ltda., Viña Santa Rita Ltda., Viña Concha y Toro S.A., Actual Ltda. y Bodegas y Viñedos Santa Carolina, debiendo, por ende, cancelarse directamente los dineros adeudados por estas empresas, a la cesionaria Santander Factoring, como se establece en los respectivos contratos; sin embargo, la cedente, San Camilo Ltda. (sociedad querellada), continuó percibiendo los pagos directos de varios créditos, y retuvo indebidamente dichos valores, sin entregárselos a su acreedor, como era su obligación, apropiándose de una suma de dinero”. La E.C.S. absolvió a esta persona por cuanto estimó que el dinero que recibió Matus, lo recibió en propiedad y no en mera tenencia, pero no por la aplicación de un concepto formal de propiedad, sino que por la aplicación de una cláusula de un contrato que habían celebrado querellante y querellado

623 .

Sin embargo la Excma. Corte ha estudiado el tema de la fungibilidad del dinero, eso sí, no en los términos aquí planteados. En el fallo que se pasará a ver a continuación se ve claramente una postura absolutamente contraria a la recién enunciadas. Así, en el proceso sobre el desafuero de Senador Pedro Opazo C., de 26 de octubre de 1950, se estudió acerca de la fungibilidad del dinero y la consumibilidad de los bienes fungibles (confundiendo fungibilidad y consumibilidad). Se estableció que quien recibe dinero cumple su obligación de restitución devolviendo otra tanto de la misma cantidad. En este fallo el máximo tribunal estableció que “se apropia de una cosa, el sujeto que la incorpora a su patrimonio, privando de ella al dueño, sin ánimo de restituirla. Se la distrae, cuando se le da un destino incompatible con el título en virtud del cual se tiene su posesión material. Aún cuando ambos conceptos son distintos, sin embargo, es de notar que el rasgo dominante de este delito lo constituye la apropiación. En efecto, el bien jurídico que la ley protege, es el dominio, de modo que la distracción, para que adquiera relevancia jurídica, debe ir acompañada de actos que, en definitiva, puedan importar apropiación. Ocurre, a veces, que la apropiación se manifiesta de una manera inequívoca, como, por ejemplo, cuando se distrae la cosa, vendiéndola o permutándola, pero no siempre sucede lo mismo. Así, en el caso del uso o aprovechamiento es indispensable considerar el propósito; porque no toda forma de aprovechamiento apareja necesariamente apropiación, y quien se sirve transitoriamente de la cosa, a lo más podría responder de los daños o los perjuicios, pero sin que de ello emanen consecuencias penales”.

“Establecido en el proceso que el gerente de una sociedad, antes de disponer o usar

⁶²² Gaceta Jurídica N°182, p.129 y ss.

⁶²³ Gaceta Jurídica N°222, p.140 y ss.

los valores a su cargo, aseguró su devolución, substituyéndolos por otros de análoga entidad, es evidente concluir que no tuvo el ánimo de apropiárselo, aún mas si esta substitución fue estimada, todavía ampliamente satisfactoria por la sociedad”.

“En estos casos es necesario, además, relacionar la apropiación con la naturaleza misma de la cosa que es materia de la devolución, porque no siempre la simple disposición de una cosa configura el delito. Es evidente que, cuando la cosa que se entrega debe ser restituida en especie, si en vez de restituirse la cosa misma, se da en su reemplazo, un valor equivalente, esta circunstancia no desvanece el delito. La devolución, en esta hipótesis, sólo podría significar una reparación del daño susceptible de ser considerada como una atenuante de la responsabilidad criminal; pero no ocurre lo mismo, cuando se trata de cosas fungibles que se consumen con el uso conveniente a su propia naturaleza”.

“De esto se deduce que, dentro de los principios generales que gobiernan el derecho civil, el obligado a restituir una suma de dinero, cumple su obligación, devolviendo otro tanto”.

6.5.-La situación del bien jurídico en Chile.

Miguel Soto estima que el bien jurídico es la propiedad. Él dice; “el interés patrimonial específicamente protegido en este delito es la: “propiedad”.”⁶²⁴ Pero una propiedad entendida en sentido estricto.

En cambio Etcheberry estima que el delito de apropiación indebida viola el derecho real de propiedad, pero un concepto de propiedad patrimonializado.

Él dice; “El derecho del perjudicado no es un simple derecho personal a exigir la entrega de una cosa que aún no es ajena, sino un derecho real para exigir la entrega para exigir la entrega de una cosa que es propia. No es un simple acreedor, sino un dueño”⁶²⁵.

Miguel Soto explica la postura de Etcheberry; “Otros autores, como por ej. Etcheberry, si bien no dan expresa acogida a dicho extremo a nivel de definición del objeto jurídico, que identifican sólo con el “patrimonio” o con la “propiedad en sentido amplio”, de hecho estructuran su concepción dogmática del delito sobre la base de la referida “objetividad jurídica compleja”, acogiendo una interpretación amplia del “distrajere”, recogiendo en lo injusto, como resultado típico, el “perjuicio económico patrimonial” y exigiendo que el objeto material del delito sea susceptible de apreciación pecuniaria”⁶²⁶.

Labatut, por su parte, estima que el bien jurídico protegido por este delito “es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa,

⁶²⁴ Ob. cit., p.41, 48, 75.

⁶²⁵ Ob. cit., p.425 y ss.

⁶²⁶ Ob. cit., p.27.

obligaciones que pesan sobre el hechos y que éste quebrantó, violando así la confianza depositada en él”⁶²⁷.

Según Politoff, seguido actualmente por Matus y Ramírez⁶²⁸, el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es “el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar...La fuente o causa jurídica de esta obligación de devolver o de usar en la forma determinada debe buscarse en alguno de los diversos títulos de mera tenencia a que nos referiremos, con cierta extensión, más adelante”⁶²⁹.

Esta posición fue duramente criticada en España por Sainz-Pardo, a raíz de la aplicación de un análogo razonamiento por parte de la Sentencia de 21 de marzo de 1975. Él sostuvo que; “Frente a la opinión mayoritaria, la S. 21-3-1975, ve la esencia u objetividad jurídica de la apropiación indebida en “el incumplimiento del sujeto activo, de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver y que es correlativo al derecho a la restitución, generalmente en el “tradens” y que le faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, *derecho que es el bien jurídico protegido*, y que se fundamenta en los títulos o relaciones que justifican la tenencia”...Por lo que hace referencia a la doctrina, de igual modo a la sentencia enunciada, POLITOFF, justifica que el objeto específico de tutela sea el derecho personal a la restitución o al uso determinado...La admisión del mero derecho a la devolución o entrega, como bien jurídico protegido, nos llevaría a desvirtuar de tal modo el delito de apropiación indebida, que habríamos de aplicar el 535 ante supuestos de mero incumplimiento contractual, dejando la esencia, el ataque al derecho de propiedad, reducida a un plano secundario. El incumplimiento de las obligaciones, las reparaciones por daños y perjuicios derivados del mismo, o las repeticiones por enriquecimiento injusto, se resuelven y desenvuelven en el marco del derecho privado, dejando a salvo el carácter del Derecho Penal como último “ratio”. ”⁶³⁰

Para Garrido Montt, siguiendo la línea de Bajo Fernández y Muñoz Conde, “El *objeto jurídico* protegido por este delito es la propiedad de las cosas muebles, aunque es indudable que no es suficiente ese bien para respaldar la existencia de un figura como la apropiación indebida...Con la apropiación indebida se sanciona también el hecho de que el agente infrinja la *obligación de todo deudor de mantener su patrimonio para responder al pago de deudas* que ha contraído, cuando queda en la imposibilidad de restituir la especie mueble –de la cual dispuso como dueño-; se ha puesto en situación de *insolvencia* frente a sus acreedores, aumentando así el desvalor inherente a la acción de apropiarse de aquello que debía devolver. Se estima que esta situación de *insolvencia* es la que respalda la existencia del delito como figura independiente, y que permite a su vez diferenciarla de una simple *prisión por deudas*, ya que es algo más que el mero

⁶²⁷ Ob. cit., p.234.

⁶²⁸ Ob. cit., p.182.

⁶²⁹ Ob. cit., p.67.

⁶³⁰ Ob. cit., p.68-69. Véase también Silva Castaño, ob. cit., p.66-67

incumplimiento de una obligación civil”⁶³¹ .

Finalmente Miguel Soto estima que el bien jurídico es la propiedad, lisa y llanamente, en su concepto privatístico, como derecho real que constituye.

La jurisprudencia nacional ha acogido en variados fallos la tesis de Politoff, así por ejemplo en el fallo de la I.C.A. de Santiago en el proceso en contra de Enrique Adolfo Larenas Sandoval de fecha 19 de abril de 1988 se señaló en el considerando 2º que “El bien jurídico lesionado por la apropiación indebida es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el hechor y que éste quebrantó, violando, de este modo, la confianza depositada en él”⁶³² .

7.- El objeto material y el bien jurídico

El objeto material del delito es la cosa mueble ajena (objeto de la acción u objeto material de la acción).

Como dice Luis Beneytes Merino al tratar de las insolvencias punibles; “La esencial unidad del ordenamiento jurídico y su función reguladora de la vida social, en la medida de lo necesario, da lugar a un fenómeno de permeabilidad entre sus distintos sectores”.

“Este fenómeno de comunicación e interdependencia resulta especialmente visible en el campo de los delitos contra el patrimonio”⁶³³ .

Invocando el principio de la unidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, afirmando la plena validez en el derecho penal de los conceptos del derecho privado, encontramos también a Silva Castaño⁶³⁴ .

Si bien en lo personal parto de una distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, creo que la cita es perfectamente útil, porque el problema de la permeabilidad del derecho privado en el derecho penal se presenta de forma sustancial.

Nuestro código penal habla de cosa mueble en los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, concepto que se presenta tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho penal.

Sin embargo, nuestro Código penal en el art. 470 N°1 si bien habla de cosa mueble, no la califica de ajena. La ajeneidad se utiliza en la descripción del tipo del delito de hurto del artículo 432.

⁶³¹ Ob. cit., p.363.

⁶³² Gaceta Jurídica N°94, p.66 y ss. Véase también RDJ, tomo LXXXV sección IV, p.23 y ss.

⁶³³ Véase “Las insolvencias punibles”, en “Curso de Derecho Penal Económico”, ob. cit., p.169.

⁶³⁴ Ob. cit., p.59 y ss.

Menciono, sin embargo, la ajeneidad de la cosa mueble, en primer lugar; porque ella se desprende del hecho que la cosa mueble deba ser entregada al sujeto activo por un título que lo obligue a entregar o a devolver⁶³⁵.

Consecuencia de esto es que el sujeto activo, en el caso de la apropiación indebida, es un sujeto especial, no cualquiera, sino que sólo puede ser sujeto activo del delito un mero tenedor.

En segundo lugar, la ajeneidad cobra especial importancia respecto de una de las cosas muebles especialmente enumerada en la descripción típica de este delito, a saber, el dinero, ya que cualquier suma de dinero que se entregue transfiere la propiedad sobre dichas monedas o billetes a quien lo recibe, y si hay transferencia de propiedad sobre dichas monedas el asunto debe ser estudiado con mayor detenimiento, por cuanto el presupuesto básico del delito en comento es, precisamente, que las cosas muebles le hayan sido entregadas al sujeto activo en razón de un título que lo obligue a entregar o devolver, en otras palabras, por un título que le confiera al sujeto activo la calidad o condición de mero tenedor y no de propietario.

El estudio del problema del dinero en la apropiación indebida y, en definitiva, de la ajeneidad, fue tocado por primera vez en España por Bajo Fernández, ya que toda la doctrina sostenían lo que podemos ver a continuación en las palabras de Quintano Ripollés; “Al mentarse conjunta y un tanto pleonásticamente con tales cosas muebles el *dinero y otros efectos*, se resuelve en parte la cuestión, en otros sistemas tan discutida, de si los bienes fiduciarios, y en general los fungibles, son o no susceptibles de apropiación, que en estricta doctrina se combate por amplios sectores de la ciencia alemana, sobre todo por THODE, en su monografía sobre el tema (cit. en Bibliografía). La afirmativa en nuestro Derecho, que el texto impone en cuanto al dinero, y que por extensión cabe aplicar a las cosas fungibles y consumibles, no obliga, sin embargo, a que la cualidad de los bienes sea siempre indiferente, pues lo cierto es que en determinados títulos contractuales, como el de préstamo, dicho extremo es capitalísimo, hasta el punto de posibilitar la apropiación indebida en el comodato e imposibilitarla en el de mutuo, como se verá en el próximo capítulo al tratar de las titularidades de la posesión”⁶³⁶.

Bajo Fernández detectó un problema en cuanto al bien jurídico protegido cuando el objeto material del delito se trataba de dinero, él se dio cuenta que en estos casos ya no podía ser la propiedad el bien jurídico protegido, sino que otro muy distinto, a saber, el derecho de crédito. Él dijo, hablando eso sí de los títulos; “La primera cuestión que interesa hacer objeto de atención es la relativa a aquellos títulos que tienen como objeto el dinero. El dinero es la *cosa fungible por excelencia* y por tanto para adquirir la propiedad del mismo basta con la *traditio*. Desde este punto de vista siempre que el

⁶³⁵ Al respecto véase sentencia de 2ª instancia de la I.C.A. de San Miguel de 30.06.03, Gaceta Jurídica, año 2003, junio, N°276, p.180 y ss. En el considerando 1º de dicho fallo la Corte señaló; “Primero: Que el delito de apropiación indebida consiste –esencialmente- en quedarse con las cosas ajenas recibidas por un título precario, violando el deber jurídico de entregarlas o devolverlas”. Véase también fallo dictado por E.C.S. en causa contra Sonia Gutiérrez Gallego a la cual se le absolvió del cargo de haberse apropiado o distraído un vehículo embargado de su propiedad, Revista Fallos del Mes, N°374, p.911 y ss.

⁶³⁶ Ob. cit., p.898 y ss.

sujeto “ha recibido” dinero se convierte en propietario del mismo”.

“Por eso en su momento concluíamos que al incluir el dinero en el artículo 535 no puede entenderse el derecho de propiedad como objeto exclusivamente protegido en el precepto, sino también el derecho de crédito con lo que nos acercamos a los delitos de insolvencia, con la sustancial diferencia de que en el texto actual del artículo 535 no se exige la insolvencia del autor. A mi juicio, frente al problema que plantea la inclusión del dinero en el artículo 535 sólo caben dos posturas. La primera, sería la de entender el dinero sólo constituye objeto de apropiación indebida cuando haya sido recibido como cosa específica y determinada (el dinero metido en una caja, billetes numerados, el dinero que se encuentra en el domicilio del difunto, etc.). Según esta primera postura siempre que el dinero sea entregado en su condición genérica adquiriendo el cedente un simple derecho de crédito, sin *actio reivindicatoria* el comportamiento posterior de disposición o apropiación por parte de quien lo recibe constituiría un simple ilícito civil. Una segunda postura sería aquella que entendiera que la apropiación del dinero que se tiene obligación de entregar o devolver, constituye siempre delito de apropiación indebida por imperativo del artículo 535, siempre que sea un título válido de los que recogen en el precepto. Conforme a esto tendríamos que concluir que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida no lo es el derecho de propiedad exclusivamente sino también en el derecho de crédito, entendido en su sentido más estricto de derecho al cumplimiento de las obligaciones, con lo que la apropiación indebida incluiría presupuestos de prisión por deudas”⁶³⁷.

Si bien la gran mayoría de los códigos mencionan específicamente este elemento dentro del tipo, existen en la actualidad algunos códigos que no echan mano a este concepto. Estos son los casos, por ejemplo, del artículo 314-1 del Código penal francés, el artículo 468 del Código penal de la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 560 del Código penal del Ecuador y el Código penal de República Dominicana⁶³⁸.

La cosa mueble es de aquellos elementos que se encuentra dentro de la faz objetiva del tipo penal, de carácter normativo-jurídico, es decir, es un elemento que requiere de una valoración del sujeto activo de acuerdo a las normas del ordenamiento jurídico para poder comprenderlo⁶³⁹, valoración que deberá ser efectuada, en palabras de Mezger, en la “órbita del profano”⁶⁴⁰.

Son muchas, pero no ahondan en el tema, las opiniones de los principales comentaristas a los códigos penales de España y de nuestro país, sin embargo el estudio de las cosas corporales muebles puede dividirse en dos grandes grupos; aquellos que estiman que el concepto de cosa muebles debe definirse a la luz del derecho civil (tesis pancivilista) y aquellas otras que estiman que dicha definición debe hacerse desde un punto de vista penal (tesis de la autonomía del derecho penal).

⁶³⁷ “Manual...”, p.286 y ss. Siguiendo este análisis en Chile, Garrido Montt, ob. cit., p.363

⁶³⁸ Este último código es mencionado por Politff en “El Delito de...”, p.74, nota al pie de página N°203.

⁶³⁹ Enrique Cury, “Derecho Penal”, Parte General, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1982, p.248. En el mismo sentido Diego-Manuel Luzón P., ob. Cit., p.782.

La existencia de estas dos corrientes obedece a las dos concepciones que existe respecto de las relaciones entre las categorías del Derecho civil y las del Derecho penal. La concepción privatista “sostiene que los términos que provienen del derecho privado debe ser utilizados con la significación que esta rama del ordenamiento les atribuye, no pudiendo el Derecho penal modificar la esencia de institutos que son propios de aquél...Frente a la anterior concepción surge la denominada “corriente autonomista” que, a partir de la base, hoy comúnmente admitida, de que el Derecho penal no tiene carácter meramente sancionador, sino constitutivo, considera que cuando esta rama del ordenamiento se refiere a institutos ya conformados y regulados por el Derecho civil, lo hace en forma independiente, dotándoles de un significado autónomo y propiamente penal...Situado el tema en sede de interpretación, el método más seguido por la doctrina penal es el denominado “exegético-experimental”, mediante el cual, a partir de las categorías elaboradas por el Derecho civil, ha de procederse a una interpretación de carácter teleológico a la luz de los fines perseguidos por el Derecho penal, adaptando aquéllas a éstos en caso de conflicto...”⁶⁴¹.

Carrara⁶⁴² y Pacheco⁶⁴³, no dieron una definición formal del concepto de cosa, pero proporcionaron sus características (físicas). Carrara dijo que “los inmuebles no son sustraídos sino invadidos y los semovientes son llevados”, y Pacheco, por su parte, dijo que cosas muebles son “las cosas que pueden llevarse”.

Ya con Groizard encontramos un punto de vista derechamente pancivilista, ya que afirmaba que debía atenderse al código civil de cada país para determinar lo que debe comprenderse dentro del concepto cosa mueble.

Rodríguez Navarro⁶⁴⁴ se pronunció en un sentido similar y, al efecto, cita un fallo del T.S. Español en que se sostiene que el concepto en comento debe definirse según el Código Civil entendiendo por ello los que “son susceptibles de apropiación que no son muebles” (sic).

En Chile, Fuensalida no define este concepto, pero expresó cuales eran sus principales características físicas; que la cosa mueble sea corporal y susceptible de

⁶⁴⁰ “Tratado de”, tomo II, p.136 y ss. Mezger afirma “La tesis correcta deberá ser la siguiente: el actuar doloso exige, según párrafo primero del parágrafo 59 del Código, el conocimiento de las diversas características del tipo, por tanto, cuando se trate de características típicas *normativas*, el conocimiento de su significación. Pero del profano en Derecho no puede exigirse además de ello una subsunción formal de los hechos bajo la ley. Pero si, ciertamente, es necesario, en orden a tal conocimiento de la significación, una *valuación paralela del autor en la esfera de lo profano*, o dicho más claramente: una *apreciación de las características del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido* que la valoración legal-judicial”.

⁶⁴¹ Véase a Huerta Tocildo, en “Protección...”, p.19-25.

⁶⁴² Ob. cit., p.24 y ss.

⁶⁴³ Ob. cit., p.320 N°4.

⁶⁴⁴ Ob. cit., p.4790.

tradición manual ⁶⁴⁵ .

Vera ⁶⁴⁶ sólo sostuvo que si el objeto que se tomado es inmueble, no hay robo sino usurpación.

Dentro del grupo de autores que propugnan un concepto penal de cosa mueble, que son casi la unanimidad de la doctrina, podemos encontrar a Puig Peña, Cuello Calón, Quintano Ripollés, Quintero Olivares, Bajo Fernández, Pérez Manzano, Rodríguez Ramos, Muñoz Conde, Mestre Delgado, Conde Pumpido, González Rus, Queralt, Vives y González Cussac, Serrano Gómez, A. Calderón y J. A. Choclán, Corcoy, Rodríguez Devesa, Luzón Peña, Sainz-Pardo, Bustos, De la Mata, Bercovitz, Soler, Núñez, Donna, Maggiori, Vodanovic, Garrido Montt, Etcheberry, Politoff, Matus y Ramírez ⁶⁴⁷ . Estos autores entienden por cosa mueble, a groso modo, todo objeto “material, aprensible y suceptible de ser trasladado de un lugar a otro” ⁶⁴⁸ , definición que no es posible a la luz de las normas de derecho privado.

Dentro del grupo minoritario de autores que adscriben a la tesis de la unidad de concepto civil y penal de cosa mueble encontramos en España a Silva Castaño y en Chile a A. Alessandri ⁶⁴⁹ , Vivanco ⁶⁵⁰ y Labatut ⁶⁵¹ . Para ellos el concepto de cosa

⁶⁴⁵ Ob. cit., p.159 y 160.

⁶⁴⁶ Ob. cit., p.650.

⁶⁴⁷ Puig Peña, ob. cit, p.218 y ss.; Cuello Calón, ob. cit., p.724 y 830; Quintano Ripollés, ob. cit., p.6 y ss., p.898 y ss.; Quintano Olivares, “Comentarios a la Legislación Penal”, tomo V, volumen 2º, Editorial de Revista de Derecho Público, dirigida por Cobo del Rosal, p.1138 y ss.. También en “Comentarios a la Parte...”, 2ª edición, p.478 y ss.; Bajo Fernández, “Manual...”, p.36-38 y p.282. También “Manual...”, Bajo / Pérez, p.71 y 423; Pérez Manzano, “Compendio...”, p.354 y ss.; Rodríguez Ramos, “Manual...”, p.106 y 307; Muñoz Conde, “Manual...”, 14ª edición, p.363-364 y 432; Mestre Delgado, ob. cit., p.224-226 y 276; Conde Pumpido, ob. cit., p.58 y ss.; González Rus, “Derecho Penal Español-Parte Especial”, tomo I, obra dirigida por Cobo del Rosal, Madrid 1996, p.701; Queralt, ob. cit., p.235 y 332; Vives y González Cussac, “Derecho...”, p.366 y 469. También “Comentarios...”, p. ; Serrano Gómez, ob. cit., p.338 y ss.; Calderón / Choclán, ob. cit., p.785 y ss., p.824 y ss.; Corcoy, “Sistema...”, p.320. También “Manual...”, tomoll, p.92; Rodríguez Devesa, “El hurto...”, p.127 y ss.; “Derecho...”, p.407 y 416; Luzón Peña, ob. cit., p.87 y 782; Sainz-Pardo, ob. cit., p.80; Bustos, “Manual...”, p.165 y 207; De la Mata, “Tutela...”, p.196 y ss.; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentarios al Código Civil”, Aranzadi Editorial, Navarra 2001, p.473; Soler, ob. cit., tomo IV, p.207 y ss., p.439; Núñez, ob. cit., p.217-218 y 247-249; Donna, ob. cit., tomo II-B, p.34-39 y 373; G. Maggiori, véase “Derecho Penal-Parte Especial”, v.5, editorial Temis, Bogotá 1956, p.27 y ss.; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “Derecho Civil-Parte Preliminar y Parte General”, tomo II, Editorial Conosur, Santiago 1991, p.43; Garrido Montt, ob. cit., tomo IV, p.154 y 369 y ss.; Etcheberry, ob. cit., tomo III, p.299 y ss.; Politoff, “El Delito...”, p.74 y ss.; Matus y Ramírez, ob. cit., p.99-100 y 183.

⁶⁴⁸ Por todos Vives y González Cussac, “Derecho...”, p.366. En el mismo sentido, De la Mata, “Tutela...”, p.196.

⁶⁴⁹ Véase “Similitud del concepto de cosa mueble en el derecho civil y en el derecho penal”, Revista de Ciencias Penales, 2ª época, septiembre de 1945, tomo VIII, N°3, p.175 y ss.

⁶⁵⁰ Ob. cit., p.67 y ss.

⁶⁵¹ Ob. cit., tomo II, p.198 y 235.

mueble es el mismo que el manejado por la corriente de autores adherentes al concepto autonomista penal, sólo que estiman que puede llegarse a él a través de la normas y conceptos proporcionados por el derecho privado. En España se dan similares razones a las formuladas en nuestro país para adherir a la utilización del concepto civil de cosa mueble en el derecho penal⁶⁵².

En cuanto a la ajeneidad, existen 2 corrientes que la explican, las cuales se dan mayoritariamente al tratar del hurto, no así de la apropiación indebida, esto por ser innecesario, ya que en el tipo del delito de hurto se menciona expresamente la ajeneidad no así en el tipo de la apropiación indebida y, además, por según autor el legislador al decir que la cosa mueble se recibe en este delito por un título que obliga a entregar o devolver, esto supone, en consecuencia, que la cosa es ajena. Esto último es absolutamente discutible como se verá.

Las teorías que explican la ajeneidad se pueden dividir, como dije, en 2, en una división hecha con fines didácticos. Una corriente es positiva y, la otra, negativa.

La corriente positiva estima que ajena es la cosa mueble que pertenece a una persona determinada o determinable.

La corriente negativa estima que ajena es la cosa que no pertenece al sujeto activo.

Dentro de los adherentes al concepto positivo encontramos a Quintano Olivares, Pérez Manzano, Cuello Calón, Serrano Gómez, Rodríguez Devesa, Bustos, Vives y González Cussac, Mezger, Donna, Vivanco, Labatut, Matus y Ramírez, Garrido y Etcheberry⁶⁵³.

Ahora bien, adhieren al concepto negativo de ajeneidad Bajo Fernández, Muñoz Conde, Queralt, Puig Peña, Calderón / Choclán, Luzón Peña, Sainz-Pardo, Quintano Ripollés, De la Mata, Silva Castaño, Soler y Núñez⁶⁵⁴.

A diferencia de nuestro código y el Español el StGB en el "...parágrafo 246 establece como objeto del delito las "cosas corporales ajenas", por lo que debe entenderse que sólo puede tratarse de objetos corporales y, por tanto, los créditos no pueden ser objeto del delito de apropiación"⁶⁵⁵.

⁶⁵² Silva Castaño, ob. cit., p.59, 133-137.

⁶⁵³ Quintero Olivares, "Comentarios a la Parte Especial", p.478 y ss., "Comentarios a la Legislación Penal", ob. cit., p.1138 y ss.; Pérez Manzano, "Compendio...", p.354; Cuello Calón, "Derecho...", p.728; Serrano Gómez, "Derecho...", p.339; Rodríguez Devesa, "Derecho...", p.131; Bustos, "Manual...", p.165; Vives y González Cussac, "Derecho...", p.367; Mezger, "Derecho...", p.175; Donna, "Derecho...", p.42; Vivanco, "El delito...", p.64 y 69; Labatut, "Derecho...", p.198; Garrido, "Derecho...", p.155; Etcheberry, "Derecho...", p.300 y ss.; Matus y Ramírez, "Lecciones...", p.100.

⁶⁵⁴ Bajo Fernández, "Manual...", p.38-39; Muñoz Conde, "Derecho...", p.364; Queralt, "Derecho...", p.235-236; Puig Peña, "Derecho...", p.219; Calderón/Choclán, "Derecho...", p.785; Luzón Peña, "Enciclopedia...", p.782; Sainz-Pardo, "El delito...", p.85; Quintano, "Tratado...", p.118; De la Mata, "Tutela...", p.213 y ss.; Silva Castaño, "El delito...", p.146; Soler, "Derecho...", tomo IV, p.215; Núñez, "Manual...", p.218.

⁶⁵⁵ Jörg Tenckhoff, "Zur Einarbeitung und Wiederholung Die Unterschlagung", cita hecha por Silva Castaño, ob. cit., p.67-68.

En el mismo sentido se pronuncia Mezger cuando sostiene “Un importe abstracto de dinero y el objeto de un simple crédito, no son como tales, una cosa, pero sí lo son los documentos que materializan el crédito, como libretas de caja de ahorros, letras de cambios, bonos, vales para comprar viveres, etc. Sólo se toma en cuenta la propia cosa y no su diferenciación con arreglo a propiedades de hecho o jurídicas...”⁶⁵⁶.

Una posición similar la encontramos en la cita que Politoff hace de Schönke (de su obra “Kommentar”), en la cual este autor sostiene que “no importa si la es cosa mueble en el sentido del Derecho Civil...” —expresa- es que sea realmente movable, del modo que “cosas muebles, es decir, movibles, son entonces, también, partes integrantes de una cosa inmueble que han sido separadas para apoderarse de ellas...”⁶⁵⁷.

La regla en el StGB de que la cosa debe ser corporal plantea una serie de problemas respecto del objeto material de la acción (si es la sustancia de la cosa, el valor de ésta o su función) los cuales se analizan al tratar el concepto “apropiación” (¿de qué es en realidad de lo que se apropia el sujeto activo?), por ejemplo, lo que podría ocurrir hoy en día en nuestro país con la tarjeta multivía del Metro si una persona se apropia de ella, la ocupa en reiteradas oportunidades disminuyendo su valor y, luego, la devuelve su propietario⁶⁵⁸.

El BGB es más genérico que el parágrafo 246 del StGB, pero más específico que el ZPO (ordenamiento procesal civil). Señala el parágrafo 90 del BGB que “Sólo los objetos corpóreos son cosas en sentido jurídico”.

Señala Emilio Eiranova la tratar la sección segunda del BGB donde se contiene el parágrafo 90; “1) Mientras en anteriores leyes, como por ejemplo la ZPO 265 (ordenamiento procesal civil), se entiende como “cosa” cualquier objeto jurídico, el BGB parte de un concepto más estricto. Conforme a la definición legal del parágrafo 90, las cosas son objetos físicos y, por tanto, hay que entenderlo como una especificidad del “objeto” en general. Sin embargo, el BGB utiliza con este sentido la expresión sólo en el Derecho de cosas. En normas ajenas al tercer libro los objetos físicos tampoco están eventualmente bajo el concepto de “cosa”, así como tampoco en los parágrafos 119 II y 459. Tras la nueva incorporación, previa al parágrafo 90^a, los animales no son cosas. Sin embargo, a efectos prácticos siguen considerándose en gran medida como tales, ya que hay que aplicar pertinentemente, para el objeto jurídico animal, los reglamentos vigentes para las cosas (parágrafo 90^a)”.

“2) El concepto superior “objeto” no está definido por la ley. Se emplea en relación con las disposiciones de los parágrafos 135, 161, 185, 747, 816, 2040 y en relación con las obligaciones del Derecho de crédito en los parágrafos 256, 260, 273, 292, 504, 581, 2374. “Objeto” es todo lo que puede ser objeto de derecho. A él pertenecen, además de las cosas, los créditos (*Forderungen*), los derechos patrimoniales (*Vermögensrecht*) y los derechos sobre los bienes inmateriales (*Immaterialgüterrecht*); no, por el contrario, los

⁶⁵⁶ “Derecho...”, p.173.

⁶⁵⁷ Ob. cit., p.76.

⁶⁵⁸ E. Bacigalupo, “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”, Akal Iure, 2ª edición, Madrid 1994, p.190.

derechos de la personalidad, los que se desenvuelven dentro del Derecho de familia y los derechos dependientes (*unselbständig*) como son, por ejemplo, el derecho de la impugnación y el derecho a despido...”⁶⁵⁹.

En España el concepto civil de cosa mueble, del art.335 del CC, señala que “se reputan muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior y, en general, todos los que puedan transportarse de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuvieren unidos...Son dos criterios diferentes. El primero es residual: son muebles los bienes que no encajan en la enumeración de inmuebles del artículo 334. El segundo es el de la movilidad o transporte cuando la cosa está unida a un inmueble...La unión a la que alude el legislador es evidentemente física...”⁶⁶⁰. Es decir, en España la regla en materia de derecho privado es más genérica que en materia penal, similar a lo que sucede en el BGB.

En nuestro país, el código civil señala en el artículo 567 que cosa mueble “son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (...), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las inanimadas”.

Se sostiene que “En principio, la noción de inmueble está ligada a la de fijeza. El concepto de inmueble, evoca que una cosa que no es susceptible de trasladarse de un lugar a otro sin alterar su naturaleza; el concepto de mueble corresponde a una cosa cuyo traslado es posible sin ningún riesgo para su substancia...”⁶⁶¹.

El concepto civil de cosa mueble, si bien esta atado a la idea de traslado físico, o sea a un criterio que se mueve en el plano objetivo, también obedece a criterios valorativos (subjetivos), específicamente económicos (de constitución de derechos) y, por tanto es más amplio que el concepto penal. Sin embargo esta amplitud, cuando se trata de cosas inmuebles por destinación, ya no es válida, y el concepto civil pasa a ser restringido, porque hay algunos inmuebles de esta clase que pueden ser objetos materiales de los delitos de apropiación.

Al respecto sostiene Vodanovic, haciendo alusión a la opinión de Alessandri (la unidad del concepto civil y penal de cosa mueble), “La Corte Suprema siguió este criterio en el caso de un individuo condenado como autor del delito de hurto por haber explotado la madera de unos bosques fiscales; pero aplicó el artículo 571 que reputa muebles aún antes de su separación, a las cosas accesorias a los inmuebles, para el efecto de constituir un derecho sobre dichas cosas a otra persona que el dueño. La aplicación del artículo 571 es inadecuada, porque el ladrón se apropia económicamente de la cosa, pero no constituye ningún *derecho* sobre ella. Al redactor tampoco le parece convincente el argumento de Alessandri, porque el artículo 573, parte final, dice que las cosas de que trata dejan de ser inmuebles, no desde que se *pretende* separarlas con el objeto de darles un diferente destino, sino desde que se *separan* con ese objeto...;...en nuestra legislación, los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, se reputan

⁶⁵⁹ Emilio Eiranova E., “Código Civil Alemán Comentado”, Editorial Marcial Pons, Madrid 1998, p.63.

⁶⁶⁰ Díez-Picazo y Gullón, “Sistema...”, tomo I, p.391 y ss.

⁶⁶¹ Vodanovic, “Derecho...”, p.21.

muebles, aun antes de su separación, *para el efecto de constituir un derecho* sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño...”⁶⁶².

El concepto penal de cosa mueble pasa por el hecho que ésta pueda superar lo que Kindhäuser denomina la “prueba de transmisión”⁶⁶³, es decir, que para que se entienda que existe cosa mueble ésta debe, por lo menos, poder ser traspasada manualmente a otro (esto dentro del marco de la teoría de la sustancia –o *substanztheorie*- que más adelante pasaré a explicar y a la que adhiere este autor), “debe ser movable en sentido natural”⁶⁶⁴, hecho que no está en discusión tanto por pancivilistas como por autonomistas. La diferencia entre estos dos grupos se debe a que, para aquellos que adhieren a la idea de un concepto penal autónomo de cosa mueble, no se puede recurrir al concepto que nos brinda el derecho civil ya que existen en este bienes inmuebles, por adherencia (inmuebles por incorporación en España) y destinación que pueden ser objetos de un acto de apropiación en materia penal⁶⁶⁵.

Ejemplos de bienes inmuebles que pueden ser objetos de un acto de apropiación son; en el caso de los inmuebles por adherencia, el art. 570 inciso 7º de nuestro C. Civil menciona a los animales que se guardan en conejeras, pajareras, etc., que si bien el código los enumera como inmuebles por destinación son, en realidad, por adherencia. Ahora bien, tratándose de inmuebles por destinación encontramos a los utensilios de labranza, animales destinados al cultivo o beneficio de una finca, las prensas o calderas, cubas, etc., de los incisos 4º y 6º del art. 570⁶⁶⁶ -inc.5º del art. 334 del C. Civil español-, los cuales perfectamente pueden ser apropiables desde el punto de vista penal.

A su vez, existen bienes muebles en materia civil que no pueden ser objetos de apropiación en materia penal (los hechos que se deben son incorporales) por cuanto no superarían la prueba de transmisión ya mencionada, por ejemplo; los muebles por anticipación⁶⁶⁷ o los hechos que se deben, de los arts.571 y 581 del C. Civil respectivamente. También la jurisprudencia a dicho que las acciones de una sociedad anónima se reputan muebles⁶⁶⁸.

En nuestro país, aquellos autores que estiman que la definición civil de cosa muebles

⁶⁶² Ob. cit., p.42 y ss.

⁶⁶³ Ob. cit., p.144.

⁶⁶⁴ Mezger, “Derecho...”, p.174.

⁶⁶⁵ En este sentido véase a Luis Velásquez Jaramillo, “Bienes”, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá 1989, p.17-18. El autor señala “En material penal la noción de mueble tiene un contenido más amplio que la dada por el Código Civil. Comete hurto quien se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro (C.P., art.349). La palabra mueble en este caso comprende los inmuebles por adherencia y por destinación dada por el derecho civil”.

⁶⁶⁶ Como bien sostiene Fernando Rozas V., “Los Bienes”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1998, p.33, la enumeración de los inmuebles por destinación que realiza el art. 570 de nuestro C. Civil es defectuosa. Dice este autor “El art. 570 es criticable porque confunde, en sus ejemplos, los inmuebles por adherencia con los inmuebles por destinación. Este artículo se refiere a los últimos. Sin embargo, señala entre ellos a las losas de un pavimento y a los tubos de las cañerías que son inmuebles por adherencia”.

es plenamente válida en materia penal se basan en que, tratándose de inmuebles por adherencia, “...en el momento mismo en que esa adherencia cese o se la pretenda hacer cesar, la cosa recupera su verdadera naturaleza. Si la causa de ese carácter inmueble era esa adherencia, si la ficción se mantiene mientras subsista esa causa, desapareciendo ésta, desaparece la ficción y la cosa recupera su carácter de mueble, que sólo perdió por una circunstancia accidental....”.

Ahora bien, tratándose de inmuebles por destinación, el argumento es que “Se trata, pues, de cosas muebles a las que la ley le atribuye ficticiamente el carácter de inmuebles en razón de su *destino permanente*. Luego, desapareciendo éste, la cosa recupera su verdadera naturaleza...”. Es decir, en cualquiera de los dos casos se trata de que es “...la voluntad humana la que da o retira a una cosa el carácter de mueble o inmueble, se comprende que en cuanto a esa voluntad actúe con el propósito de hacer desaparecer la adherencia o destinación de la cosa, *de dar a ésta un diferente destino*, como dice el art. 573 del Código Civil, la cosa recupere su carácter de mueble que le corresponde por su propia naturaleza”⁶⁶⁹.

Cabe mencionar que en nuestro país, quienes realizaron los estudios más acabados sobre el concepto penal de cosa mueble, Alessandri y Politoff, ni siquiera mencionaron las cosas incorpóreas en su trabajo.

En España, en cambio, Silva Castaño analiza este problema a través del estudio, no del concepto de cosa mueble incorporal, sino que a través del concepto “apropiabilidad”, el cual en materia civil requiere que la cosa tenga aptitud “para el tráfico jurídico”. En cambio, en el derecho penal el concepto apropiación necesita de la “creación de un nuevo ámbito físico, no jurídico, de custodia de un objeto, diferente al que tenía su titular, para el hurto, o que sea posible una expropiación de la titularidad inicial a través de actos como pueden ser ventas, gravámenes...sobre la cosa, que ponga de manifiesto la intencionalidad de comportarse como el verdadero titular”⁶⁷⁰. Por esta razón las cosas incorpóreas, según Silva Castaño, no pueden ser objeto material de la acción en los delitos de apropiación.

Finalmente, se hace necesario hablar sobre los inmuebles y su posibilidad, en el actual código penal español, de ser objeto material del delito de apropiación indebida.

Parece imposible imaginar como objeto material de este delito a un inmueble. El

⁶⁶⁷ Según Julien Bonnecase, “Tratado Elemental del Derecho Civil”, Editorial Colección Clásicos del Derecho, México D.F. 1993, p.474, “Son aquellos incorporados al suelo, que, por consiguiente, son inmuebles por naturaleza, pero que se consideran como muebles en atención a su próxima extracción del suelo. Las cosechas, objeto de una venta, y los frutos “pendientes de ramas y raíces...”.

⁶⁶⁸ Abraham Kiverstein H., “Síntesis del Derecho Civil”, tomo II, De los Objetos del Derecho-Bienes, editorial Universitaria, Santiago 1964, p.14. En el mismo sentido ver M. Planiol y G. Ripert en “Derecho Civil”, Colección Clásicos del Derecho, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México D.F. 1996, p.384 y ss.

⁶⁶⁹ Alessandri, ob. cit., p.178 y ss.

⁶⁷⁰ Silva Castaño, ob. cit., p.137.

delito materia de este trabajo supone tanto corporeidad cuanto movilidad, y parece ser que una cosa corporal que no resiste la prueba de transmisión mencionada porque, obviamente, no pueden transportarse de un lugar a otro (artículo 568 inciso 1º del C. Civil), no puede ser objeto material del delito.

Sin embargo, existe esta posibilidad o, por lo menos, se discute actualmente en España. La discusión se inició con el actual código de 1995, ya que se incluyó en la redacción del artículo 252 del código penal como objeto material del delito a los “activos patrimoniales”.

Este concepto no es tan pacífico como estiman Vives y González Cussac cuando señalan; “Recoge ahora, como novedad, las referencias a “valores” y “activo patrimonial”, evitando así dudas acerca de su inclusión en el objeto de protección”⁶⁷¹.

El carácter poco pacífico ha sido puesto de manifiesto en la doctrina española, al efecto puedo citar a Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, quienes señalan, “La doctrina (...), y la jurisprudencia (...), siguen entendiendo conforme a la literalidad del art. 535 del Código Penal de 1973, que solo pueden consistir en bienes muebles, sin reparar en el alcance omnicompreensivo de los “activos patrimoniales” mencionados ahora en el art.252”⁶⁷².

Hay autores que adhieren a la idea de que los inmuebles pueden ser objeto material del delito, así por ejemplo, Choclán / Calderón, Valle Muñiz, Pérez Manzano y Rodríguez Ramos⁶⁷³.

En contra se manifiestan Conde-Pumpido, Bacigalupo, entre otros⁶⁷⁴.

En base a la discusión que ha generado el concepto “activos patrimoniales” y la adhesión que ha despertado de incluir en este concepto los bienes inmuebles como objeto del delito de apropiación indebida, Bacigalupo encuentra argumentos en favor de la tesis de la existencia de un tipo de administración desleal dentro del artículo 252 del CP Español.

Dice; “Parte de la doctrina no ha extraído hasta ahora todas las consecuencias que el nuevo texto del art. 252 del CP requiere para una aplicación congruente con un Derecho penal que considera merecedora de pena la administración desleal inclusive fuera del ámbito de las sociedades. Así, por ejemplo, se ha supuesto, refiriéndose a la incorporación de los “activos patrimoniales” por la nueva redacción, “que esa extensión de los objetos enumerados no supone una extensión correlativa del tipo, por cuanto en el término “efectos” ya podían incluirse los activos financieros y demás títulos de valor u otros elementos de contenido patrimonial”, aunque se agrega “siempre que fueran

⁶⁷¹ “Comentarios...”, volumen II, p.1252-1253.

⁶⁷² Ob. cit., p.824.

⁶⁷³ Calderón / Choclán, ob. cit., p.822; Valle Muñiz, “Comentarios...”, p.554; Pérez Manzano, “Compendio...”, p.481; Rodríguez Ramos, “La Administración...”, p.43.

⁶⁷⁴ Conde Pumpido, ob. cit., p.56 y ss; Bacigalupo, “Derecho...”, p.210 y ss.

susceptibles de recepción, entrega y devolución” (el autor hace alusión aquí a Conde-Pumpido, Moreno Verdejo y Pérez Manzano).

Continúa; “Pero, si bien se mira, lo cierto es que esta interpretación ofrece un flanco difícilmente superable. Lo que se viene a decir es que “activos patrimoniales” quiere decir “efectos” (o sea documentos con algún valor mercantil, según el diccionario de la Lengua Española); pero, si fuera así, ¿para qué introdujo ese concepto el legislador en la ley?”.

“Otra parte de la doctrina piensa, sin embargo, que “el concepto de “activo patrimonial” obliga a entender que ahora no sólo se incluyen bienes muebles (v.gr. acciones) sino también inmuebles, con lo que deberá admitirse que la “administración indebida” de un bien inmueble puede dar lugar a un delito de apropiación indebida” (haciendo alusión a C.Suárez en Rodríguez Mourullo, “Comentarios...”, p.722).

“En el mismo sentido se había sostenido que la inclusión de “activo patrimonial” “podía suponer la inclusión de los “bienes inmuebles” (...) y que “no parecen existir excesivas dificultades para concluir que pudiera emerger responsabilidad penal, en el supuesto de enajenación por la administración de un bien inmueble a un precio por debajo del valor real” (aquí el autor hace alusión a Valle Muñiz).

“Ambos puntos de vista tienen a su favor que reconocen que la “enajenaciones abusivas de inmuebles” realizadas por el administrador se adecuan al tipo del art. 252 CP y con ello no hace sino admitir que en dicha disposición existe una alternativa típica que no puede ser explicada como apropiación indebida. Sin embargo, es evidente que no se comprende qué razón existe para limitar el concepto de activos patrimoniales a la administración de los inmuebles. ¿Por qué sólo la enajenación de un inmueble será típica y no la defraudación de sus rentas o la omisión dolosa de la defensa de su propiedad, etc.?, ¿qué motivo puede haber tenido el legislador para decir “activo patrimonial” en lugar de “inmueble”? En otras palabras: si se admite que la enajenación de un inmueble por debajo de su valor real es adecuado al tipo del art. 252 CP, no se puede sino reconocer que dentro de esta disposición existe un tipo de administración desleal y que ello viene a quedar definitivamente demostrado por la incorporación de los “activos patrimoniales” a los objetos de la acción”⁶⁷⁵.

Por otra parte, como vimos al tratar el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida, el objeto jurídico del delito define este bien jurídico. En primer lugar, el objeto jurídico que crea los mayores problemas en materia del bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es, sin lugar a dudas, el dinero, bien que civilmente es ultrafungible por naturaleza.

Si se acepta los postulados del derecho civil, o sea la fungibilidad del dinero, se tiene que reconocer que el sujeto activo del delito pasa a constituirse en propietario de la suma de dinero recibida. A consecuencia de ello, algunos reconocem que el bien jurídico pasa a ser el derecho de crédito (Bajo, Pérez Manzano, Majón-Cabeza). Otros, por su parte, reconocen el traspaso (formal) del dominio al receptor de la suma de dinero y, además, estiman que la función propia del dinero es servir como valor de cambio económico, por lo que de lo que se apropia el sujeto activo que recibe una suma de dinero es de dicho

⁶⁷⁵ “La Administración...”, p.212 y ss.

valor de cambio económico, en otras palabras, se apropia de la función del dinero, manteniendo así como bien jurídico protegido un solo bien, la propiedad (De la Mata basado en la teoría de la deuda valor de Roxin).

Otros autores, reconociendo también los postulados del derecho civil, estiman que el traspaso de la propiedad sobre la suma de dinero recibida al receptor, en este caso, el sujeto activo, hacen imposible pensar que en estos casos se pueda dar un delito de apropiación indebida, porque precisamente el bien jurídico protegido por este delito es la propiedad y el sujeto activo pasa a ser propietario de la suma de dinero. En consecuencia, estiman que si se vincula el dinero como objeto material del delito y el verbo rector distraer, se debe reconocer que quien recibe una suma de dinero y la “distrae”, o sea, la “distraer de los fines para los cuales fue entregada” causando un perjuicio (patrimonial) al sujeto pasivo del delito, el delito ante el que se está es el de la administración desleal o infidelidad (como delito contra el patrimonio) y no el delito de apropiación indebida (como delito contra la propiedad).

En la jurisprudencia nacional encontramos un fallo que absolvió a un sujeto del apropiación indebida, reconociendo entre otras cosas las peculiaridades de la fungibilidad del dinero. Este fallo fue dictado por la I.C.A. de Santiago el 10 de diciembre de 1984 y señala en el considerando 2º; “Que, aún más, “Cuando la cosa mueble de que habla el N°1 del artículo 470 del Código Penal es fungible, cual es el dinero, la simple distracción no puede revelar la apropiación toda vez que la ley, en cierto modo, autoriza su uso y empleo, como se desprende de los artículos 2.221, 2.153 y 2.156, inciso primero, del Código Civil (C. Suprema, R.T., XL, 2ª parte, sección 4ª, página 15)”⁶⁷⁶.

Finalmente pasaremos a tratar el quid de la apropiación, es decir, a saber ¿de qué se apropia el sujeto activo del delito?.

En Alemania existen teorías que explican este tema.

La primera de ellas es la teoría de la sustancia (substanztheorie) que entiende que la apropiación (específicamente, la expropiación permanente, ello entendiéndola como la conjunción, como más adelante se verá, de dos elementos; la apropiación propiamente tal y la expropiación permanente) recae en la sustancia de la cosa, el aspecto físico de una cosa. El sujeto activo del delito hace suya la sustancia corporal de la cosa, “de tal modo que ya no pueda disponer ya de él en absoluto”⁶⁷⁷.

Dice De la Mata; “La Jurisprudencia del *Reichsgericht* ha mantenido esta teoría durante bastante tiempo. En la doctrina, la han defendido, entre otros, BIINDING, FINGER, GERLAND, VON LIZT y E. SCHMIDT; más recientemente, también, WELZEL...En ocasiones se ha considerado como una corrección dentro de esta teoría la puntualización que realiza BINDING, cuando matiza que para afirmar la existencia de un delito de apropiación no se exige que se le prive al propietario de su derecho de propiedad, sino sólo de la cosa, aunque ello idénticas consecuencias, puesto que con la privación, aquel derecho se hace meramente ilusorio...la “Teoría de la sustancia” cifra su

⁶⁷⁶ Gaceta Jurídica N°54, p.121.

⁶⁷⁷ Silva Castaño, ob. cit., p.98.

esencia en la pretensión por parte del sujeto activo de obtener una posición de poder similar a la de propietario a través de la constatación de una voluntad que aspira a obtener la cosa ajena, en sustancia, para servirse de ella en la consecución de fines personales, privando fácticamente al titular de su propiedad: es la tradicional *se ut dominun genere*⁶⁷⁸.

El problema que presenta esta teoría lo constituyen aquellos casos en los cuales un sujeto se apropia de un documento, como por ejemplo una libre de ahorros, la cual restituye una vez retirado fondos de dicha cuenta. Obviamente el sujeto activo está haciendo devolución de la sustancia, pero no del valor que representa.

La segunda de las teorías es la denominada “Teoría del valor real” (*sachwerttheorie*).

Según De la Mata esta teoría surgió en Alemania como una forma de superar la limitación recién expresada de la teoría de la sustancia en el caso del “Sparbuchfall” (este caso trata sobre la sustracción por un sujeto de los fondos de una libreta, que posteriormente fue devuelta a su titular, incólume en su materialidad física, pero reflejando un saldo menor al que figuraba con anterioridad a la sustracción⁶⁷⁹), teoría que de forma posterior fue plenamente aceptada en el caso de la “Biermarkenfall” (este caso se trató que los objetos de apropiación fueron títulos de legitimación consistentes en bonos o tickets de compra de botellines de cerveza⁶⁸⁰) y en las construcciones teóricas de FRANK y SAUER.

Bacigalupo, cuando trata el problema del uso abusivo de tarjetas de crédito, explica esta teoría de la siguiente forma; “Mediante esta teoría se sostiene (en oposición a la *teoría de la sustancia*) que el autor obra con ánimo de lucro propio del hurto cuando quiere apropiarse no sólo de la cosa en su sustancia, sino también cuando dirige su voluntad a la apropiación del valor que la cosa corporiza. De esta manera habrá que estimar la apropiación característica del hurto cuando el autor sustrae una cosa, devolviéndola luego de haber extraído de ella su valor (por ejemplo sustrae un transistor de radio pensando en restituirlo cuando las pilas se hayan agotado)”⁶⁸¹.

De la Mata, por su parte, explica la apropiación desde el punto de vista de esta teoría; “Conforme a esta teoría, la apropiación consiste en la ganancia que se obtiene con la cosa atendiendo a su valor económico, esto es, en la constatación de la voluntad de un sujeto que pretende conducir a su propio patrimonio el valor que incorpora un objeto (*Aneignung*), privando de él al propietario con carácter definitivo (*Enteignung*)”⁶⁸².

Las críticas que se han dirigido a esta teoría son; en primer lugar, el dejar sin protección penal a las cosas carentes de valor económico o con mero valor de afección;

⁶⁷⁸ “Tutela...”, p.134.

⁶⁷⁹ “Tutela...”, p.135 nota al pie N°36.

⁶⁸⁰ “Tutela...”, p.136 nota al pie N°37.

⁶⁸¹ Véase “Estudios sobre...”, p.194.

⁶⁸² “Tutela...”, p.136.

en segundo lugar, por cuanto existen muchas utilidades de cosas que van más allá del significado económico que quedan fuera del ámbito de protección de la norma y, finalmente, por cuanto se estima que esta teoría hace sinónimos ánimo de apropiación con ánimo de enriquecimiento lo que convierte los delitos de apropiación en verdaderos delitos contra el patrimonio.

Por esta razón Silva Castaño, a raíz de esto último (la conversión de los delitos de apropiación en delitos contra el patrimonio), señala; “La doctrina establece alguna matización en aras de mantener la más alejados posible los delitos de enriquecimiento de los de apropiación, sosteniendo que el valor reducido a la cosa debe entenderse desde la perspectiva del “*lucrum ex re*” (valor ínsito de la cosa), y no del “*lucrum ex negotium cum re*” es decir del beneficio obtenido mediante el uso del objeto”⁶⁸³. Como destaca De la Mata, esta distinción fue introducida por Bockelmann⁶⁸⁴.

La tercera de las teorías es la teoría de la unión (*vereinigungstheorie*).

Dice De la Mata; “La doctrina actual es prácticamente unánime al negar que las dos teorías anteriores, tradicionalmente enfrentadas, puedan constituir por sí solas fundamento suficiente para la comprensión del término “apropiación”. Para remediar los defectos tanto de una como de otra surge la “Teoría de la unión”, aceptada actualmente por la doctrina dominante, que define el concepto de apropiación atendiendo a la idea del *se ut dominun genere* sin renunciar a las aportaciones de la “Teoría del valor real”...La apropiación se describe desde esta nueva óptica como la “incorporación al patrimonio del sujeto activo bien de la cosa misma, de la que se ve privado el propietario, bien del valor incorporado en ella”⁶⁸⁵.

Silva Castaño señala que esta teoría “considera la existencia de apropiación cuando se produce una “incorporación al patrimonio del sujeto activo bien de la cosa misma, de la que se ve privado el propietario, bien del valor incorporado en ella”. El Tribunal Supremo español, ha utilizado esta teoría en una sentencia en la que consideró con referencia a la apropiación en el hurto, que “no sólo la privación del valor de la cosa es lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza determinado valor”⁶⁸⁶.

Esta teoría amplía el ámbito de protección de la norma a través de la ampliación del concepto apropiación propio de la teoría de la sustancia. También cabe señalar que la interpretación del concepto valor se hace desde un punto de vista restringido, desde el prisma del *lucrum ex re*.

La crítica que se ha hecho a esta teoría por parte de Maiwald, citado por De la Mata⁶⁸⁷, es la utilización de variados criterios para poder definir el concepto apropiación, es

⁶⁸³ Ob. cit., p.98. Bacigalupo, “Estudios...”, p.195.

⁶⁸⁴ “Tutela...”, p.137 nota al pie de pág. N°47.

⁶⁸⁵ “Tutela...”, p.138.

⁶⁸⁶ Ob. cit., p.99.

como sumar “peras con manzanas”. Además, al incluir el valor de la cosa, convertiría los delitos de apropiación en delitos de enriquecimiento

La última teoría y la más reciente es la llamada teoría corregida de la sustancia (erweiterte substanztheorie).

Esta teoría toma como punto de partida “una concepción funcional de la propiedad, ha dado lugar a la teoría de la apropiación de la función, defendida por Rudolphi y Maiwald...Desde su perspectiva, junto a la privación de la sustancia de la cosa, ha de establecerse si se ha privado definitivamente al objeto de la función que tenía asignada. Así la afirmación desarrollada por la teoría de la sustancia de que se dará apropiación cuando el autor hace suya la sustancia corporal, usándole como si fuera el propietario, no bastante y habrá de nuevo que añadir la comprobación de si se ha privado o no al propietario para siempre de su posibilidad real de dominio, o si se le ha privado de todas o algunas de las funciones del objeto”⁶⁸⁸ .

⁶⁸⁷ “Tutela...”, p.141, nota al pie N°64.

⁶⁸⁸ Silva Castaño, ob. cit., p.99.

Capítulo Tercero. Tenencia y Posesión.

8.- Tenencia y posesión

La apropiación indebida supone, como presupuesto fáctico, una relación previa con el objeto material del delito, y esta relación debe generar a su vez la obligación de entregar o devolver la dicho objeto material a quien entregó la cosa o a un tercero.

Al respecto dicen Bajo / Pérez Manzano; “El comportamiento de apropiación exige como presupuesto previo que el autor “hubiere recibido la cosa por un título que produzca obligación de entregarla o devolverla”. El autor, pues, debe encontrarse en una relación jurídica con la cosa que permita decir que la ha recibido, que la ha recibido con la obligación de entregarla o devolverla...”⁶⁸⁹.

Esta relación previa entre sujeto activo y el objeto material del delito ha sido denominada, por la obligación que tiene el sujeto activo de entregar o devolver dicho objeto, posesión o mera tenencia. Sin embargo los códigos de nuestro país, como los de España, Argentina y muchos otros países, a diferencia del Italiano y el Alemán, na hablan ni de mera tenencia ni de posesión. Estos conceptos se infieren de la mentada obligación de entregar o devolver.

⁶⁸⁹ Ob. cit., p.424.

Quintano trata el tema de la siguiente forma; “Estudiados los elementos, por así decir, puramente jurídicos penales de la acción y la culpabilidad..., es menester ahora completarlos con los de índole normativa...Ya en varias ocasiones se ha evocado el relativo a la posesión, que tan decisivo papel desempeña en este delito, sobre todo a los efectos de diferenciación respecto al hurto..., aunque, a decir verdad, en dogmática española no es tan acuciante y directo como en otras extranjeras, dado que el texto del artículo 535 no hace referencia expresa a tan debatido instrumento, sin que el nombre posesión no aparezca en él como aparece en los de los códigos de Italia y Alemania...Pero aunque la voz *posesión* se evite en el texto del artículo 535, donde se utiliza el giro verbal más lato y neutro de *recibir* el dinero o las cosas muebles...”.⁶⁹⁰

Luego señala “Y es que en nuestro derecho, además de no mencionarse la posesión como tal, lo que sí se menciona son los títulos de entrega o recepción de las cosas, que en cambio ya no suelen especificarse ni aludirse siquiera en los otros ordenamientos, como los de Alemania e Italia”⁶⁹¹.

Hacen eco de esta apreciación Sainz-Pardo⁶⁹² y Majón-Cabeza⁶⁹³.

El estudio de este tema hace necesario recordar las teorías que gobiernan el estudio del concepto posesión en el ámbito civil, la teoría objetiva de Ihering⁶⁹⁴ y la teoría subjetiva de Savigny.

Así creo que para tratar este tema es conveniente citar a jurista argentino Ernesto Ure; “He dicho ya que en otras legislaciones aparece justificado el empleo de la palabra *posesión* como presupuesto del delito, por cuanto han seguido la doctrina objetiva, opuesta a la de Savigny. La posesión, según esa tendencia, consiste en el ejercicio de un poder sobre la cosa, conforme a su destino natural y con independencia de toda idea o pretensión de propiedad sobre ella...El *corpus* y el *animus*, entendido éste en el sentido de simple voluntad de poseer la cosa, se exigen en las dos teorías, pero mientras que en la subjetiva debe agregarse a esos elementos el *animus domini*, en la objetiva la posesión existe con prescindencia de la voluntad del que detiene la cosa, y es sólo cuando aparezca una disposición legal que así lo prescriba que la posesión se convertirá en tenencia. En la teoría subjetiva se parte de la noción de tenencia para llegar después

⁶⁹⁰ Ob. cit., p.911 y 912.

⁶⁹¹ Ob. cit., p.916.

⁶⁹² Ob. cit., p.94.

⁶⁹³ Ob. cit., p.104 y ss.

⁶⁹⁴ Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., v.III, p.87 y ss. Dicen estos autores; “Distingue IHERING entre una relación de lugar del hombre con la cosa, que es una simple relación de proximidad o de contacto corporal (*corpus*), de la relación de posesión. En la primera no hay voluntad (el prisionero, dice IHERING, cubierto con cadenzas, toca u ve sus cadenzas; sabe que está sujeto a ellas; pero antes de decir que las posee, más bien cabe afirmar que las cadenzas le poseen a él). En la segunda interviene la voluntad, que es la que convierte la relación de lugar en relación de posesión, moviéndose por un interés; la relación de posesión, en suma, viene a ser la afirmación del interés que tenemos por la cosa”.

a la de posesión. En la teoría objetiva, se parte de esta última para descender a la detentación...En su obra "La voluntad en la posesión", Ihering se vale de una fórmula algebraica para aclarar y poner de manifiesto la diferencia de las teorías, y dice que designando la posesión con x ; la tenencia con y ; el *corpues* con c ; el *animus*, que debe tener también el tenedor según la teoría objetiva, con a ; el elemento demás que, según esta teoría, se añade en la posesión, con a' , y la disposición de la ley, que según su teoría, niega la posesión en ciertas relaciones, con n , la fórmula para la teoría subjetiva sería la siguiente:"

$$"x = a + a' + c"$$

$$"y = a + c"$$

"y para la teoría objetiva:"

$$"x = a + c"$$

$$"y = a + c - n1" \text{ }^{695} .$$

Politoff, al respecto señala; "En general, la doctrina extranjera asevera que la *posesión* es el presupuesto del delito. Petrocelli (...), por ejemplo, realiza un cuidadoso ordenamiento de las distintas clases de posesión con vistas a aislar aquella que convenga a la naturaleza de la figura...Obvia decir que los prestigiosos juristas extranjeros que indican la posesión como presupuesto del tipo de apropiación indebida, no han incurrido en error alguno. Se trata, tan sólo, de la existencia de dos corrientes doctrinales sobre el significado de posesión"

"Nuestro Código Civil se inspiró en esta materia en la "teoría subjetiva" de Savigny, conocida también como "teoría clásica" de la posesión, según la cual juega el papel decisivo el *animus* o elemento intelectual. Dentro del sistema chileno, en consecuencia, la *mera tenencia* constituye una situación jurídica ajena al ámbito de la posesión, ya que, si en ambas ideas está supuesto el *corpus*, aquélla no va acompañada del *animus rem sibi habendi*. La tenencia importa "el último peldaño en la escala", del que se parte para llegar a la posesión"

"La llamada "teoría objetiva" de Ihering sostiene, todo lo contrario, que no hay más voluntad que la resultante del hecho de *tener* la cosa, de modo que el *corpus* lleva implícito el *animus*. De aquí se concluye que toda detentación es posesión." ⁶⁹⁶

En el mismo sentido se pronuncia Etcheberry ⁶⁹⁷ .

Queda claro que tanto en Argentina como en Chile en materia civil se sigue la teoría subjetiva o clásica de Savigny de la posesión, por lo cual para poseer se necesita, además del *corpus*, el ánimo de señor y dueño.

En cambio, en la teoría moderna u objetiva de Ihering que se sigue en países europeos la posesión el *corpues* lleva implícita el *animus*. A este respecto dice

⁶⁹⁵ Ob. cit., p.49 y ss.

⁶⁹⁶ "El delito...", p.126.

⁶⁹⁷ Ob. cit., t.III, p.430.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic; “Ihering no pretende suprimir de la posesión el elemento intencional; pero niega que exista un *animus* especial o calificado, y menos un *animus domini*, para constituir la posesión. Toda relación posesoria implica un *animus*, aun la mera detentación, pues también supone voluntad. Sin ésta, sólo puede concebirse una mera *yuxtaposición local* (caso del prisionero que está en contacto con sus cadenas o de la persona dormida a quien se pone algo entre las manos). El elemento intencional es común a la posesión y a la detentación y no consiste en un *animus domini*, sino en el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades...El *animus* y el *corpus* forman en la doctrina de Ihering un todo indivisible, pues “el *animus* y el *corpus*, en materia posesoria, no son más que dos aspectos de una misma relación. El *animus* es el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades, y el *corpus*, la exteriorización de ese propósito. El *corpus* no es, por consiguiente, una simple relación material, la de tener una cosa en su potestad real, sino la manifestación externa de una voluntad y, por ende, no se da sin el *animus*, que es el propósito exteriorizado y hecho visible mediante el *corpus*”⁶⁹⁸.

Siendo así, si en nuestro país se sigue en el derecho privado la teoría clásica de la posesión es obvio que en el caso del artículo 470 N°1 del CP, el poseedor no puede ser sujeto activo del delito, porque como poseedor tiene ánimo de señor y dueño que es incompatible con el reconocimiento de dominio ajeno que lleva ínsito el tipo al exigir un título que conlleve la obligación de entregar o devolver.

No pudiendo ser el propietario, ni poseedor el sujeto activo de la apropiación indebida, es necesario ver si éste puede ser el otro tipo de tenedor que existe en nuestro derecho civil, a saber, el mero tenedor.

Dice Alessandri, Somarriva y Vodanovic; “Una persona puede encontrarse en tres situaciones con respecto a una cosa: 1) como *propietario*, el estado más perfecto; 2) como *poseedor*, que es la posición de un propietario aparente, y 3) como *mero tenedor*”.

“Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino el lugar o a nombre del dueño (art.714). Resulta, pues, que el mero tenedor sólo tiene el elemento de la posesión llamado *corpus*, pero no el *animus*, la intención de comportarse como señor o dueño de la cosa”.

“Dentro de nuestro Derecho, *posesión* y *tenencia* son conceptos excluyentes, y términos que siempre contrastan; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno”⁶⁹⁹.

La mera tenencia reúne 3 características, es absoluta (se es mero tenedor ante todo el mundo, sea ante el dueño o terceros extraños), perpetua (la mera tenencia se transmite a los herederos, art. 1097) y es inmutable o indeleble (no cambia por el transcurso del tiempo, arts.716 y 719 inc.2º). Al respecto véase a Politoff⁷⁰⁰ y a

⁶⁹⁸ “Tratado de los derechos reales”, t.I, p..361.

⁶⁹⁹ Ibidem, p.394.

⁷⁰⁰ “El delito...”, p.128 y ss.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic⁷⁰¹ .

Existen dos excepciones a la regla de la inmutabilidad de la mera tenencia: 1) la primera de ellas la trata el art.2510, regla 3ª. Cabe recordar que según el art.716 la mera tenencia no se transforma en posesión, y si se alega la existencia de un título de mera tenencia ello hará presumir la mala fe y no dará lugar a la prescripción adquisitiva, salvo en el caso contemplado en el art.2510; 2) la segunda trata del caso del mero tenedor que enajena la cosa, porque por este acto él constituye al tercero adquirente en poseedor, art. 730 del CC. Esta segunda excepción hace que Politoff⁷⁰² haga un parangón entre este art.730 y el art.470 N°1 del CP, el art.730 es la situación homóloga civil de la apropiación indebida.

Pareciera que el mero tenedor del derecho civil pudiera ser el sujeto activo del delito de apropiación indebida.

Esta regla pareciera ser muy clara, y así la diferencia que existe entre el delito de apropiación indebida y el delito de hurto se encontraría, precisamente, en la mera tenencia lícita que existiría previamente (como presupuesto material del delito), por parte del sujeto activo, de la cosa objeto material del delito, cuestión que no ocurriría en el hurto delito en el cual la cosa no se tiene previamente y por ello el sujeto activo se hace de ella a través de su apropiación mediante sustracción.

Sin embargo existen casos nebulosos⁷⁰³ , confusos, que desorientan y generan una serie de tesis que tratan de resolverlos. Me refiero a aquellos casos en que, sin perjuicio que el sujeto activo tenía la cosa previamente en su poder, de forma lícita, su apropiación no se califica de apropiación indebida sino de hurto.

Este sería el caso, por ejemplo, del llamado servidor de posesión (el empleado doméstico) de la doctrina alemana⁷⁰⁴ .

Dice Bajo Fernández; “3. Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de los delitos patrimoniales es la distinción entre apropiación indebida y el delito de hurto...., pero se distinguen por el hecho que en el primer supuesto el sujeto “toma la cosa” mientras que en el segundo “la recibe”. Sin embargo, la diferencia entre los verbos típicos *tomar* y *recibir* no es suficiente para solucionar satisfactoriamente una serie de supuestos que quedan ubicados en zona común entre ambas figuras delictivas”⁷⁰⁵ .

Existen distintas doctrinas o sistemas para resolver estos casos y, de paso, para definir el presupuesto fáctico de los delitos de apropiación indebida y hurto.

⁷⁰¹ Ibidem, p.394 y ss.

⁷⁰² “El delito...”, p.129.

⁷⁰³ Bajo Fernández / Pérez Manzano, “Manual...”, p.424, denominan a estos casos “....supuestos equívocos que ocupan una zona intermedia entre ambas figuras delictivas,...”.

⁷⁰⁴ Miguel Soto P., “La apropiación...”, p.81.

⁷⁰⁵ “Manual...”, p.269.

El primero de ellos es, según Conde-Pumpido, el de la doctrina alemana. Según este autor esta doctrina “acude al criterio de “servidor de posesión” (*Besitzdiener*) o “gerentes de la posesión” (*Besitzhalter*), según la que el servidor de posesión o gerente de la posesión solo tiene la cosa como instrumento inteligente al servicio del verdadero poseedor. El concepto viene del parágrafo 855 del BGB, según el que “si alguien ejerciere por otro el poder efectivo sobre una cosa, en el negocio o en la casa del mismo, o en otra relación semejante, en virtud de la cual tuviere que seguir sus indicaciones referentes a la cosa, el poseedor será únicamente el otro”. De aquí deduce la doctrina alemana que el “servidor de la posesión” no es poseedor: no le corresponden las pretensiones posesorias. Contra él no precisa dirigirse la pretensión de entrega del propietario. Por ello una cosa que aquel servidor entregue a un tercero se “ha extraviado” al señor o verdadero poseedor”.

Debe precisarse que el parágrafo 246 del StGB comienza de la siguiente forma “El que se apropie una cosa mueble ajena que tiene en posesión o custodia...”. Se puede ver que se utilizan dos conceptos, posesión o custodia, como presupuestos fácticos del delito de apropiación indebida. Al respecto nos señala Rodríguez Devesa que “Conviene advertir que la expresión “posesión o custodia” (*Besitz oder Gewahrsam*) del parágrafo 246 se reputa, por la generalidad de los autores germanos, tautológica (..), siendo asimismo opinión difundida (..) que la posesión de que en el Código penal se habla no es la posesión civil tal como la define el parágrafo 854 del *BGB.*, sino una posesión penal que se acostumbra a designar, a caso sin más excepción que BINDING (..), con el término *Gewahrsam* (custodia) (..)”.⁷⁰⁶

Dice Quintano R.; “Los ecos de la famosa disputa entre SAVIGNY y IHERING no parecen haberse apagado todavía, sino que, al contrario, diríase que han aumentado en intensidad y complicación en la dogmática civilística. Y siendo esto así, resulta por lo menos incogruente tratar de solventar los problemas propios del Derecho penal con instrumentos extraños de tan discutida naturaleza en sus propios terrenos, con lo que se aportaría más bien motivos de discordia que de aclaración. Posiblemente por ello en el texto alemán, los redactores de 1870, época en que ya era álgido el momento de la lucha entre los civilistas, se añadió a la expresión técnica de “posesión” o *Besitz*, la más vulgar y amplia de “guarda” o *Gewahrsam*, que BINDING y FRANK, afectos más bien a la dependencia de las nociones civilistas, consideraron redundantes y hasta tautológica. No obstante sobre ella se ha logrado una ampliación de la figura de la apropiación indebida o *Unterschlagung*, a costa, naturalmente, de la del hurto,..Por lo mismo, la doctrina penal alemana ha ido elaborando un concepto posesorio penal autónomo, que en vez de atenerse a las ideas subjetivas del *animus possidendi* o *detinendi*, de tan difusa naturaleza e incierta captación, lo configura más objetivamente en un comportamiento externo de matiz naturalista, ya esbozado por BINDING y VON LIZT, el del *dominio de hecho* (...). Trátese, pues, de acuerdo con tal criterio, de un proceder aparentemente de dominio, en que el tenedor ejercita efectivas facultades dominicales, como son las de consumir o enajenar la cosa, por lo que WELZEL llega a denominar su acto de *Cuasi-dominio*”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ “El hurto...”, p.70 y ss; Majón-Cabeza, ob.cit., p.105.

Otro autor, en el mismo sentido que Quintano señala que; “El concepto de apropiación puede venir referido tanto al resultado típico como a la conducta de los delitos de hurto y apropiación indebida. Como resultado típico constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de apropiación que refleja el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. Como conducta refiere a la dinámica comisiva, de apoderamiento o apropiación, que produce materialmente dicha incorporación...La apropiación, en cuanto resultado típico de los delitos de apropiación es un elemento normativo del tipo...La privación, el “tomar” la cosa, pertenece, por el contrario, al proceso de comisión o ejecución del delito y hace referencia al desplazamiento físico del objeto tomado: es, en este sentido, un elemento puramente descriptivo... En Alemania, sin embargo, se ha insistido en esta cuestión, no ya para destacar la diferencia entre hurto y apropiación indebida, sino la que existe entre un proceso físico y otro valorativo, o dicho de otro modo, entre un elemento descriptivo (*Wegnahme*) y otro normativo (*Zueignung*) –elementos que se desenvuelven, respectivamente, en los ámbitos externo e interno de la actividad del sujeto-, diferencia a partir de la cual se capta la verdadera esencia del injusto de estos delitos... Efectivamente las conductas de apoderamiento y apropiación son indicio del delito cometido –hurto o apropiación indebida-, que, sin embargo, ha de confirmarse atendiendo a otros criterios...En la actualidad, en la doctrina alemana domina el criterio de la custodia (*Gewahrsam*)”⁷⁰⁸.

De la Mata entiende el concepto germano *Gewahrsam* como lo hace Zugaldía. Dice; “La *Gewahrsam* alemana no se identifica con el concepto de posesión del Derecho Civil español, sino que, como indica ZUGALDÍA, “Hurto y apropiación indebida”, pgs.123 ss., implica una relación real de dominio dirigida por una voluntad de dominio, definición cuyos elementos se interpretan a partir de las normas de la vida cotidiana”⁷⁰⁹.

Silva Castaño señala sobre el sistema germánico; “Por lo que respecta a la *Unterschlagung* o apropiación indebida simple, se exige exclusivamente la posesión de la cosa por el sujeto activo, previa al acto de apropiación...La discusión sobre el momento en el el cual el bien ajeno debe encontrarse en posesión del autor o co-autor, para poder efectuar una apropiación indebida, se resuelve desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, aparece una minoritaria interpretación correctiva, “*Korrigierende Interpretatio*”, del parágrafo 246. Dentro de ella la “*kleine Randberichtigung* (o pequeña corrección marginal) entiende que es suficiente con que la obtención de la posesión y el acto de apropiación, coincidan temporalmente en un acto. Este punto de vista es muy criticado, desde un punto de vista de política criminal, ya que si no se requiere este espacio temporal entre la obtención de la posesión y la apropiación, aunque haya existido un claro ánimo de apropiación, se adelanta prematuramente el punto de consumación del hecho, y se elimina la posibilidad del arrepentimiento del autor y por tanto, la exención de la responsabilidad penal...La “*grose Berichtigung*”, la gran interpretación correctiva, para

⁷⁰⁷ Ob. cit., p.913 y ss.

⁷⁰⁸ De la Mata, “Tutela...”, p.127 y ss.

⁷⁰⁹ Ibidem, p.130, nota al pie N°10.

cubrir el vacío legal que entiende que existe entre el hurto y la apropiación indebida, considera punibles por el parágrafo 246, esto es por apropiación indebida, los comportamientos delictivos consistentes en la apropiación de cosa ajena tanto si existe quebrantamiento de custodia como si éste no se da. Este punto de vista es inaceptable por cuanto exigiría una modificación del tipo penal descrito en el parágrafo 246, ya que, tal y como está hoy redactado, no puede incorporar las conductas en las que no exista un previo acto de constitución de custodia sobre el bien...Frente a la interpretación correctiva se encuentra la teoría que interpreta estrictamente el parágrafo 246, considerando que es necesario que la obtención de la posesión sea temporalmente anterior al acto de apropiación. Por lo tanto, para los casos en los que un sujeto se apropia de una cosa perdida, se requiere en primer lugar tomar la cosa, y en segundo lugar, realizar un acto de apropiación (por ejemplo, que se comporte exteriormente demostrando ese ánimo de apropiación, que venda la cosa, la regale...). Parece desde nuestro punto de vista, que esta última solución apuntada es la que resulta más adecuada a la interpretación del tipo penal de la apropiación indebida”⁷¹⁰.

En la doctrina italiana, muy influida por los ya mencionados aportes de Forti y Carrara, soluciona el problema de la siguiente forma: “A parecido criterio (de la doctrina alemana) llega la doctrina italiana pero utilizando el concepto de detentación material de la cosa. Se entiende que la entrega de la cosa “sin ánimo de desprenderse de la posesión” no transfiere esta y el que la recibe no es poseedor y si se apropia de la cosa comete hurto. CARRARA cita el ejemplo de que “si alguno conversando con otro le hace ver un objeto y lo pasa a sus manos para que lo examine y éste se fuga robándolo, no podría decir que ha cometido una simple estafa o un abuso de confianza, porque aquella momentánea detentación concedida por el propietario no había cambiado la posesión de la cosa”. Y en igual sentido MANZINI afirma que la detentación puramente material que no implica señorío alguno sobre la cosa no confiere la posesión en sentido jurídico y, por ello, no constituye el presupuesto necesario para la apropiación indebida”.

“PANNAIN recupera el concepto de “servidor de posesión” en cuanto entiende que la “detentación”, que es la relación con la cosa inhábil para servir de presupuesto a la apropiación indebida y que determina por ello la consideración de hurto en caso de apoderamiento de la misma, se produce en el caso de la relación material de quien tiene la cosa por cuenta, en nombre y en el interés del poseedor, como si se tratara de su instrumento, de su *longa manu*”⁷¹¹.

Queda en evidencia, que bajo los aporte de Pannain y Nuvolone, en la doctrina italiana se esta influenciado por la doctrina alemana. Por ello Quintano afirma; “Sumamente convincente el grado de simplificación alcanzado por la doctrina alemana, a él va encaminándose también, aunque con paso más lento, la italiana,...”⁷¹².

En la doctrina francesa, dice Conde-Pumpido, “prevalece la tesis de GARÇON

⁷¹⁰ Ob. cit., p.106 y ss.

⁷¹¹ Conde-Pumpido, ob. cit., p.44 y ss.

⁷¹² Ob. cit., p.914 y ss.

considera que las tres clases de posesión que reconocen los civilistas, esto es, la posesión propiamente dicha, la posesión en nombre de otro y la mera detentación, ésta, que se produce cuando el poseedor tiene la cosa sólo materialmente, sin ánimo de ejercer ningún derecho sobre ella para sí ni para otro, es la única que no es apta para servir de base a la apropiación indebida”⁷¹³.

Para estudiar lo que sucede en España es valiosísimo el trabajo realizado por Zugaldía al respecto.

Él dice que “La doctrina y jurisprudencia mayoritaria distinguieron tradicionalmente los delitos de hurto y apropiación indebida en base al criterio de la inexistencia o existencia, respectivamente, en el sujeto activo de la infracción de un título posesorio previo respecto de la cosa ilegítimamente apropiada. El delito de hurto exigiría, desde este punto de vista, que el sujeto activo *no fuera poseedor* de la cosa (no tuviera título posesorio previo sobre la misma); el delito de apropiación indebida exigiría en el sujeto activo, por el contrario, la *condición de poseedor* de la cosa que ilegítimamente se apropiada –existencia de un título posesorio previo (...)”⁷¹⁴.

Sin embargo, señala Zugaldía, este criterio no sirve a la hora de resolver aquellos casos nebulosos consistentes en “...las subtracciones de cosas muebles llevadas a cabo por personas (servidores de la posesión, representantes del poseedor) que *de alguna forma* tenían una relación posesoria con la cosa”⁷¹⁵.

En sentido similar se pronuncia Bustos cuando sostiene; “Los problemas mayores de distinción que existen entre apropiación indebida y hurto dicen relación con el concepto de posesión o tenencia legítima de la cosa. Lo básico en la apropiación indebida es que el sujeto activo tenga en su poder la cosa legítimamente. Ahora bien, ello también puede suceder (cfr. Muñoz Conde...) en principio en el hurto, como por ejemplo en el caso de los empleados de una casa o supermercado, que de algún modo “tienen” las cosas en su poder. Por eso pareciera que hay que desechar el concepto civil de posesión como también la mera tenencia material (cfr. Rodríguez Devesa...),...”⁷¹⁶.

Zugaldía, a pesar de la crítica de Bajo Fernández⁷¹⁷, ha sistematizado el problema de la demarcación precisa de los contornos del hurto y la apropiación indebida. Este

⁷¹³ Ob. cit., p.45.

⁷¹⁴ Cuadernos de Criminología, N°28, “Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación”, editorial Edersa, Madrid 1986, p.123 y ss.

⁷¹⁵ Ibidem, p.123.

⁷¹⁶ Ob. cit., p.205. Este autor encuentra la solución a este problema la buscar, como dice, “...desde el bien jurídico un concepto especial de posesión. Pareciera que éste está constituido por la disponibilidad temporal exclusiva de la cosa (...), que tiene el sujeto activo, surgida justamente en virtud del derecho de disposición del dueño (éste voluntariamente ha limitado durante un tiempo su derecho de disposición sobre ella, cualquiera sea la razón, aún la fáctica de su pérdida). De ahí que el mero tenedor o poseedor (caso de los empleados de una casa o de un supermercado, etc.) no cometan apropiación indebida, sino hurto (sustraen la cosa a quien conserva la disponibilidad sobre ella; sería ilógico en estos casos hablar de una obligación de restitución por parte de estas personas)”.

tratamiento ha sido acogido por De la Mata ⁷¹⁸ :

En primer lugar Zugaldía ⁷¹⁹ dice que; “A) Un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que la distinción...debería venir de la mano del criterio del título en virtud del cual se tenía la posesión. La apropiación indebida exigiría, desde este punto de vista, que el sujeto activo de la infracción hubiera recibido la cosa en virtud de un *título (...) de los que llevan unidos la obligación de entregarla o devolverla*. El problema radicaría entonces en solamente saber cuáles son esos títulos (de posesión) con obligación de entregar o devolver...”.

En segundo lugar; “B) Otro sector doctrinal ha entendido, por el contrario, que la distinción entre el hurto y la apropiación indebida debe hacerse en base a la *dinámica comisiva* de ambos delitos, al ser radicalmente distintas sus modalidades de ejecución. Desde este punto de vista se afirma que el presupuesto del delito de apropiación indebida está constituido por la tenencia de la cosa por parte del agente, con poder de hecho sobre la misma, independientemente de que tal tenencia sea considerada o no posesión por el Derecho civil –irrelevancia, pues, del título posesorio”.

En tercer lugar; “C) La jurisprudencia parece haber optado por una *postura intermedia* al señalar que la distinción...se basa en la distinta dinámica comisiva de ambas infracciones (...), aunque sin dejar absolutamente fuera de consideración el tema de los títulos posesorios”.

Bajo Fernández afirma; “Los criterios que se han utilizado para la distinción entre el hurto y la apropiación indebida son variados y de difícil clasificación, oscilando entre uno de carácter normativo que quiere encontrar el elemento diferenciador en el concepto civil de posesión y otro de carácter fáctico según el cual basta como índice diferenciador determinar la tenencia de la cosa como poder fáctico sobre la misma...El criterio normativo que quiere encontrar la distinción en el concepto civil de posesión, puede considerarse como Doctrina mayoritaria que fue seguida también de forma mayoritaria por la Jurisprudencia, y en la que hay que encontrar sin duda una influencia decisiva del Derecho comparado...Este criterio, según el cual habrá apropiación indebida si el comportamiento descrito en la Ley lo comete quien ya posee legítimamente la cosa, se ha mostrado impotente frente a los casos límite...Por otra parte, se ha dicho que difícilmente puede utilizarse la posesión como clave diferenciadora cuando constituye un concepto cuyo contenido y alcance dista mucho de ser pacífico en el ámbito del Derecho civil...Por lo que se refiere a los criterios de carácter fáctico que quieren encontrar la fórmula diferenciadora en el poder de hecho que el autor tenga sobre la cosa, olvidan que el artículo 535 del Código penal español presupone haber recibido la cosa en depósito, comisión o administración con obligación de entregarla o devolverla, lo que impide reducir la distinción a cuestiones meramente fácticas” ⁷²⁰ .

Tal como lo hace presente Bajo, Muñoz Conde ⁷²¹ también rechaza el criterio

⁷¹⁷ “Manual...”, p.270.

⁷¹⁸ “Tutela...”, p.130.

⁷¹⁹ Ibidem, p.124 y ss.

normativo por lo poco pacífico que es el concepto posesión en materia civil.

Zugaldía, en el artículo citado, critica la primera de las posturas por dos razones. La primera de ellas es que ésta ofrece una “solución “normativizada” al problema de la distinción entre ambas figuras criminales en tanto que lo hace depender de la existencia o inexistencia de un título *jurídico* de los que producen la obligación de entregar o devolver la cosa”. La segunda razón se encuentra en el hecho que, a consecuencia de lo anterior, “la tesis” expuesta ofrece al problema, de todas formas, una solución vinculada al concepto de *posesión* – en cuanto que exige al título de referencia sea precisamente de los que transmiten legítimamente la posesión de la cosa”.

En cuanto a la segunda postura, Zugaldía señala que esta “no valora adecuadamente la distinta gravedad del delito de hurto frente al -menos grave- de apropiación indebida, olvidando que *pueden existir casos en los que, pese a apropiarse el sujeto de una cosa que estaba materialmente en su poder, el hecho, habida cuenta su contenido de injusto, no merecería las penas de apropiación indebida y sí las más graves del delito de hurto*”. Al respecto hay que recordar que para Zugaldía la figura base de los delitos contra la propiedad es la apropiación indebida que es un puro delito de apropiación (es la más simple) y, luego en un grado mayor de complejidad se encuentra el hurto que es una apropiación a través de una sustracción.

Finalmente, en cuanto a la tercera postura, la jurisprudencial, el autor señala que “C) La tesis del Tribunal Supremo une a los inconvenientes señalados para el primer criterio de distinción los apuntados para el segundo. No obstante, como en la jurisprudencia reciente predomina el criterio fáctico (hay apropiación indebida si el sujeto hace suya una cosa que estaba ya materialmente en su poder) sobre el normativo, destacan más los inconvenientes últimamente citados (falta de atención al mayor contenido de injusto del delito de hurto frente al de apropiación indebida) –como lo pone de manifiesto el hecho de que se sancione como apropiación indebida la acción de apropiarse del servidor de posesión”.

La solución para Zugaldía “debería pasar por un criterio que reúna en sí la *doble cualidad* de explicar no sólo la diferencia entre ambas figuras criminales, sino, además, el mayor contenido de injusto asignado al delito de hurto frente al de apropiación indebida. En la doctrina alemana ese criterio es el de la *custodia* sobre la cosa. En base a él es posible afirmar que el delito de hurto y el de apropiación indebida tienen en común el hecho mismo de la apropiación, diferenciándose porque mientras en el delito de hurto el sujeto activo se apropia de la cosa quebrantando la custodia de quien la tenga sobre la misma, en el delito de apropiación indebida –tipo básico de los delitos contra la propiedad- dicha apropiación se lleva a cabo sin quebrantar custodia alguna sobre la cosa ilegítimamente apropiada. El criterio –que no bien jurídico independiente- de la custodia sirve además para explicar el distinto contenido de injusto del delito de hurto frente al de apropiación indebida: el de aquél es más grave en tanto que une al hecho de la apropiación el dato del quebrantamiento de la custodia (que normalmente corresponde

⁷²⁰ “Manual...”, p.270.

⁷²¹ Ob. cit., 14^a edición, p.428.

al propietario) sobre la cosa objeto de la ilegítima apropiación...En general, por custodia suele entenderse una relación real de dominio dirigida por una voluntad de dominio. Medida para ambos elementos del concepto de custodia, afirma la doctrina dominante en Alemania, es básicamente la *interpretación de la vida cotidiana*...Una especial consideración requiere el discutido problema de determinar, frente a un acto de apropiación llevado a cabo por el *servidor de la posesión* (persona vinculada a otra por una relación de dependencia en virtud de la cual se convierte en mero instrumento de la posesión de su principal) o por el *representante del poseedor* (persona que realiza actos de posesión en nombre ajeno) si nos encontramos frente a un hurto –por existir quebrantamiento de la custodia sobre la cosa- o ante una apropiación indebida –por no existir quebrantamiento alguno de la custodia sobre el objeto...En estos supuestos...la doctrina dominante en Alemania considera que, con arreglo a las valoraciones normales de la vida cotidiana, cabe hablar de quebrantamiento de la custodia sobre los objetos ilegítimamente apropiados. Lo único que se discute es si estaríamos ante supuestos en los que el propietario sería titular *exclusivo* de la custodia sobre el objeto o si, por el contrario, nos encontraríamos ante supuestos de custodia *compartida*. Claro que la custodia compartida puede serlo de forma *equivalente*... o de forma *subordinada*...”.

En España también ha habido autores, como el mencionado Rodríguez Devesa, que han postulado que la solución a todos los problemas que presenta la delimitación de las fronteras del hurto y la apropiación indebida pasa por la adopción en la doctrina española del concepto Besitz (o posesión) del StGB. Al respecto dice Bajo; “El prestigio de la Doctrina alemana en nuestro país explica que algún sector doctrinal español siga insistiendo en encontrar la fórmula a través del concepto de posesión, creando un concepto penal de posesión, y así Rodríguez Devesa, siguiendo a Binding, entiende la posesión penal como un poder de señorío sobre la cosa acompañado de un acto de voluntad de ejercitar un poder fáctico sobre la misma, impidiendo la actuación de otras voluntades de señorío. A mi juicio, este concepto penal de posesión utilizable como criterio diferenciador, resulta totalmente arbitrario, porque ninguna de las características o elementos de esa definición encuentra fundamento en el texto legal del artículo 535, y, por otro lado, se está elaborando a partir del contenido del parágrafo 246 del Código penal alemán, ignorando el contenido del artículo 535 del Código penal español...”⁷²².

Las críticas a la postura de Rodríguez Devesa llegan también por otro lado, por una parte el ser una reproducción de teorías civiles y, por la otra, el ser una teoría subjetiva. González Rus dice;”En realidad, los diversos intentos no han hecho sino reproducir en el campo penal las teorías y concepciones civiles sobre la posesión (...). El más significativo probablemente fue el de RODRÍGUEZ DEVESA, que, siguiendo a BINDING, consideraría que lo característico de la posesión penal es ser adquirida por un acto volitivo que expresa coetáneamente la voluntad de ejercitar un poder fáctico sobre la cosa y hace imposible la actuación, al mismo tiempo, de otra voluntad de señorío sobre ella. En definitiva, una teoría *subjetiva*, que considera precisa para la posesión el *corpus* y el *animus*, de manera que quien carece del ánimo de poseer, teniendo la cosa, sería detentador y no poseedor. Ni la mera tenencia ni la custodia o vigilancia sería suficientes para considerar al sujeto poseedor, pues falta en ellas la voluntad de excluir de hecho a

⁷²² “Manual...”, p.271.

cualquier persona y debe tener el señorío fáctico, elemento subjetivo que ha de añadirse al *corpus* para que surja la posesión penal. En base a ello, no sería poseedor a efectos penales el criado a quien se entrega una cosa para que la lleve a Correos, quien recibe un billete para la compra, el cajero de la empresa o el pastor que cuida el ganado de otro, etc., por lo que si tales sujetos se apropiaran de la cosa no realizarían una apropiación indebida sino un hurto”⁷²³.

Rodríguez Montañés, Quintano, Sainz-Pardo, Bajo, Queralt y Muñoz Conde adhieren a lo que, según Zugaldía, sería la primera postura, la que define los límites de los delitos de hurto y apropiación indebida en atención a los títulos⁷²⁴. Así “La diferenciación entre hurto y apropiaciones indebida solo puede establecerse sobre la base de un interpretación del título jurídico por el que se entrega la cosa y que puede dar lugar a la apropiación indebida. Según establece el art. 252, se trata de títulos de entrega de un objeto que generan a su vez la obligación de entrega o devolución. Por lo tanto, solo existirá apropiación indebida cuando el título del débito es a su vez el título de la responsabilidad; es decir, cuando existe unidad e identidad entre el título en virtud del cual esta obligado a devolverlo (por todos BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, MAJÓN-CABEZA, DE LA MATA)”⁷²⁵.

Por lo menos Politoff y la doctrina mayoritaria de nuestro país así, lo piensan.

Dice Politoff; “Esta, pues, fuera de duda que, en el Derecho chileno, el “poder no usurpado” que sirve de presupuesto al delito de apropiación indebida es la mera *tenencia* (...); ello sin perjuicio de ser plenamente utilizables por nosotros los estudios de los investigadores extranjeros que han construido el tipo a partir de una vasta idea de posesión (teoría objetiva). Mediante el fácil recurso de reemplazar los términos (posesión por tenencia) se mantiene, en lo demás, la validez de las investigaciones de aquellos juristas”⁷²⁶.

Bajo la influencia italiana en nuestro país para la doctrina mayoritaria la tenencia (la mera tenencia) y no la posesión es el presupuesto fáctico del delito de apropiación indebida.

Sin embargo, ellos entiende que no toda mera tenencia del derecho civil puede ser el presupuesto fáctico del delito, sino determinadas tenencias.

En todo caso, existen en nuestro país opiniones distintas a la de la doctrina mayoritaria en los trabajos de los profesores Soto Piñeiro y Garrido Montt, que escapan de la naturaleza de la tenencia como criterio demarcador de los delitos de hurto y apropiación indebida.

⁷²³ Ob. cit., p.697 y ss.

⁷²⁴ Rodríguez Montañés, “Enciclopedia...”, Dirección D. Luzón-Peña, p.84, Quintano, ob.cit., p.865 y ss.; Sainz-Pardo, ob.cit., p.55; Bajo, “Manual...”, p.271; Queralt, ob.cit., p.332; Muñoz-Conde, ob.cit., 14ª edición, p.428.

⁷²⁵ Bajo Fernández / Pérez Manzano, “Compendio...”, p.479.

⁷²⁶ “El delito...”, p.128.

Para Politoff que no toda tenencia civil constituye el presupuesto fáctico del delito de apropiación indebida, y para ello se basa en la distinción efectuada por el jurista italiano Forti, la que fuera seguida después por Carrara. Esta distinción consistía entre aquellos casos en que se realiza una simple entrega material de aquellos otros que se realiza una entrega fiduciaria⁷²⁷.

Dice Politoff; “En efecto,..., aunque para el Derecho Civil “la tenencia supone exclusivamente el hecho material de tener la cosa en su poder (...), no todas sus modalidades son idóneas para generar apropiación indebida. Este distingo entre “mero encargado” y “tenedor” es el umbral de una aspiración muy antigua de los investigadores hacia la delimitación de la tenencia en el derecho penal...Para estos autores, en suma, la tenencia *material*, al revés de la que emana de una entrega *fiduciaria*, es un mero acceso a la cosa sin que implique “poder” alguno sobre ella, dado que permanece en la esfera de potestad correspondiente al dueño o a quien tenga derecho...El concepto penal de tenencia, que autoriza la procedencia del delito de apropiación indebida, importa todo poder de hecho no usurpado (detentación legítima), ejercido por el agente *fuera de una determinada órbita potestativa del derechohabiente*. Como se verá, esta esfera se integra con ideas de *custodia, vigilancia y actividad*”.

De la misma forma Matus y Ramírez, Etcheberry y Labatut también adhieren a la mencionada distinción de los juristas italianos⁷²⁸.

Distinta es la posición de Miguel Soto Piñeiro. Él se encuentra cercano a la doctrina germana.

Él al tratar de la diferenciación entre ambos delitos dice; “... la adecuada delimitación de ambos tipos penales requiere de un criterio más preciso (el autor se refiere al de la dinámica comisiva) para establecer la relación que con anterioridad a la “apropiación” existe entre la cosa y el sujeto activo, en la apropiación indebida, que correlativamente está ausente en el hurto, justificando la mayor gravedad que tradicionalmente se le ha reconocido a este último...Para tales efectos, a nuestro entender, no resulta satisfactorio recurrir al “título” jurídico extra-penal que justifica la posesión o tenencia “lícita” que ostenta el sujeto activo, desde ya porque el tenedor o poseedor ilícito puede ser víctima de hurto y también de apropiación indebida, si le entrega la cosa a un tercero con cargo a restitución y dicho título (cuyo “título” adolece de los mismos defectos que aquel del que deriva) se “apropia” de la cosa...Pero aún si lo anterior fuese discutible desde una visión más “ius oprivatista” del bien jurídico protegido (y, por ende, del sujeto pasivo y la consumación del delito), el régimen de “*numerus apertus*” que el tipo utiliza para referirse al título en referencia y el carácter polémico que aún revisten en el derecho privado los conceptos de “mera tenencia” y “posesión”, trasladan nuevamente el centro del problema al “especial deber extra-penal de entregar o devolver”...Lo trascendente, entonces, es que se trata de una relación de la que tenga sentido predicar que da origen a un “especial deber extra-penal de “entregar o devolver”, cuya infracción importe la apropiación de la

⁷²⁷ Carrara, ob. cit., parágrafo 2285, p.365 y ss.; Conde-Pumpido, ob. cit., p.44; Labatut, ob. cit., p.234; Etcheberry, ob. cit., t.III, p.431.

⁷²⁸ Matus y Ramírez, ob. cit., p.183; Etcheberry, ob.cit., t.III, p.431; Labatut, ob.cit., p.234.

cosa. Así, por ejemplo, respecto de la relación con la cosa que establece el mero servidor de la tenencia o posesión ajena (que es el empleado doméstico que materialmente tiene en su poder un objeto de ornamento de limpieza) no cabe en rigor hablar de una “obligación de entregar o devolver”, dado que su acción no importa una exclusión y sustitución, sino una confirmación de la tenencia o posesión que detenta el titular a cuyo servicio se encuentra el empleado, por ello la apropiación que lleve a cabo este último importará a la vez sustracción de la cosa, constitutiva de hurto...En suma, en directa relación con la dinámica comisiva y con el menor disvalor relativo (respecto del hurto) asignados a la apropiación indebida, el vínculo jurídico de que se trata debe importar la traslación o traspaso de la “cosa” a la “esfera de voluntad de acción del tenedor o poseedor, en términos tales que la cosa se encuentre “de hecho” (y aparezca frente a terceros) sujeta al poder de disposición de dicho eventual sujeto activo, jurídica y subjetivamente privado de ejercer tal poder fáctico de disposición por la obligación de entregar o devolver, cuya existencia y reconocimiento importa la existencia y reconocimiento de dominio ajeno...Lo anterior puede analogarse o identificarse con la noción de “custodia”, como concepto diverso, pero integrado en el de “propiedad” y que correspondería a la relación que mantiene con la cosa, con anterioridad a la “apropiación indebida” y que en cambio está ausente en el autor del hurto...La preexistencia de dicha relación de “custodia” y el quebrantamiento de la misma explican o justifican que pese a su muy inferior disvalor intrínseco se sancione penalmente la conducta constitutiva de apropiación indebida”⁷²⁹ .

El criterio del profesor Soto Piñeiro es el mantenido en España, como se ha visto, por Zugaldía.

Garrido Montt, cercano a la doctrina española, define el presupuesto fáctico en base al título que motiva la entrega, y no a la naturaleza de la tenencia (como Politoff, Matus y Ramírez, Etcheberry y Labatut), echando mano además a los conceptos de custodia y posesión⁷³⁰ . Él dice; “De allí que la diferencia (entre hurto y apropiación indebida) debe encontrarse en el título de la tenencia y las facultades que confiere, pero no en la naturaleza misma de la tenencia. La cosa puede ser entregada a aquel que la reciba simplemente para que la tenga materialmente, sea con el fin de que la observe (la mujer que examina en una tienda una prenda de vestir que le pasa el vendedor) o para que preste circunstancialmente un determinado servicio (limpiar un jarrón de cristal que la dueña de casa entrega a su empleada doméstica); ese título de tenencia legítima no habilita al sujeto para que ejerza respecto de la cosa ningún derecho sobre ella, salvo cumplir una función determinada, pero el objeto sigue bajo la custodia y posesión del dueño, de manera que si esas personas se apropian del bien, cometen delito de hurto y no de apropiación indebida”.

La crítica a esta postura o criterio de demarcación de los delitos de hurto y apropiación indebida en base al título posesorio se ha visto en el estudio realizado en España por Zugaldía.

⁷²⁹ Ob. cit., p.79.

⁷³⁰ Ob. cit., p.365.

Los llamados “casos nebulosos” son resueltos en la doctrina nacional de la misma forma que la argentina, y éstos lo hacen inspirados en la antigua doctrina italiana de Forti, Carrara, Pessina y Manzini. Al respecto véase a Ure⁷³¹.

Para Politoff el presupuesto fáctico del delito de apropiación indebida es la “tenencia penal” (ella ocurre cuando se transfiere la custodia y se cede la tenencia⁷³²), como dije, y esta tenencia penal comienza donde terminan los conceptos de “órbita de custodia, vigilancia y actividad”, ya que la apropiación que se lleve a cabo dentro de estas órbitas constituyen el delito de hurto⁷³³.

La custodia es para él la forma a través de la cual la persona con derecho sobre la cosa manifiesta su decisión de mantener su poder o control de hecho sobre la cosa. El primer grado de custodia, que para él es la mínima (rudimentaria o básica) es aquella que se ejerce a vista y alcance del derechohabiente, pero sin que la cosa este en sus manos. Por ejemplo, dice este autor, el caso del vendedor que pone la cosa en manos del cliente para que la examine en su presencia. El segundo grado de custodia, que ya no es la custodia visual, es aquella que se da en el caso en que el propietario sin estar frente a la cosa está en el lugar en que ella se encuentra. Estas dos clases de custodia constituyen para Politoff casos de custodia en sentido estricto. Existe una clase de custodia en sentido amplio, que junto con integrarse con la custodia en sentido estricto, integra la idea de órbita de vigilancia. En la órbita de vigilancia el control se ejerce a través de representantes. Para ello Politoff se atiene a los ejemplos de Ure, y que dicen relación a las grandes tiendas o las fábricas. Finalmente se encuentra otra órbita o esfera potestativa del derechohabiente, esta es llamada por Politoff (al igual que Ure) órbita de actividad, el cual define a través de ejemplos, como el del dependiente del negocio o el carretero que transporta con los medios y en la forma dispuesta por el propietario⁷³⁴.

Etcheberry soluciona estos casos nebulosos (que él llama de los subordinados) siguiendo al pie de la letra a Soler. Debido a esto Etcheberry⁷³⁵ echa mano a la idea de instrumentalidad que utiliza Soler para resolver los casos de los dependientes. Es necesario aclarar este punto. El jurista argentino afirma que “Para que pueda hablarse de retención indebida, es necesaria la preexistencia de un *poder no usurpado* sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido. Ahora bien, para determinar si existe o no este desplazamiento, hicimos aplicación de los principios relativos a la esfera de custodia (al tratar del hurto)...Para determinar la existencia o inexistencia de una esfera de custodia transferida es importante examinar el grado de autonomía acordada al sujeto en relación a las cosas cuya custodia se confió. En este sentido, es necesario distinguir el *valor* de las cosas como tales (que es lo que se confía) de su calidad de *instrumentos*. Al

⁷³¹ Ob. cit., p.57 y ss.

⁷³² “El delito...”, p.144.

⁷³³ “El delito...”, p.142.

⁷³⁴ “El delito...”, p.134 y ss.

⁷³⁵ Ob. cit., t.III, p.431.

doméstico no se le concede la custodia de las cosas en las cuales pone manos para servirnos: sólo tiene el manejo de ellas como instrumentos...El grado de custodia determinante de la existencia de una esfera de custodia puede derivar tanto de una convención expresa por la cual el sujeto se constituye en custodio, como de la situación misma de hecho...Son muy distintos el acto de *entregar la cosa* y el de *entregar la custodia*. Hay custodia, cuando por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función pueda afirmarse que el sujeto no solamente maneja las cosas, sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido...”⁷³⁶ .

Ahora bien, Etcheberry también se hace cargo del problema del funcionario bancario (cajero del banco) que se apropia de una suma de dinero que llega a sus manos por el cargo que desempeña en la institución. Esto ocurre porque sigue el pie de la letra a Soler, quien trata, como dije, la materia de la misma forma, y Soler trata este tema de forma aparte porque él hace una crítica al tratamiento que sobre el tema desarrolla Ure. Para Ure⁷³⁷ el cajero bancario que se apropia de una suma de dinero comete el delito de hurto porque cumple su tarea bajo el control y vigilancia de las autoridades del banco sin tener un poder autónomo sobre el dinero o los libros. Soler⁷³⁸ , en cambio, al que sigue Etcheberry distingue dos situaciones respecto de este cajero; teniendo en cuenta que el cajero responde mediante planilla de su propia caja, incurrirá en apropiación indebida si realiza una substracción de dinero de esa caja, en cambio incurrirá en hurto si la substracción de la caja misma vacía.

Soto Piñeiro y Garrido Montt solucionan estos casos de la forma expresada, no de forma casuística como Etcheberry y Politoff, sino en base a principios generales que pueden inspirar la resolución de los casos ya anotados con Etcheberry, de forma más simple. Esto se vió cuando se transcribió sus posturas sobre el criterio de demarcación de estos delitos.

Matus y Ramírez como Labatut no se hacen cargo del problema que plantean estos casos límite o nebulosos.

En la jurisprudencia nacional encontramos que la diferencia entre la apropiación indebida y el hurto la establecen en base la dinámica la comisiva del delito. Así en el proceso en contra de Adriana Pamela Díaz Rodríguez la I.C.A. de Valparaíso el 18 de enero de 1994 tuvo por establecida la apropiación de sumas de dinero. La sentencia señala: “Que los hechos descritos en el razonamiento segundo de primer grado...configuran el delito de apropiación indebida de dineros...por cuanto consta que se recibieron valores consistentes en dineros con la misión de ser pagados en las pertinentes A.F.P. por concepto de cotizaciones previsionales de diferentes empresas, lo que no se cumplió pues la secretaria encargada de hacerlo se adueñó de ellos, ocupándolos en usos propios y de esta forma perjudicó al contador....que debió

⁷³⁶ Ob. cit., t.4, p.430 y ss.

⁷³⁷ Ob. cit., p.78.

⁷³⁸ Ob.cit., p.432.

enterarlos con posterioridad”⁷³⁹. En el considerando 2º de este fallo se estimó que se estaba en presencia de una apropiación indebida y no de un hurto por cuanto “el aspecto material de la apropiación, a diferencia de lo que acontece en el hurto, no consistirá en una acción física de apoderamiento, puesto que el objeto, por voluntaria decisión de su titular, ya se encuentra dentro de la esfera de resguardo y custodia del delincuente, pero externamente se revelará mediante la ejecución de actos propios de dominio a los cuales el título no da derecho, o bien a través de la negativa a devolver llegado el momento de la restitución o entrega y ésta es requerida, siendo la primera de esta hipótesis la sucedida en el caso que se trata”.

En el mismo sentido un fallo de la I.C.A. de Santiago de 14 de abril de 2000 en el cual se condenó a una persona por la sustracción de una tarjeta magnética bancaria mediante la cual retiró sumas de dinero en forma continuada desde la cuenta corriente del propietario de la tarjeta. Sin entrar al análisis sobre lo que recae la apropiación (la tarjeta, el valor que representaba o si simplemente era la lleva mediante la cual se accedía a la cuenta), lo que más tarde se verá, estableció lo que constituye la diferencia entre hurto y apropiación indebida, diferencia que hizo radicar en la dinámica comisiva. En el considerando 2º señaló; “Se diferencia (el hurto) de la apropiación indebida por cuanto en ésta la víctima se desprende voluntariamente de la tenencia de la cosa, para colocarla en la esfera de custodia del delincuente, el cual con posterioridad subvierte el título, que era de mera tenencia, en dominio y retiene la cosa. El hurto, en cambio, se produce una conducta de apoderamiento material, en forma clandestina, por parte del hechor”⁷⁴⁰.

9.- Significación penal de la tenencia

Ya hemos visto cuales son los criterios utilizados para definir la clase de tenencia o posesión que debe existir como presupuesto fáctico del delito de apropiación indebida. Delimitada dicha “tenencia” o “posesión”, sea a través de la idea de la posesión civil o de la posesión penal, sea a través de la tenencia penal o fiduciaria, sea a través del título por el cual se encuentra un sujeto obligado a entregar o devolver, o sea a través de la idea de custodia (Gewahrsam) que se tiene sobre la cosa, la significación penal de dicha “tenencia” o “posesión” de que aquí se habla engloba la importancia que tiene el hecho que exista una relación previa entre el sujeto activo y la cosa objeto material del delito para que se dé el delito de apropiación indebida. Precisamente, es esta relación delimitada ya sea a través de criterios normativos o fácticos (de los que habla Bajo Fernández) la que define la clase de delito frente al que estamos (hurto o apropiación indebida), si estamos frente a un delito especial, la clase de acción típica y el sujeto activo que puede realizarlo.

⁷³⁹ Gaceta Jurídica N°163, p.91 y ss.

⁷⁴⁰ Gaceta Jurídica N°238, año 2000, abril, p.133.

Miguel Soto P., al destacar la importancia del “especial deber extra-penal de entregar o devolver”, sostiene; “En el contexto precedentemente expuesto, definido el contenido del “tipo de injusto”, el rol y función que cumple el “perjuicio” y la importancia que para el esclarecimiento de ambos extremos tiene el incumplimiento del “deber de entregar o devolver”, que deriva de la “relación jurídica extra-penal”, que explica y delimita la recepción y la “tenencia” o “posesión” de la “cosa” y que es a la vez, coherentemente, objeto de dicho deber y objeto de “apropiación”; resta por establecer si corresponde reconocerle al aspecto positivo de dicho cumplimiento, “la obligación de entregar o devolver”, alguna función o rol dogmático autónomo, pero concordante con la importancia que previamente se le otorgó para la definición de los restantes elementos del delito...Dicha obligación, observada desde el tipo, constituye una “relación jurídica de derecho privado”, con efectos y características propias de ese ámbito, que generan o dan origen a “un especial deber extra-penal”, cuya infracción es penalmente relevante, en cuanto supone, además y conjuntamente, la realización de la acción típica...Vale decir, observado el problema desde una perspectiva material, sólo quien es titular de dicho “especial deber extra-penal” puede realizar o satisfacer el contenido del injusto del tipo que nos ocupa, pues sólo dicho titular u obligado está en posición y, por ende, en posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, en la forma descrita y por tanto desvalorada por el derecho penal”⁷⁴¹ .

De lo transcrito queda de manifiesto que la simbiosis existente entre la “tenencia” o “posesión” y los criterios que la demarcan definen, incluso, el dominio del hecho⁷⁴² que debe existir en un sujeto para que tenga la calidad de autor, ya que sólo quien este en dominio del hecho podrá lesionar el bien jurídico protegido por este delito cual es la propiedad⁷⁴³ .

En el mismo sentido se pronuncia Bajo Fernández; “El autor, pues, debe encontrarse en una relación jurídica con la cosa que permita decir que la ha recibido y que la ha recibido con la obligación de entregarla o devolverla. En este sentido decimos que estamos ante un delito especial ya que el sujeto activo sólo puede serlo el obligado,...”⁷⁴⁴

Incluso, Quintano R.⁷⁴⁵ llegó a sostener que este delito, como destaca Conde-Pumpido⁷⁴⁶ , era afín a los delitos de “propia mano”.

Esta relación pre-existente entre sujeto activo y el objeto material de delito es

⁷⁴¹ Ob. cit., p.73 y ss.

⁷⁴² Maurach, Gössel y Zipf, ob. cit, parte 2, p.314 y ss.

⁷⁴³ M. Soto P., ob.cit., p.74 y ss.

⁷⁴⁴ “Manual...”, p.283; Vives A. / González Cussac, “Comentarios...”, p.1255.

⁷⁴⁵ Ob. cit., p.907.

⁷⁴⁶ Ob. cit., p.56.

importante a la hora de estudiar las diferencias que existen entre la apropiación indebida y la malversación de caudales públicos. Así, por ejemplo, algunos autores han llegado a pensar (Groizard y Bavillán), como lo hace presente Politoff, que los delitos de apropiación indebida y la malversación de caudales públicos difieren en la “calidad” del sujeto activo“. Otros, como Bunster y Politoff, reconociendo que en ambos casos existe tenencia de cosa ajena, ven que la diferencia viene de la mano del título que origina la entrega de los bienes ⁷⁴⁷. En España Quintano R., incluso ha sostenido, que la malversación es un delito contra la propiedad cualificado por el resultado; “Suele decirse que la malversación constituye una modalidad cualificada del delito de apropiación indebida, siéndolo precisamente por la doble especialidad del sujeto activo y caudal públicos” ⁷⁴⁸.

Otro aspecto en el cual desempeña un rol fundamental la “tenencia” o “posesión” que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material del delito es el del acto de apropiación. Como se verá en el párrafo 22 del capítulo quinto, la apropiación se compone de dos elementos, a saber, el acto de apropiación propiamente tal (Aneignung) y la expropiación permanente (Enteignung). Dice De la Mata ⁷⁴⁹ que la apropiación propiamente tal dice relación al “aspecto positivo del resultado típico apropiación. Para que este elemento concurra es suficiente la utilización temporal de la cosa, siempre que con ella se pretenda una incorporación siquiera momentánea al patrimonio del sujeto activo...En este sentido, es indiferente que el sujeto activo se quede definitivamente con el objeto material en cuestión, o bien lo devuelva o destruya”. Cabe señalar que la idea de incorporación definitiva al patrimonio que utiliza De la Mata, y que parece ser doctrina dominante en España y Alemania, es criticada, como se verá en el párrafo 24 del capítulo quinto, por Silva Castaño ⁷⁵⁰.

La expropiación permanente, dice De la Mata, “implica la privación definitiva o duradera al sujeto pasivo de las facultades que se derivan de su condición de propietario”.

De esta forma, sólo quien, como dice M. Soto Piñeiro, se encuentra en dominio del hecho puede utilizar temporalmente la cosa y privar definitivamente a su propietario de las facultades que se derivan de su condición de tal.

Para terminar, volvemos a recordar aquí la frase de Soler; “Para que pueda hablarse de retención indebida (apropiación indebida en nuestro caso), es necesaria la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido” ⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Politoff, “El delito...”, p.98.

⁷⁴⁸ Ob. cit., p.876. Véase al respecto Silva Castaño, ob. cit., p.79; De la Mata, “Tutela...”, p.121.

⁷⁴⁹ “Tutela...”, p.147 y ss.

⁷⁵⁰ Ob. cit., p.92.

⁷⁵¹ Ob. cit., p.431. Véase también Politoff, “El Delito...”, p.125; Donna, ob. cit, p.360.

Capítulo Cuarto. Títulos Idóneos o válidos para configurar la apropiación indebida.

10.- Depósito

El depósito es un contrato real, definido por el legislador en el artículo 2211 del Código Civil, por el cual se *confía* una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de *restituirla en especie*.

Este contrato genera para el depositante, tratándose de bienes no fungibles, la obligación de devolver la cosa misma, en especie o cuerpo cierto. Como consecuencia de lo anterior, el depositante al entregar la especie o cuerpo cierto constituye al depositario en mero tenedor de la cosa, es decir, el depositario tiene la cosa en su poder reconociendo dominio ajeno.

Este es el llamado depósito ordinario. Siendo el depositario mero tenedor de la cosa confiada y encontrándose obligado a restituirla en especie, nadie entonces puede dudar de la idoneidad de este título para configurar el delito de apropiación indebida. Así encontramos el fallo dictado por la I.C.A. de Temuco y ratificado por la E.C.S. en contra

de Rubén Siske Mosnaim Soto, fallo por el cual se le condenó por apropiación indebida de una especie mueble recibida en depósito. En este caso se trata de una máquina excavadora que quedó en depósito en terrenos de Indap, depósito que fue aceptado al menos tácitamente por el Jefe del Area, y que Mosnaim posteriormente vendió⁷⁵².

Ahora bien, el depósito puede tener por objeto material bienes fungibles, en otras palabras, también se pueden confiar a otra persona en depósito cosas muebles fungibles. En este caso, el depósito deja de ser ordinario y pasa a llamarse depósito irregular.

En el caso del depósito irregular se produce la obligación de devolver otras cosas del mismo género y calidad del bien entregado.

Uno tipo de bien fungible que puede ser entregado en depósito es el dinero, bien mueble que por definición es "ultrafungible"⁷⁵³, y que da origen a la obligación de devolver un *tantundem*, o sea, igual cantidad del numerario recibido.

El art.2221 del C. Civil prescribe que en el caso del depósito de dinero, si no es hecho en arca cerrada cuya llave tenga el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, "se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto de la misma moneda".

Existe dos corrientes respecto de la idoneidad del depósito irregular como título configurador del delito de apropiación indebida. La corriente mayoritaria (doctrinal y jurisprudencial) estiman que no es un título idóneo. La minoritaria, por su parte, estima que si es idóneo.

Dentro de la corriente minoritaria que estima al depósito irregular como título idóneo, encontramos a Ferrer Sama⁷⁵⁴ (a través de su "criterio de la solvencia" o "de la capacidad o voluntad"⁷⁵⁵), Luzón Peña⁷⁵⁶ y a Politoff⁷⁵⁷. Este último tratándose de esta clase de depósitos realiza una primera distinción. Cabe señalar que esta primera distinción es utilizada por casi toda la doctrina, a saber, si el dinero se entregó en arca cerrada cuya llave conserva el depositante ("o asegurada por otros medios de precaución que impiden abrirla sin fractura", dice el autor) o si no se recibe "en aludidas condiciones de seguridad".

En el primer caso, dice Politoff, si el depositario usa el dinero "comete delito". En el segundo caso habrá que entrar a subdistinguir. Esta subdistinción es seguida, entre

⁷⁵² Revista Fallos del Mes N°413, p.170 y ss. El mismo en RDJ, 1993, tomo XC, sección IV, pág.19 y en la Gaceta Jurídica N°172, p.82 y ss.

⁷⁵³ Al respecto véase a José Bonet Correa en "Las deudas de dinero", monografía de la editorial Civitas, Madrid 1981, p.239 y ss.

⁷⁵⁴ "El delito...", p.26.

⁷⁵⁵ De la Mata, "Tutela...", p.406 y ss.

⁷⁵⁶ Ob.cit., p.87 y ss.

⁷⁵⁷ "El delito...", p.179 y ss., p.194 y ss.

otros, por Donna ⁷⁵⁸ .

La subdistinción consiste en:

(a) Que se reciba el dinero sin las aludidas condiciones de seguridad y sin autorización de uso. Aquí es necesario realizar una nueva distinción;

(a.1) Se usa el dinero pero se devuelve igual cantidad. Aquí no hay delito porque no hay perjuicio (entendido el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad).

(a.2) Se usa sin hacer devolución. Hay apropiación indebida.

(a.3) No se usa, pero se niega su restitución. Hay apropiación indebida.

(b) Que se reciba el dinero con autorización de uso. No hay delito.

(c) Que se reciba dinero y nada se haya dicho sobre su posibilidad de uso. No hay delito.

Ahora, dentro de quienes niegan la idoneidad del depósito irregular como título configurador de la apropiación indebida, encontramos a Etcheberry. Él dice; “Existe dentro del depósito, sin embargo, una situación excepcional. Es el llamado depósito irregular, a que se refiere el Art.2221 del Código Civil. Se trata del depósito del dinero que no se haga en arca cerrada o sellada o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura. En este caso se presume que el depositario está autorizado para usarlo, y queda obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. Como las especies monetarias son fungibles (consumibles), la autorización para usarlas (gastarlas) significa un título traslativo de dominio: el depositante cambia su derecho real de dominio sobre las especies monetarias por un derecho personal o crédito contra el depositario para exigir un pago o contraprestación. Por consiguiente, el depósito irregular es un título traslativo de dominio, que no puede dar origen a una apropiación indebida” ⁷⁵⁹ .

Garrido Montt sigue esta línea y citando a Creus señala; “*Depósito* es un contrato –según el art. 2221 del C.C.- que consiste en entregar una cosa mueble a una persona, que asume la obligación de cuidarla y restituirla en especie. La doctrina excluye de esta posibilidad al denominado *depósito irregular*, que es aquel que recae sobre dinero que no se mantiene en una caja sellada que impide sacarlo, a menos de violar su cierre, en estos casos se entiende que el dinero se entrega en dominio, porque en la práctica importa un mutuo; quedan excluidos por lo tanto aquellos títulos que otorgan la facultad de disponer o de apropiarse de las cosas entregadas” ⁷⁶⁰ .

También Quintano Ripollés niega aptitud al depósito irregular para configurar una apropiación indebida; “Tratándose de las (cosas) fungibles, y mas concretamente el dinero, su mención expresa en el tipo de apropiación indebida del artículo 535, parece entrañar una cierta contradicción con la específica naturaleza del depósito, dado que la doctrina civilista española es unánime en la inadmisibilidad del llamado depósito

⁷⁵⁸ Ob. cit., p.365.

⁷⁵⁹ Ob. cit., t.III, p.433.

⁷⁶⁰ Ob. cit., t.IV, p.366.

irregular...Extremo que en el orden penal acarrearía la consecuencia de entrar en juego, en vez de los preceptos civiles del depósito, los del mutuo, aunque en el Código civil español no exista, como el parágrafo 700 del alemán, una expresa disposición de reenvío o novación, a la que son poco propicios los tratadistas españoles. Y en virtud de tal conversión del depósito en mutuo, la absoluta imposibilidad de encuadramiento del hecho en la tipicidad del artículo 535, a la que, como luego veremos, es inadecuado el negocio del préstamo mutuo; como lo sería en todo caso la del depósito irregular, por haber en él, según la común opinión de los civilistas (PLANIOL Y RIPPERT) una efectiva traslación de dominio, incompatible conceptualmente, como ya se dijo, con la apropiación indebida”⁷⁶¹

Se suma a la opinión anterior Sainz-Pardo; “La naturaleza del delito de apropiación indebida, rechaza el establecer un límite en la relación sujeto-objeto material, límite constituido por la propiedad, la posibilidad de que se pueda incluir entre los títulos que dan lugar a ella, el depósito irregular. Que el depósito irregular no sea un depósito en el sentido jurídico de la palabra, en nuestro derecho lo pone de manifiesto el artículo 1.768 del Código Civil y asimismo la doctrina civilista, en general. Verdaderamente al entregar cosas fungibles con trasmisión de la propiedad, el contrato es de mutuo, independientemente de la calificación que le hayan dado las partes. Y lo mismo resulta del art. 309 del Código de comercio por lo que al depósito irregular mercantil se refiere. Por esto, siempre y cuando nos encontremos con un depósito en el que el depositario tiene facultades de disposición sobre la cosa y su obligación respecto de la devolución de la misma se reduce a la entrega de otra cosa de la misma especie o su valor, no podemos interpretar que del mismo pueden derivar las consecuencias penales establecidas en el art. 535, aunque el depositario se apropie las cosas depositadas...Por las razones indicadas no comparto la posición de FERRER SAMA, sobre la aplicación del art. 535, a depósitos de dinero cuando el depositario no tenga solvencia suficiente como para devolver la cantidad en cualquier momento que le fuera requerida. Ello supondría, creo yo, la facultad de disposición de la cosa depositada, contraria a la interpretación de la naturaleza del mismo. Tanto en este caso como en el supuesto de solvencia del sujeto activo si hay facultad de disposición, no creo que se pueda aplicar el art. 535”⁷⁶²

Otros autores que se suman a esta posición son Bajo Fernández y Pérez Manzano, Rodríguez Ramos, Vives, González Cussac, González Rus, Muñoz Conde, Núñez, Soler y Ure⁷⁶³.

Cabe hacer presente que llama la atención el criterio utilizado por estos autores para

⁷⁶¹ Ob. cit., p.944.

⁷⁶² Ob. cit., p.96 y 97.

⁷⁶³ Bajo Fernández / Pérez Manzano, “Manual...”, p.429; Rodríguez Ramos, “Manual...”, p.305; Vives, “Derecho...”, 3ª edición, 1990, p.956, “Derecho...”, 3ª edición, 1999, p.470, Vives y González Cussac, “Comentarios...”, p.1257; González Rus, obra dirigida por Cobo del Rosal, “Derecho...”, p.704.; Silva Castaño, ob. cit., p.182 cita a Muñoz Conde, “Manual...”, 8ª edición, p.296. Revisadas la 10ª y 14ª edición del trabajo de este autor no encontramos referencias al depósito irregular. Núñez, “Manual...”, nota al pie de pág. N°47, p.248; Soler, “Derecho...”, p.437; Ure, “El delito...”, p.234.

negar la idoneidad del depósito irregular como título apto para configurar la apropiación indebida. Este criterio es el de la traslación de la propiedad del dinero entregado por el depositante al depositario. O sea, aceptan el concepto formal de propiedad. Sin embargo, estiman que en el caso que el mandante entregue una suma de dinero al mandatario para el cumplimiento del encargo, ese dinero no es entregado en propiedad. ¿Cómo puede ser esto?. ¿Qué razón permite estimar que en el depósito hubo traslación de propiedad y en el mandato no?. Este tipo de preguntas resta fuerza al argumento de estos autores para estimar que el depósito irregular no es un título idóneo para configurar la apropiación indebida. Por sus propios argumentos se llega a la conclusión o, que tanto el depósito irregular como el mandato son títulos aptos o, por el contrario, que ni el depósito irregular ni el mandato (o la comisión) en las cuales hayan mediado la entrega de una suma de dinero son títulos idóneos para configurar una apropiación indebida.

Esto nos lleva a recordar necesariamente las palabras de Majón-Cabeza, ya citadas, quien dijo “O entendemos que hay una serie de relaciones contractuales que tradicionalmente se han tenido por idóneas..., pero que no lo son...O, si queremos mantener dichas relaciones entre las aptas para la apropiación indebida, hemos de encontrar otro argumento, distinto de el traslado del dominio y la devolución del *tantundem*”.

Esta autora también excluye el depósito irregular como título idóneo, pero en base a otro criterio, distinto al de la traslación de la propiedad. Ella estima que un título es idóneo para configurar el delito de apropiación indebida cuando se trata de uno que genere la obligación de devolver, y que esta obligación de devolver nazca del mismo título que originó la entrega (a lo que llama identidad de título). Adicionalmente, recurre al criterio de la disponibilidad en los casos que median entregas de bienes fungibles para decidir si un título es o no apto para configurar el delito de apropiación indebida, sosteniendo que apto será aquél que cumpliendo los requisitos de generar la obligación de entregar o devolver y de la identidad de título haya, además, motivado la entrega del dinero con una disponibilidad limitada sobre éste. En base a este último argumento, esta autora determina que en el mutuo y el depósito irregular (depósito de cosa fungible con facultades de uso que se convierte en mutuo según señala) existe una disponibilidad absoluta no apta para generar el delito de apropiación indebida⁷⁶⁴.

De la Mata tampoco acepta el depósito irregular como título válido, y basa su decisión en la adhesión (que no es irrestricta) a los postulados de Majón-Cabeza, eso sí, desde un punto de vista funcional o dinámico de la propiedad.

Dice este autor; “Ahora bien, el criterio de la disponibilidad ha de interpretarse de acuerdo con la posición que se mantenga sobre el bien jurídico de estos delitos. Así, desde una perspectiva dinámica y funcional de la propiedad y del derecho de crédito, el criterio de la disponibilidad es significativo para afirmar el presupuesto básico de comisión de un delito de apropiación indebida, sólo en tanto en cuanto se atienda a la lesión material de la propiedad, o del derecho de crédito, y no al mero hecho formal de la disponibilidad indebida en sí”.

⁷⁶⁴ Ob. cit., p.114, 115 y 118.

“Esto es, en supuestos de préstamo mutuo o depósito irregular la disponibilidad del prestatario o del depositario es absoluta y, por ello, ningún comportamiento del mismo podrá dar lugar a un delito de apropiación indebida”⁷⁶⁵.

Pérez Manzano menciona ciertas dudas que flotan en el ambiente de la doctrina en cuanto al rechazo que existe respecto de la idoneidad del depósito irregular como título para configurar una apropiación indebida. Así, cuando ella trata el criterio de la disponibilidad señala; “La doctrina más moderna ha intentado una solución coherente en todos estos casos partiendo de la necesidad de que se lesione el bien jurídico, entendiendo éste como el derecho a la devolución de una cantidad similar. Así, MAJÓN-CABEZA acude al criterio de la disponibilidad con la que se entrega el dinero. Desde esta perspectiva se entiende que lo decisivo no es si un título trasmite la propiedad o la posesión, sino si implica una disponibilidad absoluta o limitada del dinero. Este criterio permitiría excluir, en su opinión y en la de cierta jurisprudencia (...), el depósito en cuenta corriente en la medida en que otorgan una disponibilidad sin límites del dinero, mientras que permitiría incluir la comisión y la administración. Sin embargo, como ha puesto de relieve RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, la disponibilidad en el depósito en cuenta corriente no es ilimitada, sino que las facultades se limitan por el deber de custodia del banco que exige a los depositantes puedan disponer en todo momento el *tantundem*. Con criterios similares y partiendo de la concepción funcional del bien jurídico, DE LA MATA, entiende que para afirmar lesionado éste no basta el mero quebrantamiento de los límites de la disponibilidad otorgada, sino si la disposición realizada quebrantando los límites supone una lesión de los intereses del propietario ligado a la función del objeto”⁷⁶⁶. En todo caso es necesario hacer presente que en el caso de De la Mata, sus apreciaciones sobre el criterio de la disponibilidad se refieren, no al depósito irregular y al mutuo, sino al mandato, comisión y/o administración.

Conde-Pumpido también menciona estas dudas, pero a nivel jurisprudencial y tratándose de depósitos bancarios; “c) La jurisprudencia, pese a ello, y a haber excluido de la apropiación indebida al depósito irregular (aunque sin declaración decisoria y sólo por la vía de “*orbiter dicta*”, así S. 15-XI-1994), en el caso de *depósitos bancarios*, aún reconociendo que la responsabilidad del depositario consistirá en devolver la misma cantidad de dinero en numerario nacional, considera que debe prevalecer la intención del *tradens* de depositar el dinero, pero teniéndolo siempre a su disposición, por lo que se rompe así el criterio tradicional de no considerar tales contratos como verdaderos depósitos y se mantiene la obligación de solvencia del depositario irregular, con lo que parece acogerse el criterio de FERRER SAMA más arriba expuesto (el llamado criterio de la solvencia, el cual permite incluir al depósito irregular como título apto para configurar la apropiación indebida).

“La custodia –se ha dicho- no es un concepto estricto que impida emplear las cantidades recibidas de *manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituirlas al ser reclamadas*” (S.T.S. 2-XI-1993). También ha señalado la jurisprudencia

⁷⁶⁵ “Tutela...”, p.234 y ss.

⁷⁶⁶ “Compendio...”, p.486 y ss.

que igual carácter tienen las cuentas corrientes, en las que su nota esencial es la disponibilidad de fondos a la vista”⁷⁶⁷.

Luzón Peña se manifiesta claramente partidario de incluir, como título idóneo del delito de apropiación indebida, los depósitos bancarios. Él dice; “En este grupo de casos (se refiere a la entrega de una suma de dinero) pueden incluirse las conductas de apropiación o no devolución por parte de Bancos de las cantidades depositadas por cuentacorrentistas o depositarios. La pretendida equiparación entre los depósitos bancarios de dinero y el préstamo mutuo a los efectos del delito de apropiación indebida me parece errónea. Los depósitos bancarios de dinero tienen unos matices muy especiales que los diferencian de otros depósitos irregulares y del contrato de préstamo y, por muy amplia que sea la disponibilidad del banco sobre el objeto del depósito, lo cierto es que la misma se ve limitada por la indiscutible finalidad de custodia que tiene el contrato, lo que obliga al banco a mantener la disponibilidad o liquidez frente al depositante. Por tanto puede afirmarse que la disponibilidad no es absoluta, sino limitada por el deber de custodia y, en esa medida, que la conducta de apropiación o no devolución de las cantidades depositadas no es un mero ilícito civil, sino que constituye un delito de apropiación indebida”⁷⁶⁸.

Sea cual sea la posición que se adopte frente al depósito irregular como título apto para configurar el delito de apropiación indebida, no se puede negar que el efecto que produce, en el ámbito civil (que sustenta el concepto formal de propiedad), es el de la transferencia de la propiedad del dinero entregado por el depositante al depositario. En el derecho civil el dinero, mediante la entrega, pasa a ser propiedad del depositario.

Por esta razón, el depósito irregular se parece al mutuo, ya que ambos son títulos traslaticios de dominio.

Dice Meza Barros; “La semejanza entre mutuo y el depósito irregular puede llegar al punto de una cabal identidad”⁷⁶⁹.

Continúa este autor señalando que, sin embargo, existe una diferencia entre ambos contratos y esta estriba “en que el préstamo supone un plazo pendiente en el cual no puede demandarse la restitución, en tanto que en el depósito debe efectuarse cuando el depositante lo requiera”.

“Pero esta diferencia es meramente accidental y desaparece cuando se ha establecido que el depositante no podrá exigir la restitución sino a cabo de cierto plazo, como sucede con los depósitos de ahorro”.

En España “El Código civil se refiere en el artículo 1.770 al “depósito de dinero” y en los artículos 1.767 y 1.768 subordina la conversión del contrato de depósito en préstamo o comodato a que el depositante haya dado permiso *expreso* al depositario para servirse de la cosa”⁷⁷⁰. En Chile el artículo 2221 prescribe que en el depósito de irregular, “si no

⁷⁶⁷ “Apropiaciones...”, p.70.

⁷⁶⁸ Ob. cit., p.87 y ss.

⁷⁶⁹ “Manual...”, tomo II, p.42 y ss.

se hace en arca cerrada cuya llave tenga el depositante, o con otras precauciones..., se presumirá que se permite emplearlo”. Como se ve, en España se requiere en el depósito irregular autorización expresa para poder usar el dinero⁷⁷¹ y en Chile esa autorización se puede presumir.

Para dilucidar el tema del depósito irregular Silva Castaño sigue el siguiente camino. Ella estima que tratándose de un mandato, comisión y/o administración en que medie la entrega de una suma de dinero, necesariamente opera la transferencia de la propiedad en estos casos. En consecuencia, estima que los criterios de disponibilidad y solvencia no son aptos para determinar, siquiera, el delito de apropiación indebida (tratándose de aquellos autores que estiman que el tipo del art.252 del CP contiene sólo el delito de apropiación indebida). Tampoco son aptos para establecer si se da en esos casos el delito de administración desleal. Ergo, ambos criterios no son aplicables al caso del depósito irregular ya que también aquí media la entrega de una suma de dinero y, necesariamente, opera la transferencia de la propiedad.

Y ¿qué hacer?.

La respuesta a este problema lo encuentra en un informe en derecho elaborado por el profesor Diez-Picazo sobre el tema. Para ella aquí se encuentran los puntos centrales que permiten dilucidar si se puede dar el delito de administración desleal cada vez que entreguemos una suma de dinero en depósito.

Estimo que las ideas desarrolladas en este informe pueden ayudar a aquellos otros autores que, apartándose de la línea de Silva Castaño, quieren saber si en estos casos se presenta o no el delito de apropiación indebida.

Dice Silva Castaño; “Por lo que respecta al contrato de Depósito irregular, si bien se ha sostenido que “se pueden distinguir dos hipótesis diferentes, según que, en la figura contractual de que se trate, prime la utilidad primordial del depositante, de manera que la traslación de la propiedad sea un instrumento de la custodia y el depositante conserve la libre disponibilidad, supuesto en el que debemos seguir hablando de depósito irregular, frente a los casos en que la finalidad de custodia se haya desvanecido y lo sustancial sea exclusivamente, la restitución del tantumdem en que el contrato pierde su carácter de contrato de depósito”; concluimos que en ninguna de estas dos hipótesis puede plantearse la tipificación de apropiación indebida o de administración desleal. Por lo que se refiere a la primera de las figuras no cabe “apropiación” de una cantidad de dinero que es propio. Por otra parte, el dinero no se ha entregado para un fin predeterminado, en interés del que lo entrega, por tanto no puede realizarse una “distracción” sobre el mismo. Diez-Picazo sostuvo que en el depósito irregular, como subespecie del depósito, “la obligación de custodia queda sustituida por la del depositario de administrar diligentemente el patrimonio del titular para asegurar la restitución o en la de tener

⁷⁷⁰ Diez-Picazo / Gullón, “Sistema...”, t.II, p.414.

⁷⁷¹ Sobre la necesidad de autorización expresa en España, Bercovitz manifiesta una opinión distinta en “Comentarios...”, p.2002. Aquí señala que “Por ello hay que concluir que en el depósito de cosa fungible, y singularmente en el de dinero, *aunque no conste el permiso expreso del depositante*, éste pierde la propiedad de la cosa y su derecho se transforma en un crédito, por el “tantumdem” frente al depositario...”.

siempre una cantidad de cosas igual a la recibida”. De aquí se deduce que la obligación alcanza sólo al momento en el que debe procederse a la devolución, y no durante la vigencia del contrato. Por tanto si el que recibió el dinero no ha administrado correctamente su propio Patrimonio y llegado el momento de la devolución no puede efectuarla, el incumplimiento generará exclusivamente responsabilidades civiles”⁷⁷².

Como dije, Rodríguez Montañes (según aparece en la cita hecha a Pérez Manzano), Conde-Pumpido y Luzón Peña hacen presente que el criterio de la disponibilidad absoluta (de Majón-Cabeza) en el caso del depósito en cuenta corriente no es en realidad absoluto o ilimitado, sino que las facultades se encuentran limitadas por el deber de custodia que pesa sobre los bancos y que les exige a ellos, en su condición de depositarios, que en todo momento puedan disponer en favor de los depositantes del tantumdem o, en otras palabras, que los bancos puedan en cualquier momento hacer devolución del dinero recibido en depósito por parte de sus clientes.

El reconocimiento de la limitación del principio o criterio de la disponibilidad absoluta en materia de contrato de depósito irregular se ve también en los trabajos de los civilistas Meza Barros (en nuestro país) y Diez-Picazo y Gullón (en España).

Dice Meza Barros, cuando establece las diferencias entre depósito irregular y el mutuo, que en el caso del depósito irregular “la restitución debe efectuarse cuando el depositante lo requiera”.

Diez-Picazo y Gullón también sostienen que (cuando tratan de las diferencias entre el mutuo y el depósito irregular) el objeto del contrato en el caso del mutuo dice relación a que el interés de las partes se encuentra radicado en el mutuario (quien es el que necesita el dinero) y en el depósito irregular en el depositante (interés que consiste en guardar su dinero con tal que le sea restituido cuando lo requiera). La otra diferencia se encuentra para ellos en el hecho que en el mutuo hay que, necesariamente, dejar transcurrir el plazo para exigir el pago, en cambio, en el depósito irregular puede reclamarse inmediatamente la devolución del dinero entregado⁷⁷³.

Sin embargo, la advertencia que hace Rodríguez Montañes respecto al hecho que el depositario no tiene una disponibilidad absoluta sobre la suma de dinero recibida, si no más bien limitada, ya que en cualquier momento el depositario debe devolver al depositante el dinero recibido, parece no ser tan así, porque como sostiene Silva Castaño, la obligación de custodia que pesa sobre el depositario es reemplazada por una de las siguientes obligaciones (que nacen en el momento en que debe procederse a la devolución del dinero); o la de administrar diligentemente el patrimonio del depositante para asegurar la restitución del dinero recibido, o la de tener siempre una cantidad de cosas igual a la recibida para el mismo objetivo anterior,

Como ya no hay una obligación de custodia (la que nace en el momento de recibir el dinero, al inicio del contrato, y por tanto existente durante la vigencia del contrato), sino una de las dos obligaciones recién señaladas (que nacen en el momento en que debe

⁷⁷² Ob. cit., p.183 y ss. Lo destacado es nuestro.

⁷⁷³ Ob. cit., t.II, p.413 y ss.

procederse a la devolución del dinero, al final del contrato, y no durante la vigencia de éste), esta autora entiende que el depósito irregular es un título inidóneo para configurar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno. Para Silva Castaño no habrá apropiación indebida, porque el dinero recibido por el depositario (en España para usarlo se necesita autorización expresa y en Chile basta el silencio de la partes) pasa a ser de su propiedad y nadie puede apropiarse de lo propio.

Creo que es importante hacer una síntesis de lo aquí expresado respecto del depósito irregular:

(a) Desde un concepto formal de propiedad, adhiriendo a la corriente pancivilista y estimando que la apropiación indebida protege sólo el bien jurídico propiedad, se rechaza el depósito irregular como título idóneo del delito de apropiación indebida por el traspaso de propiedad que opera respecto del dinero entregado. Ante ello, se ha analizado si en este caso se puede dar o no el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, siendo la respuesta mayoritaria un no, por cuanto no existe un deber de administrar de determinada forma dicho dinero por el depositario, sino una obligación de devolverlo al término del depósito (Silva Castaño).

(b) Desde un concepto formal de propiedad, adhiriendo a la corriente pancivilista, y estimando que el delito de apropiación indebida protege sólo el bien jurídico propiedad, se admite la idoneidad del título basado en el criterio de la capacidad y voluntad de restitución. En el caso de esta tesis se acepta que opera el traspaso de propiedad respecto del dinero, es decir, reconoce la fungibilidad del dinero como bien. Ahora, para poder hablar de apropiación indebida debe buscarse, necesariamente, un criterio el cual en este caso será de la voluntad de restitución o la capacidad de restitución (criterio que Silva Castaño denomina de la solvencia). Y así habrá apropiación indebida si, traspasada la propiedad sobre una suma de dinero, el que la recibe (teniendo la obligación de devolver una suma equivalente) no la devuelve porque, o no tiene dicha suma de dinero o, teniéndola, no quiere devolverla. Además, cabe señalar que esta tesis, al recurrir al criterio o principio de la voluntad o capacidad de restitución, esta entregando la determinación del momento exacto cuándo se produce el acto de apropiación, no a parámetros objetivos, sino que parámetros subjetivos como es el ánimo con que actuó el sujeto activo (Ferrer Sama), es decir, si actuó con o sin ánimo de devolver sea que haya tenido dinero suficiente para responder y no quizo hacerlo o simplemente que aceptó recibir una suma de dinero sin tener como devolver otra suma equivalente.

(c) Desde un concepto formal de propiedad, adhiriendo a la corriente pancivilista, y estimando que el delito de apropiación indebida protege dos bienes jurídicos distintos (la propiedad y el patrimonio), se admite que en el caso del depósito irregular opera la transferencia de la propiedad sobre el dinero entregado y se busca un criterio adecuado para determinar si se lesiona el bien jurídico patrimonio protegido por este delito (el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito). Este criterio lo encuentran en la disponibilidad del dinero recibido en propiedad. Si dicha disponibilidad es limitada, entonces habrá delito, sino es así, no lo habrá. Llegan a la conclusión que en el caso de este contrato hay disponibilidad absoluta y, en consecuencia, no podrá haber delito (Majón-Cabeza)⁷⁷⁴.

(d) Desde un concepto material de propiedad, se puede desconocer la regla civil del traspaso de propiedad (porque se estima que, independientemente del traspaso de la propiedad sobre las monedas o billetes que opera en la entrega, lo que realmente envuelve el bien jurídico propiedad no es la propiedad sobre las monedas mismas sino que el valor –o valor de la deuda- que representan éstas, y para que haya traspaso de la propiedad tiene que haber traspaso, no de las monedas, sino del valor que representan ellas o teoría de la deuda valor ⁷⁷⁵) o se partirá de ella (en este último caso solo habrá traspaso del dominio sobre las especies metálicas y no del valor), sin embargo la lesión del derecho de propiedad se establecerá sólo en base a criterios como el daño patrimonial, el ámbito de protección de la norma, la concepción económica de la propiedad o la concepción funcional de ésta.

11.-Mandato y Comisión.

Nuestro código habla de comisión y no de mandato. La comisión, sin embargo, es una forma de mandato, en este caso mercantil. Por esta razón el tratamiento conjunto de estos dos títulos mencionados en el código cobra sentido ⁷⁷⁶ .

El mandato, en general, y según lo define el Código Civil en el artículo 2116 es un “contrato consensual, por su naturaleza oneroso y bilateral, mediante el cual una persona encarga la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

El mandato puede clasificarse en general y especial. General es cuando no se determinan o detallan los actos por o para los cuales se confiere. Especial, por su parte, es el mandato en el cual se determinan los negocios por los cuales o para los cuales se confiere.

A su turno, el artículo 233 del Código de Comercio, define el mandato comercial como “aquel contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio para administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”.

Luego, el artículo 234 del mismo cuerpo legal, nos señala que existen 3 clases de mandatos mercantiles, a saber; la comisión, el mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio y la correduría.

La comisión se encuentra definido en el artículo 235 del mencionado código como “aquella clase de mandato que versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”.

La comisión es una forma de mandato especial mercantil. Se debe tener presente

⁷⁷⁴ De la Mata, “Tutela...”, p.408 y ss., estima que Majón-Cabeza postula el mismo criterio que Ferrer Sama. Silva Castaño, “El delito...”, p.180, estima que son criterios diferentes.

⁷⁷⁶ En el mismo sentido, Rodríguez Ramos, “Manual...”, p.305.

775

Al respecto véase a Silva Castaño, ob. cit, pp.70, 121 y ss.; La teoría de la propiedad del dinero, no sobre las especies metálicas o billetes, sino que sobre el valor que representan éstas (wertsumme) fue desarrollada por Claus Roxin en un artículo ("Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten" en Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1 mai 1965, Beiträge zur gesamtsein Strafrechtswissenschaft, Dunker & Humblot, Berlin 1966, pp. 467 a 484) en Alemania (hoy existen las variants de Gribbohm y Russ). Esta teoría es seguida en España por Sainz-Pardo y De la Mata Barranco. Esta teoría estima que cuando se trata de deudas de dinero, lo que ella encierra no es una deuda respecto de la cosa (sachschuld) o respecto de la especie (gattungsschuld), sino que en realidad lo que ella realmente es una deuda valor o wertsummenschuld. Dice Silva Castaño que Roxin llega a esta conclusión porque "desde su punto de vista, entender que se trata de una deuda de la cosa no resuelve en absoluto los problemas (que genera la apropiación sobre sumas de dinero), ya que, una vez configurada la tipicidad, si se pretende buscar una solución para considerar la no punibilidad de éstos comportamientos, que por otra parte parece de justicia, habrá que acudir, por ejemplo, al consentimiento presunto (Schönke/Schöeder); según Roxin es una solución muy discutible, ya que, en los supuestos en que el autor usa para sus intereses propios una cantidad que le fue entregada para cumplir un fin determinado, normalmente nos encontramos con un consentimiento expreso en contra de esta utilización, y en su defecto de lo que no tenemos absoluta certeza es de si el propietario habría estado de acuerdo. Por otra parte la posibilidad de aplicar el error de prohibición, por la creencia errónea de que al utilizar las monedas está obrando de forma adecuada a derecho, no resultaría satisfactoria porque, si bien podría admitirse, será difícil configurarlo como inevitable...Por tanto, continúa el citado autor, para entender que nos encontramos ante una apropiación indebida de dinero, se debe tener en cuenta el dinero entregado como valor, y que ese valor deba encontrarse disponible para el que se lo entregó; poeque si el tomador puede disponer del valor, deducimos que el autor ha obtenido la propiedad del mismo y lo que permanece es un derecho de crédito para el sujeto pasivo, en cuyo caso, no habrá apropiación indebida, sino Untreue o administración desleal del parágrafo 266...Partiendo de que la propiedad es el único bien jurídico protegido por los delitos de apropiación indebida, y entendiendo que los comportamientos consistentes en la utilización de dinero, de forma general, no deben ser punibles, concluye Roxin, que el efecto de tipificar los comportamientos delictivos consistentes en el uso para fines propios del dinero entregado para cumplir una obligación determinada, se debe constatar que se dan los dos elementos constitutivos de la apropiación: la apropiación al menos transitoria de las monedas o concretos billetes entregados, y la expropiación definitiva del valor de los mismos a su propietario...Por tanto en los casos de cambios de monedas...no serían constitutivos de un delito de apropiación porque no hay expropiación del valor al titular de las...monedas...En los supuestos de confusión o mezcla del dinero y posterior utilización..., sólo se podrá sostener la existencia de apropiación indebida si lo que se gastó superó el valor de lo que se entregó, y si podemos comprobar que el autor no tenía ni capacidad ni voluntad de devolverlo...Finalmente, en los supuestos por cuenta propia de una deuda, es muy indicativo pensar que sólo si se considera el derecho a la cantidad de dinero debida como una pretensión individual (Individualansprüchen), se llegaría a la impunidad por apropiación, con independencia de que subsista la punibilidad por coacciones, porque en realidad la apropiación deja de ser antijurídica ya que con el comportamiento el sujeto está restaurando una situación querida por el ordenamiento jurídico...Por tanto Roxin conclute, que lo que se debe comprobar para configurar la consumación del delito de apropiación indebida en los supuestos en los que nos encontramos con el dinero como objeto de la acción del delito, es, si con su comportamiento el sujeto activo expropió en forma definitiva al titular del valor del dinero; si la respuesta es afirmativa el hecho estará consumado, si la respuesta es negativa lo más que podremos configurar será una forma imperfecta de ejecutar el delito, ya que si bien hay apropiación en sentido estricto, no podremos configurar la expropiación del titular...". Luego, Silva Castaño (citando a De la Mata, quien a su vez toma la idea de Samson en Alemania) hace ver la crítica que se han formulado en la doctrina alemana a esta teoría de Roxin, a saber, que ella "propugna un concepto útil únicamente para solucionar casos muy puntuales, (lo que) conlleva una materialización del concepto de propiedad opuesto al tradicional concepto formal que se mantiene en ese país". Es menester hacer presente que esta teoría de Roxin obedece, a como ya dejamos señalado en este trabajo al explicar su sistema funcional "moderado", a una aplicación de límites a la construcción del Derecho penal orientados a fines prácticos, de carácter ontologicistas. En otras palabras, Roxin al buscar dar coherencia al sistema penal y teniendo en cuenta la particular naturaleza del dinero y los problemas que presenta en materia del delito de apropiación indebida, desarrolló la teoría de la deuda-valor como expresión de la ontología del dinero como objeto del delito.

que lo que se diga de la comisión vale para el mandato, ya que si bien este último contrato "...no es citado expresamente en las hipótesis típica del art. 252,...el contenido de esta relación contractual es análoga a la de la comisión..."⁷⁷⁷ .

Según el artículo 236 del Código de Comercio la comisión es un contrato que puede tener una de las siguientes 4 finalidades; comisión para comprar, comisión para vender, comisionista de transporte y comisionista para ejecutar operaciones de banco.

"En nuestro derecho la mercantilidad de la comisión se determina atendiendo a la naturaleza del acto que se encomienda y no de la intervención que pueda caberle al comisionista"⁷⁷⁸ .

De estas clases de comisiones, la claridad de la calidad de título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida es meridiana en todas aquellas que se haya recibido bienes muebles no fungibles, ya que los bienes de esta clase entregados en atención a este contrato o título generarán siempre la obligación de entregar o devolver. Esta claridad meridiana deviene de la obligación de conservación y custodia respecto de los efectos recibidos en virtud de la comisión (art.246 C. Comercio), de la obligación de rendir cuentas y devolución de títulos y demás piezas que el comitente hubiere entregado (art.279 C. Comercio) y de la obligación de devolver saldos (art.279 N°3 C. Comercio), entre otras, de las cuales habla R. Sandoval⁷⁷⁹ .

En cuanto a la enunciación de este contrato mercantil Silva Castaño dice que "Es poco afortunada la elección del término comisión mercantil, ya que parece voluntad del legislador que junto con la comisión, se entiendan comprendidos el mandato y la representación. Este último se crea cuando en el negocio jurídico actúa una persona en nombre y por cuenta del interesado, no por mandato legal sino por simple convenio entre representante y representado. Es necesario que el representante sustituya jurídicamente al representado"⁷⁸⁰ .

Pero aún cuando se tache de poco afortunada la elección del término comisión, tradicionalmente se ha interpretado la idoneidad de este título para configurar el delito en comento sea tratándose de bienes fungibles o no fungibles. Así entre otros, por ejemplo, Carrara⁷⁸¹ , Groizard⁷⁸² , Viada⁷⁸³ , Politoff⁷⁸⁴ , Etcheberry⁷⁸⁵ , Garrido Montt⁷⁸⁶ y Muñoz Conde⁷⁸⁷ . Entienden estos autores que en el caso que medie la entrega de suma

⁷⁷⁷ Conde-Pumpido, ob. cit., p.73.

⁷⁷⁸ Ricardo Sandoval L., "Manual de Derecho Comercial", t.I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1981, p.223.

⁷⁷⁹ Ob. cit., p.226 y ss.

⁷⁸⁰ Ob. cit., p.174.

⁷⁸¹ Ob. cit., párrafo 2286, p.370; párrafo 2288, p.374.

⁷⁸² Ob.cit., p.601 y 602.

⁷⁸³ Ob.cit., p.522.

de dinero en el contrato de comisión (y, también en el mandato) éste “no se entrega en dominio” (Garrido Montt).

También a nivel jurisprudencial se ha entendido la idoneidad de la comisión y el mandato como títulos aptos para configurar el delito de apropiación indebida. Así el caso contra David Morgan Nuñez el cual se estimó era mandatario encargado de la compra de boletos de polla por parte de un tercero. Una vez que salió el premio, él no le enteró el valor del premio⁷⁸⁸.

Como dice Etcheberry “La verdad es que la entrega de cosas consumibles o fungibles sólo se hace a título traslativo de dominio cuando se entregan para que el receptor haga de ellas un uso libre conforme a su naturaleza. No ocurre tal cosa en el mandato. El mandatario no está autorizado para hacer uso de las especies que se le entreguen, sino que debe darles el uso y destino indicados por el mandante: si se las apropia o les da otros, comete este delito”.

Creo que, como dije, tratándose de bienes no fungibles entregados con ocasión de un mandato o comisión, la idoneidad del título esta fuera de toda duda.

Al respecto Silva Castaño dice; “El mandatario tiene ciertas obligaciones y unos límites para la realización de su gestión, sin embargo en virtud del artículo 1.715, no se considerará que el mandatario haya traspasado los límites del mandato, “si fuere cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste”.

“En cuanto a las obligaciones, el artículo 1.720 establece que “Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando los recibidos no se debiere al segundo”. Por tanto nos encontramos con un contrato que reúne los requisitos generales exigidos por el artículo 252, ya que las cosas recibidas en virtud del mandato son cosas de pertenencia del mandante que se hallan en posesión de aquél, con obligación de efectuar con ellas unas gestiones determinadas, y a su término entregarlas a su dueño”⁷⁸⁹.

Silva Castaño habla de los límites que encuentra el mandatario para la realización de

⁷⁸⁴ “El delito...”, p.203;

⁷⁸⁵ Ob. cit., t.III, p.433.

⁷⁸⁶ Ob. cit., t.IV, p.370.

⁷⁸⁷ Ob.cit, 14ª edición, p.432.

⁷⁸⁸ Revista Fallos del Mes N°264, p.394 y ss. Otros fallos que apuntan en el mismo sentido son el caso en contra de Luis Esteban Tejeda Brandau y Adolfo Menzel Lynch, en Revista Fallos del Mes N°312, p.630 y ss. En este caso los condenados eran contadores y recibieron dinero de un tercero para pagar impuestos los cuales en definitiva no pagaron. También se encuentra el caso en contra de Eduardo Vergara Owen, un conredor de propiedades que recibió el encargo de una empresa constructora de vender departamentos, lo que hizo (con 3), quedándose con el dinero recibido. Este fallo puede verse en Revista Fallos del Mes N°344, p.409 y ss.

⁷⁸⁹ Ob. cit., p.174.

su gestión, los cuales demuestran la idoneidad del título. Éstos límites tienen su correlato en nuestro código civil en los artículos 2131 (el mandatario debe ceñirse a los términos del mandato), 2134 (la recta ejecución del mandato no sólo comprende la sustancia del negocio, sino que los medios), 2134 inciso 2º (si los medios para llevar a cabo el mandato no son adecuados, debe el mandatario emplear medios equivalentes que vayan dirigidos al cumplimiento del objeto del mandato), 2149 (el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución será manifiestamente perniciosa para el mandante), 2150 inciso 1º (en casos en que el mandatario se encuentre imposibilitado de obrar según las instrucciones de su mandante debe adoptar medidas conservativas), 2150 inciso 2º (si el mandatario debe obrar sin poderse sujetar a las instrucciones de su mandante, debe actuar de la forma que más se acerque a sus intrucciones y a la conveniencia del negocio), 2155 (obligación del mandatario de dar cuenta de su administración) y 2157 (obligación del mandatario de restituir al mandante cuanto hubiere recibido por él en el desempeño del mandato) entre otros artículos, a los cuales hay que sumar una serie de prohibiciones a los que se encuentra sujeto el mandatario (arts.2145 a 2147).

Sin embargo, la idoneidad del título presenta problemas cuando la cosa entregada o recibida en virtud del mandato o comisión es fungible, específicamente, dinero.

En estos casos el asunto cambia, como veré más adelante, ya que:

a) Existen autores que parten de un concepto formal de propiedad, creen que la apropiación indebida protege un solo bien jurídico como es la propiedad, adhieren a la corriente pancivilista y, en consecuencia, aplican a estos casos el concepto civil de ajeneidad, concluyendo que cuando se ha entregado dinero como consecuencia de un mandato o comisión, ese dinero ha pasado en propiedad a su receptor, lo cual hace imposible que el receptor (sujeto activo) se apropie de él, ya que nadie puede apropiarse de lo propio (Silva Castaño, Bacigalupo, Jiménez Villarejo). Para ellos en estos casos estaremos frente a un delito de administración desleal del patrimonio ajeno.

b) Otros autores parten, al igual que los otros, de un concepto formal de propiedad, aceptan los postulados civiles del concepto ajeno y estiman que la apropiación indebida protege dos bienes jurídicos distintos -la propiedad y el derecho de crédito (patrimonio)-. Sin embargo, creen que dicho dinero fue recibido en propiedad con una disponibilidad limitada (como dice Quintano R.; con "..., una cierta disponibilidad de los bienes ajenos..."⁷⁹⁰) y, por tanto, no puede destinarse más que al destino preestablecido por su propietario originario.

c) Existe otros autores, que dan al concepto propiedad un contenido material, incluyendo dentro de él intereses económicos y que aceptan la aplicación de los postulados del derecho civil. Sin embargo, dicha aplicación no parece ser coherente (Politoff y Etcheberry), porque aceptan la transferencia de la propiedad del dinero entregado dentro de algunas relaciones obligacionales (mandato, comisión, administración) y en otras no (mutuo, prenda irregular). Incluso, entre ellos no existe acuerdo de si en el caso del depósito irregular hay o no transferencia de la propiedad del dinero en el acto de la entrega. Para estos autores el delito de apropiación indebida es

⁷⁹⁰ Ob. cit., p.948 y 950.

una forma de defraudación y, por ende, un delito contra el patrimonio.

d) Finalmente, aquellos que sostienen un concepto material de propiedad (teoría de la deuda de valor de Roxin o teoría económica de la propiedad ⁷⁹¹) pueden pensar que aquí se presenta una apropiación indebida.

Desde la perspectiva de aquellos autores que ven dos delitos distintos dentro del art.470 N°1 (Bacigalupo, Silva Castaño, etc.), en caso de que el mandante (o comitente) anticipe fondos al mandatario (o comisionista), no se puede estimar como lo hace otro sector de la doctrina que el mandatario se “apropie de los fondos”, ya que ello conllevaría un error conceptual. En este caso, el delito no puede ser de apropiación, ya que el mandatario (o comisionista) no puede apropiarse de lo propio, por cuanto los fondos anticipados por el mandante (o comitente), una vez recibidos por el mandatario (o comisionista), pasan a ser propiedad de éste, y lo que habrá no será un acto de apropiación sino que de distracción, generándose un delito de administración desleal del patrimonio ajeno (art. 470 N°1), constituyendo la alteración de las cuentas (falsificación de las cuentas) una forma de encubrir el delito cometido (en este sentido comparto la opinión de Etcheberry).

Esta tesis de tan reciente factura en España, formalista en cuanto al concepto propiedad y pancivilista (en especial en cuanto al concepto de lo ajeno) nos hace recordar la suerte que siguen las especies metálicas que el mandatario tiene por cuenta de su mandante en el derecho civil.

Para ello recordaremos lo que sostiene Meza Barros, avalando esta opinión; “Debe el mandatario restituir al mandante las especies metálicas que tuviere en su poder, por cuenta de su mandante”.

“El art.2153 previene que tales especies “perecen para el mandatario aun por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estén contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados sobre los cuales recaiga el accidente o la fuerza o que por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad”.

“El mandatario es, en verdad, depositario de los dineros del mandante, por tratarse de un depósito irregular, a menos que se encuentren en sacos o cajas cerradas y selladas, se hace dueño de estos dineros, con cargo de restituir otro tanto (art.2221)”.

“La fuerza mayor o caso fortuito no extinguen esta obligación de género o, en otros términos, las cosas perecen para el mandatario” ⁷⁹².

El profesor David Stitckin, citado por Politoff, da una explicación del por qué, si en el mandato la regla general es que el riesgo de la cosa recibida por el mandatario es del mandante en cuanto dueño de ella, esta regla no se aplica al caso de que la cosa recibida sean especies metálicas. En estos casos el riesgo es del mandatario (el código habla de que las cosas perecen para éste). Stitckin estima “que esta norma es una simple aplicación de la teoría general de las obligaciones de género” ⁷⁹³.

⁷⁹¹ De la Mata, “Tutela...”, p.371 y ss.

⁷⁹² Ob. cit., t.I, p.374.

En el mismo sentido que Meza Barros, Silva Castaño ⁷⁹⁴ sostiene; “Recordemos que en realidad en los casos en los que la comisión se caracteriza por la entrega de un dinero se confunde el contrato de mandato con el depósito, ya que para la gestión de un encargo, se le entrega un dinero que el mandatario en el momento de recibirlo se constituye al mismo tiempo en depositario de aquel. FERRER SAMA, *El delito de apropiación indebida...cit.*, P.34”.

Según Abeliuk lo anterior se debe a que la obligación de dinero; “Es una obligación genérica, fungible por excelencia, y de amplio poder de liberación, ya que sirve para la adquisición de toda clase de objetos y servicios” ⁷⁹⁵ .

Lo recién señalado es el efecto propio que se produce por la entrega de dinero en virtud de los títulos invocados (comisión y mandato, pero también de títulos como la administración, depósito, prenda o el usufructo). Esto explica, por ejemplo, el sentido de los parágrafos 668 (intereses sobre el dinero gastado por el mandatario), 700 (depósito irregular), 1067 (usufructo de cosas consumibles) del BGB; o en el Código Civil Español los arts. 482 (cuasiusufructo) ⁷⁹⁶ , 1724 (el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a sus propios usos), 1753 (sobre el préstamo de dinero), 1768 (sobre el depósito), 1770 (depósito irregular); o en los arts.2153 y 2221 de nuestro Código Civil.

Por ello, para autores como Bacigalupo, en el caso de que en un mandato o comisión se entregue una suma de dinero nunca se dará una apropiación indebida de dicha suma de dinero por cuanto no puede haber una apropiación de lo propio. Sólo habrá una administración desleal del patrimonio ajeno.

Ahora bien, dije que había autores que respetan la aplicación de las normas civiles en el caso de la entrega de una suma de dinero y aceptan que en esta entrega media u opera la transferencia de la propiedad de dicha suma de dinero. Sin embargo, después de haber reconocido este efecto, propio de las obligaciones de género, lo desconocen e incluso argumentan en contra de él, para poder acomodar la interpretación que sostiene del delito de apropiación indebida.

Así Politoff, de una forma poco coherente, no acepta la trasmisión de la propiedad de los bienes fungibles entregados con ocasión de un mandato, comisión, administración y algunos casos de depósitos irregulares. En cambio, en casos de mutuos, prendas

⁷⁹³ “El delito...”, p.201.

⁷⁹⁴ Ob. cit., p.180, nota al pie de pág. N°561.

⁷⁹⁵ “Las Obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, t.I, 3ª edición, Santiago 1993, p.291 y ss.

⁷⁹⁶ Respecto de este artículo existen dos posturas. Una de ellas, la llamada tesis tradicional, considera que el llamado nudo propietario pierde la propiedad de lo dado y se convierte en acreedor del llamado usufructuario (Albaladejo, Maluquer). La otra, por su parte, estima que “lo que legitima la conducta del cuasi-usufructuario no es la concesión de ius-abutendi y, por tanto, el traspaso de la propiedad, sino que presupuesto para la legitimidad del goce del usufructuario de bienes que se consumen por el uso es sólo un poder o derecho de goce *posible*, es decir, capaz de ser ejercitado en relación a unas cosas que no pueden ser gozadas de otro modo que consumiéndolas” (Diez-Picazo / Gullón, Doral, Jordano, Bercovitz). Al respecto ver a Bercovitz, ob. cit., p.623 y ss.; Diez-Picazo / Gullón, ob. cit., t.III, p.353 y ss.

irregulares y de algunos depósitos irregulares acepta la transmisión de propiedad del dinero entregado.

Y uno se pregunta ¿por qué esto podría ser de esta forma?.

En primer lugar, Politoff se hace cargo de la distinción entre bienes fungibles y bienes no fungibles ⁷⁹⁷. Al precisar lo que debe entenderse por bienes fungibles y los no fungibles, acepta que los primeros se pueden reemplazar unos por otros de la misma calidad y en igual cantidad, en cambio los segundos no pueden substituirse unos con otros. Ahora bien, estima que ambas clases de bienes pueden ser objeto de una apropiación indebida, “pero la explicación que suele ofrecerse sobre el modo de operar de esta forma delictiva, relativamente a las cosas *fungibles*, no parece enteramente satisfactoria”.

Para explicar el problema de la fungibilidad, es decir, de cómo opera de forma delictiva de la apropiación indebida cuando se trata de bienes fungibles, Politoff cita un fallo de la Excm. Corte de 11 de enero de 1951, fallo con el cual coincide en sus conclusiones sin aceptar sus fundamentos. Dice el autor; “Dicha sentencia,..., declaró que, cuando la cosa de que habla el N°1 del artículo 470 del Código Penal es *fungible*, como es el dinero, la apropiación indebida no puede verificarse sino frente a la negativa de restituir un valor equivalente. En tal evento, la simple “disposición” de la cosa no puede revelar la apropiación toda vez que la ley, en cierto modo, *autoriza su uso y empleo*, como se desprende de los artículos 2221, 2153 y 2156 inciso 1º, de nuestro Código Civil” ⁷⁹⁸.

Respecto de este fallo Politoff sostiene que la entrega de dinero (como bien fungible) en el contrato de mandato, al que hace alusión el fallo recién citado, no motiva la transferencia del dominio del dinero, ya que para este autor hay casos –como señala Petrocelli- en que se puede pactar la entrega y devolución de bienes fungibles como especies y cuerpo cierto, es decir, debidamente individualizadas ⁷⁹⁹.

Al profundizar el análisis de lo que sucede en las entregas de dinero que median en los casos de mandatos o comisión, Politoff ⁸⁰⁰ rechaza el que opere en estos casos la transmisión de propiedad del dinero entregado y el fundamento para ello lo encuentra en los arts.235 (que sanciona con el delito de malversación de caudales públicos al empleado que use indebidamente de los fondos puestos a su cargo, sin causar perjuicio o entorpecimiento del servicio y aun cuando devuelva el equivalente) y 251 inciso 2º del Código de comercio.

Estos artículos, según él, desvirtúan los principios básicos establecidos en los

⁷⁹⁷ Ob. cit., p.88 y ss.

⁷⁹⁸ Ibidem.

⁷⁹⁹ Ibidem. Acoge textualmente la argumentación de Politoff, Juan Esteban Puga Vial en “DERECHO CONCURSAL. DELITOS DE LA QUIEBRA”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago 1994, pp.184 y ss.

⁸⁰⁰ “El delito...”, p.202

artículos 1510 y 2153 del CC.

Según Politoff el art.2153 constituye una excepción a la regla establecida en la teoría del riesgo en cuanto a que éste, el riesgo, en el caso de las especies o cuerpo cierto que se deben son del acreedor. Esta excepción encontraría explicación en el propósito que tuvo el legislador de evitar un “muy cómodo fraude”⁸⁰¹. Por ello el artículo 2153, dice este autor, constituye un indicio de la facultad del mandatario de utilizar el dinero entregado.

Dice Politoff; “La obligación de devolver lo recibido no es una obligación de género, a nuestro juicio, porque no es posible *recibir* ni de ser un *tenedor* de un género. El mandatario no debe indeterminadamente un individuo de un género, sino precisamente lo recibido”.

“Si A compra a B determinada cantidad de sacos de trigo, obviamente hay una obligación de género y A no puede oponerse a que B enajene o destruya alguno de dichos sacos (pertenecientes a B), mientras subsistan otros para el cumplimiento de lo que se debe (artículo 1510 del Código Civil)”.

“Muy otra debe ser, sin embargo, la solución de los casos en que el depositario o mandatario recibe una cantidad de dinero del depositante o mandante, con prohibición para que se use con fines propios de aquellos tenedores”.

“¿Cómo entender que el acreedor no pueda oponerse a que se “enajene” o “destruya” la cosa (en la terminología del artículo 1510), si la *propia ley*, el artículo 251 del Código de Comercio, reclama las penas del *abuso de confianza* para el mandatario que usa a sus propios fines el dinero confiado, sin perjuicio de las sanciones de Derecho Privado? ¿No prueba ello que tal dinero nada tiene que hacer con el objeto de las obligaciones de género?”.

“Por otra parte, el artículo 235 del Código Penal (ubicado en el párrafo que reprime la malversación de caudales públicos), sanciona en su inciso final al empleado que, aun sin causar perjuicio o entorpecimiento en el servicio (si lo causa, la pena es mayor) y aunque devuelva el equivalente, *usa indebidamente* de los fondos puestos a su cargo. De modo que su obligación de devolver no es “de género”; si en la apropiación indebida la restitución del equivalente elimina el delito, ello no significa que no hubo apropiación (uso indebido de cosa consumible), sino que obedece a la exigencia expresa de *perjuicio* del artículo 470, N°1, mientras el uso indebido de los caudales por el empleado público el elemento perjuicio *no es requerido*”.

“En suma, creemos que el único alcance del artículo 2153 del Código Civil es el de una excepción al principio general de que el riesgo del cuerpo cierto cuya restitución se deba es siempre de cargo del acreedor. Esta excepción se funda, a nuestro entender, en el propósito de evitar un muy cómodo “fraude”, ya que la dificultad práctica de identificar las monedas confiadas no permite saber con certidumbre si es verdadera o falsa la aserción del mandatario de que por caso fortuito se perdió justamente la moneda que le confiara el mandante y no así las suyas propias. Pero, si en cualquier forma inequívoca logra el mandatario identificar las monedas confiadas y perdidas por caso fortuito, éstas

⁸⁰¹ Politoff, “El delito...”, p.202.

pertencen a su dueño, el mandante, acreedor de la obligación de restituir”⁸⁰² .

Por el contrario, otro sector de la doctrina estima que el mandatario esta autorizado para utilizar en beneficio propio el dinero que su mandante le entregó para el desempeño o cumplimiento del encargo. Esta afirmación encuentra fundamento en los arts. 1724 del CC español y 2156 del CC chileno (que señala que el mandatario que usa para fines propios el dinero recibido por su mandante debe pagarle intereses corrientes).

Esta opinión es rechazada por Quintano R., Bercovitz, Politoff y Etcheberry. Este último basa su rechazo en un razonamiento a contrario sensu, al sostener que lo anterior no constituye una autorización sino que una sanción civil por uso indebido del dinero⁸⁰³ .

Si bien es cierto que el mandatario debe aplicar el dinero entregado por su mandante al cumplimiento del encargo (que es el objeto del contrato de mandato), no puede llegarse al extremo de concluir que lo dispuesto en el artículo 2156 constituye una demostración de que el dinero entregado por el mandante no se recibió en dominio por el mandatario.

Hay que reconocer que las posturas de Politoff y Etcheberry son bastantes complejas al tratar de desvirtuar que la entrega de una suma de dinero, como bien fungible que es, traspasa su propiedad.

No comparto la opinión de estos autores porque estimo que actuan de dos formas distintas ante una misma situación. Incluso, desde el punto de vista de estos autores, se puede sostener que:

En primer lugar, en lo tocante a lo dispuesto en el inciso 2º del art.251 del Código de Comercio cabe mencionar que el hecho de que se hable que el mandatario pueda incurrir en el delito de abuso de confianza (un galicismo no apropiado) no necesariamente encuentra explicación en la circunstancia de que no medió el traspaso de la propiedad en la entrega de la suma de dinero. Por ejemplo, podría haber mediado el traspaso de la propiedad del dinero entregado, pero con una disponibilidad limitada sobre él. También se podría sostener que si bien se transfirió la propiedad formal de los billetes, no se traspasó el valor de ellos (teoría de la deuda de valor de Roxin).

Además, se puede señalar que el mencionado inciso habla de que el comisionista “Incurrirá en las penas del abuso de confianza...”, es decir, se dice que el comisionista incurrirá en las penas y no en el delito de abuso de confianza, cuestiones muy distintas. Una es una remisión penológica y otra una remisión a un delito. O, acaso, se podría sostener que la remisión que hace el inciso 1º del artículo 470 del Código Penal a las penas del artículo 467 significa que todas las figuras allí contenidas son distintas formas de estafas. Eso es absurdo. Queda de manifiesto que la redacción del artículo 251 es poco afortunada

En segundo lugar, en cuanto al argumento del art.235 del CP (uso indebido de fondos sin daño ni entorpecimiento del servicio público), ello podría encontrar explicación

⁸⁰² Ob. cit., p.201 y ss.

⁸⁰³ Quintano R., ob. cit., p.950; Bercovitz, “Comentarios...”, p.1952; Etcheberry, ob. cit, t.III, p.433 y ss.; Politoff, “El delito...”, p.200.

no necesariamente en el hecho de que cuando se entregue dinero por un mandato o se ponga a cargo de un empleado público no opera la transferencia del dominio (argumento bastante rebuscado), sino que en el correcto entendimiento del bien jurídico protegido en ese tipo de malversación.

En tercer lugar, es en consonancia con el principio de que en cada entrega de dinero también se está transfiriendo su propiedad que el artículo 2153 CC debe invertir la regla general de la teoría del riesgo, cual es que el riesgo de la especie o cuerpo cierto que se debe es de cargo del acreedor, para traspasar el riesgo al deudor (o como dice la ley “perecen para él” las monedas recibidas).

Ahora bien, en cuanto al argumento de los intereses cabe señalar que estos son la renta que produce un capital y, por tanto, constituyen un accesorio de la deuda.

Según el art. 2º de la ley 18.010 interés es toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital adeudado.

La característica principal de los intereses la constituye el ser un fruto civil.

Pueden tener un origen convencional o legal (sobre el carácter legal de la tasa es importante ver el art. 28 de la ley 18.010) y según la forma que se fija su tasa pueden ser legales, corrientes o convencionales. Finalmente, la causa por la cual se deben puede encontrarse en el uso que se ha hecho del dinero (cuando se está autorizado a ello) o en la sanción por este uso cuando no existe dicha autorización (en este caso se denominan intereses penales o moratorios).

Teniendo en claro que los intereses pueden tener por causa el uso o la mora (que es el estado jurídico en que puede hallarse el deudor como consecuencia del incumplimiento o retardo imputable –culpable- en el cumplimiento de una obligación, seguido del requerimiento expreso o tácito del acreedor como consecuencia del cual se agrava la responsabilidad del deudor), cabe concluir que sea que el inciso 1º del art. 2156 del Código Civil establezca la obligación del mandatario de pagar intereses en favor del mandante por haber usado el dinero recibido (uso que el mandante había autorizado) o, sea que al no haber estado autorizado el mandatario para efectuar tal uso dichos intereses constituyan una sanción, no puede concluirse de ello que el dinero que el mandante entregó al mandatario no fue recibido en propiedad por éste.

El capital adeudado (el dinero recibido) es una obligación de género, la cual puede extinguirse pagando la deuda con otras monedas o billetes distintos de los recibidos.

En este sentido, el artículo 1509 del CC es muy claro al señalar que en las obligaciones de género el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que no sea de una calidad a lo menos mediana.

Echando mano a la clasificación de los intereses recién mencionada, se puede decir que el interés establecido en el inciso 1º del art. 2156 es de origen legal y su tasa es corriente. Ahora bien, en cuanto al hecho de si este interés tiene por causa el uso al que se estaba autorizado o una sanción por haber llevado a cabo dicho uso sin autorización, ello no tiene mayor importancia, porque no se puede escapar de la realidad, cual es que el mandato impone al mandatario cumplir con el dinero recibido una finalidad u objetivo.

Esta finalidad u objetivo constituye una obligación para el mandatario, ella rige mientras dure el contrato, y podrá cumplirse ya sea con las monedas recibidas o sea con otras. Podrá cumplirse con otras monedas o billetes porque el dinero que el mandatario recibió del mandante, lo recibió en propiedad. Por lo tanto, lo que realmente importa es el objetivo, finalidad u obligación que el mandatario debe cumplir durante la vigencia del contrato.

Sin embargo, a la interrogante planteada sobre la causa que tiene este interés, la respuesta parece encontrarse en el uso que se hizo del dinero y no en una sanción por el uso a que no se estaba autorizado. Esto, por cuanto la obligación de pagar una suma de dinero constituye una obligación de dar. El incumplimiento de cualquier obligación (sea de dar, hacer o no hacer) origina un perjuicio cuya indemnización (su naturaleza) puede, por regla general, ser de dos clases, o compensatoria o moratoria.

En materia de obligaciones de dar, específicamente de pagar una suma de dinero, el artículo 1559 CC establece una excepción a la regla general de los tipos de indemnizaciones de perjuicios que pueden originarse a raíz del incumplimiento de una obligación, ya que tratándose de obligaciones de dinero la sanción establecida consistente en pagar una indemnización sólo puede ser de carácter moratorio⁸⁰⁴ y, por tanto, su objeto es el de "...resarcir los perjuicios causados por la mora en el cumplimiento de la obligación: basta leer el inciso primero de este artículo para verlo; y es lógico y natural que así sea, porque es bien difícil concebir la existencia de perjuicios compensatorios, cuando se trata de pagar una cantidad de dinero. Sabemos que la indemnización compensatoria es la cantidad de dinero que reemplaza al objeto de la obligación cuando ésta no se cumple; luego, en esta clase de obligación, en que el objeto de la obligación, es precisamente el pago de una cantidad de dinero, no cabe indemnización compensatoria; se conoce desde el momento del contrato cual es la cantidad que el deudor debe abonar al acreedor"⁸⁰⁵.

Así, si la causa de pagar intereses se encuentra en una sanción, esta indefectiblemente va a consistir en pagar una indemnización moratoria, y como dije la mora es el estado jurídico en que puede hallarse el deudor como consecuencia del incumplimiento o retardo imputable –culpable– en el cumplimiento de una obligación, seguido del requerimiento expreso o tácito del acreedor como consecuencia del cual se agrava la responsabilidad del deudor (es necesario el requerimiento del acreedor, no basta el simple retardo en el cumplimiento de la obligación)⁸⁰⁶.

De ser así, en la disposición en estudio, la obligación de pagar intereses que pesa sobre el mandatario (inciso 1º del art. 2156 CC), si tuviera por causa una sanción, como lo dicen Etcheberry y Politoff, esta sanción sólo podría ser moratoria y, por ende, ella debería nacer del incumplimiento por parte del mandatario de la obligación de pagar la

⁸⁰⁴ Abeliuk, "Las Obligaciones...", p.308. Este autor dice que los intereses penales se devengan penales o moratorios por la mora del deudor en pagar una obligación de dinero.

⁸⁰⁵ Alessandri, "Teoría...", p.118 y ss.

⁸⁰⁶ Alessandri, "Teoría...", p.99.

suma de dinero entregada por su mandante, después de efectuado un requerimiento de pago por parte de éste.

Sin embargo, eso no es lo que dice el citado inciso. Allí sólo se habla de los intereses corrientes que se deben por el uso que se hizo del dinero entregado por el mandante en el solo beneficio del mandatario.

Además, el inciso 2º del citado artículo habla de intereses moratorios, lo que no hace el inciso 1º, ya que el origen de éstos está amarrado por el legislador a la palabra uso, según aparece de su sola lectura.

Es decir, lo establecido en el inciso 1º del art.2156 CC se encuentra en plena consonancia con lo dispuesto en otras disposiciones (lo mismo dije respecto del art. 2153), a saber; artículos 575 (las especies monetarias son fungibles en cuanto perecen para el que las emplea como tales), 764 (cuasiusufructuo), 789, 889 (acción reivindicatoria), 1508 (obligaciones de género), 1509, 1510, 1559 (evaluación legal de perjuicios), 2153 (mandato), 2196 (mutuo), 2221 (depósito irregular), 2384 (prenda de dinero, mal llamada fianza en efectivo) y 2395 todos del CC, y que dicen que cada vez que exista la entrega de una suma de dinero por parte del mandante (o comitente, depositante, nudo propietario, acreedor prendario) al mandatario (o comisionista, depositario, usufructuario, deudor en la prenda) necesariamente se está traspasando la propiedad de dichas monedas a este último.

Al efecto citaré a Alessandri, Somarriva y Vodanovic cuando tratan de las obligaciones de género, porque lo dicho por ellos es plenamente aplicable a las obligaciones de dinero.

Al efectuar un paralelo entre las obligaciones de género y las de especie y cuerpo cierto ellos dijeron:

“a) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, el acreedor puede exigir una cosa determinada, que es la debida; en las obligaciones de género no, puesto no hay una cosa individual que se deba, sino una que está determinada sólo por el género y que después se singulariza dentro de éste”.

“b) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, el deudor necesariamente debe pagar una cosa determinada, la debida; en las de género, no: su obligación se reduce a entregar cualquier cosa de la clase debida, con tal que sea de mediana calidad, si no se ha pactado otra”.

“c) La obligación de especie o cuerpo cierto implica la de conservarla hasta la entrega y, por ende, la necesidad de emplear el debido cuidado en su custodia; un deber jurídico de conservación igual no existe en la obligación de género, pues el deudor puede enajenar o destruir las cosas del mismo, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que se debe”.

“d) En las obligaciones de especie y cuerpo cierto los riesgos de la cosa los soporta el acreedor, y en las de género el deudor”⁸⁰⁷.

⁸⁰⁷ Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “Tratado de las Obligaciones - De las Obligaciones en general y sus diversas clases”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, p.182.

En el mismo sentido se pronuncia Abeliuk y Meza Barros⁸⁰⁸.

Por lo anterior, es decir, por la poca coherencia de la argumentación de los autores citados es absolutamente rescatable la coherencia de Pedro Javier Fernández⁸⁰⁹. Este autor, sin efectuar un estudio de los títulos que dan origen a la apropiación indebida, se pronunció tajantemente en cuanto a no se debe incluir como sujetos activos del delito materia de este trabajo a los depositarios de dinero que, según el artículo 2221 del Código Civil, están autorizados para emplear las sumas de dinero, como asimismo a los mandatarios y a otros casos especialmente contemplados y penados.

Esta postura es más coherente que la de Politoff y Etcheberry, ya que respeta siempre lo establecido en el derecho privado. Por lo visto, para él la entrega de una suma de dinero (como bien fungible) traspasa su propiedad, con lo cual no puede haber apropiación indebida porque este delito supone, necesariamente, un acto de apropiación y nadie puede apropiarse de lo propio.

Por lo complejo y enredado de estas argumentaciones otro grupo de autores (Majón-Cabeza, por ejemplo), tratando de simplificar las cosas de forma coherente, echan mano al derecho civil y formulan el criterio de la disponibilidad limitada, rechazando el criterio de la traslación de la propiedad como razón válida para establecer los títulos idóneos de la apropiación indebida, ya que si bien el criterio de la traslación de la propiedad sirve para excluir al mutuo como título idóneo de este delito (lo que no está en discusión por la doctrina ni la jurisprudencia), él también puede servir para excluir como títulos aptos para configurar una apropiación indebida a aquellos mandatos, administraciones o comisiones en los cuales medie la entrega de una suma de dinero⁸¹⁰.

Al igual que esta autora De la Mata también rechaza la utilización del criterio de la traslación de la propiedad, en los supuestos de mandatos o comisiones en los cuales median la entrega de una suma de dinero (como bien fungible), como criterio o argumento que permita determinar la idoneidad de un título para configurar una apropiación indebida, y en su reemplazo recurre al criterio de la disponibilidad ya tantas veces mencionado, eso sí, que con ciertas correcciones hechas desde su punto de vista funcional o dinámico del concepto propiedad.

Dice De la Mata; “Por el contrario, ante una comisión o mandato, quien recibe una suma de dinero viene obligado a la prestación de un servicio, a la realización de una actividad concreta, a la cual ha de servir el dinero recibido; en este caso, la disponibilidad sobre el mismo está limitada al cumplimiento del encargo. Sin embargo, ello no quiere decir que una utilización indebida –incluso para fines propios– de dicho dinero conlleve necesariamente la apreciación de un delito de apropiación indebida, pues conforme a la función de la propiedad, la comisión de dicho delito sólo podrá afirmarse en base a la lesión de los intereses del propietario ligados a la función del objeto –dinero– dispuesto.

⁸⁰⁸ Abeliuk, ob.cit, t.I, p.289 y 290; Meza Barros, “De las Obligaciones”, colección de Manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de 8ª edición, Santiago 1994, p.142 y ss.

⁸⁰⁹ Ob. cit., p.272 y ss.

⁸¹⁰ Ob. cit., p.117 y ss.

No basta el incumplimiento de lo acordado, una negligente actuación o, por ejemplo, en el caso de un administrador, una desobediencia de la normativa estatutaria vigente en la empresa en la que presta sus servicios. Antes bien, este tipo de actuaciones, incorrectas, han de enjuiciarse en Derecho Civil, Laboral o Administrativo; el Derecho Penal, a estos efectos, sólo entrará en juego cuando los intereses de quien entrega el dinero se vean perjudicados de un modo tal que la función que ese dinero le presta no puede ser desarrollada de un modo satisfactoriamente pleno. La lesión de estos intereses ha de entenderse en estos casos como una frustración del fin al que se aspira por aquél a quien corresponde la suma de dinero indebidamente dispuesta. Dicha frustración se producirá cuando el dinero en cuestión no pueda ya satisfacer los intereses de su legítimo titular o cuando no pueda satisfacerlos en el momento previsto por éste, en los casos, por ejemplo, en los que la disponibilidad no permitida no conlleve la pérdida definitiva de los dispuesto, pero sí la imposibilidad de entrega en el momento en que el propietario reclama lo que se le debe. Cuando la disposición altera la viabilidad de los fines a que el sujeto pasivo ha destinado el dinero, el criterio de la disponibilidad indebida es el que permite diferenciar los supuestos susceptibles de constituir una conducta subsumible en el tipo del art. 535 CP de aquéllos que únicamente representan comportamientos ilícitos ajenos al Derecho Penal”⁸¹¹.

Desde la óptica del delito de apropiación indebida como un delito contra la propiedad, ante la misma situación que involucra un mandatario que haya recibido dinero de su mandante para el cumplimiento de un encargo, se señala; “En el caso de las “cosas consumibles y fungibles”, el mero “uso no autorizado” (“distracción”) será constitutivo de apropiación indebida, cuando el autor, al realizar la acción, obre con dolo directo o eventual de infringir (...) su obligación de “entregar o devolver”, esto es, cuando su acción importe una “apropiación de la cosa”, “acción de apropiación” cuyo contenido intrínseco, paradójicamente, puede ser descrito con más propiedad como distracción, sin alterar su significación o consecuencia penalmente relevante”.

“Observada desde la perspectiva de las situaciones límite anotadas, la expresión “distrajeren” denota y refuerza la idea instada en la expresión “apropiarse”, de sustituirse al titular en el ejercicio (disfrute) del contenido del derecho de dominio o de la parte del mismo que en la situación concreta sea penalmente relevante”.

“La tenencia o posesión de la cosa, cuya existencia y licitud está originalmente (desde la recepción) condicionada por la obligación de “entregar” o “devolver”, es una tenencia o posesión originariamente privada del pleno ejercicio del contenido del derecho de dominio, respecto de la cosa”.

“El límite, entonces, entre el disfrute lícito, el meramente ilícito y el disfrute ilícito y típico, que puede realizar el autor que previamente detentaba una posesión o tenencia lícita de la cosa, viene dado por aquello de que priva al ilegítimo titular; contexto en el cual la privación y sustitución relevantes para el tipo de la “apropiación indebida”, es aquella que recae sobre el disfrute o ejercicio del contenido de los derechos del titular, correlativos a la “obligación de entregar o devolver” que el autor incumple o se coloca en imposibilidad de incumplir”⁸¹².

⁸¹¹ “Tutela...”, p.234 y ss.

Existen otros dos artículos del Código Penal, además del 470 N°1, que plantean problemas, los cuales según Politoff son "...cuestiones que se suscitan en la periferia del delito de apropiación indebida y relativas al mandato como título de tenencia,..."⁸¹³ .

La verdad es que estos problemas que Politoff denomina de la "periferia" del delito de apropiación indebida, no son tan de la periferia como veremos, porque en ellos se puede presentar la entrega de una suma de dinero, lo que es el quid del asunto.

El primero de estos problemas dice relación con el artículo 469 N°3 del CP que sanciona "A los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho".

El segundo de estos problemas se encuentra en el N°4 del mismo art. 469 que se refiere "A los capitantes de buques que defraudaren suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquiera otro fraude en sus cuentas".

Respecto de esta segunda figura, dice Politoff, "..., se trata de una hipótesis sensiblemente idéntica a la del N°3,..., con la diferencia, respecto del sujeto activo, que no se trata de un comisionista, sino de un capitán de buque"⁸¹⁴ .

Estos 2 numerales, según nos indica Politoff⁸¹⁵ , son creación de nuestro legislador y "son únicas en el mundo, creadas por el legislador chileno, y se mueven en parte dentro del margen del delito de "apropiación indebida".

Estos numerales fueron agregados a los N°1,2 y 5 del art. 469, los cuales son una extracción del CP español.

Estas 2 figuras -N°3 y 4 del art.469-, nos dice Politoff, influyeron en la redacción del inciso 7° del art. 173 del CP argentino. El texto a que se refería este autor, actualmente derogado, era el que rigió a partir de 1921 y que establecía sanciones para "El comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho".

Actualmente, dicho inciso tipifica la defraudación por deslealtad en el manejo de los bienes ajenos, conocida también como infidelidad (en el CP alemán, austríaco o suizo), administración infiel o fraudulenta, o administración desleal del patrimonio ajeno (en el CP español).

Dice Donna⁸¹⁶ ; "En su redacción anterior, este tipo penal, a diferencia de lo que

⁸¹² Miguel Soto Piñeiro, ob. cit., p.56 y ss.

⁸¹³ "El delito...", p.197.

⁸¹⁴ "El delito...", p.196.

⁸¹⁵ "El delito...", p.191 y ss.

⁸¹⁶ Ob. cit., .402.

sucede con los restantes supuestos previstos por el artículo 173 del Código Penal, no encontraba, según Núñez, su antecedente en la legislación española, sino en el artículo 469, incisos 3º y 4º, del Código chileno de 1874, y resultaba ser una conducta no prevista por ningún otro código penal, aunque como se ha visto, la cuestión había sido analizada por Carrara, ..." (Carrara, *Programa*, cit., párrafo 2322 a 2328).

Respecto de los N°1, 2 y 5 del art.469, cabe mencionar que efectivamente estos numerales son idénticos a los N°1, 2 y 3 del artículo 451 del CP Español de 1850, respectivamente.

Ahora, tratándose de los N°3 y 4 materia de estos comentarios, Fuensalida señala "1430. Estos números dan una sanción penal a los preceptos de los arts. 480 i 913 del Código de Comercio que califican de hurto de falsedad a todos los hechos que los números indican i que son en realidad verdaderas estafas con la circunstancia agravante del abuso de confianza"⁸¹⁷ (la cita de Fuensalida respecto del art. 480 del Código de Comercio es incorrecta). En el mismo sentido se pronuncia Politoff, cuando afirma que estos números son "..., concordantes, respectivamente, con los artículos 280 y el antiguo 913 del Código de Comercio"⁸¹⁸.

A pesar que la solución que plantean estos dos numerales pasa por el hecho de aplicar la distinción que hice respecto del contrato de comisión, la cual atiende a dos aspectos; uno dice relación al concepto de propiedad a que se adhiere (formal o material) y el otro al hecho de que se respete o no la aplicación irrestricta de los conceptos del derecho civil al derecho penal (tesis pancivilistas o autonomistas del derecho penal), mencionaré el estudio que realiza la doctrina nacional por cuanto puede aclarar ciertas dudas sobre lo que piensan dichos autores.

En primer lugar, el N°3 del art.469 sanciona al comisionista que, en definitiva, comete defraudación alterando las cuentas que debe rendir a su comitente.

Lo primero que debe preguntarse, según Politoff, es si esta defraudación se comete por el sólo acto de presentar las cuentas o es necesario que a la rendición de cuentas le siga un pago.

Robustiano Vera⁸¹⁹ y Politoff⁸²⁰ citan la opinión de José Clemente Fabres, miembro de la Comisión Redactora del Código, expresada en la sesión N°100⁸²¹, la que en definitiva influyó en la Comisión y la cual señala que "El acto criminal, en su concepto, nace de la defraudación que se causa con la cuenta falsa, no de su sola presentación a *que no se sigue el pago*".

Continúa Politoff citado a Del Río, cuando señala "Es decir, nuestro Código Penal castiga la estafa cometida *por medio* de nombre fingido, de pesos o medidas falsas, etc.,

⁸¹⁷ Ob. cit., p.219. Cita también a este autor Garrido Montt, ob. cit., p.374 y ss.

⁸¹⁸ Ob. cit., p.192.

⁸¹⁹ Ob. cit., p.691.

⁸²⁰ Politoff, "El delito...", p.192.

reprime también la que se realiza *por medio* de cuentas falsas”.

“De las notas de la Comisión Redactora y de la letra de la ley –expresa el profesor Del Río- se deduce que el delito no queda perpetrado por el hecho de *prepararse y presentarse* una cuenta falsa o adulterada, porque el acto criminal nace de la defraudación que se *causa con la cuenta* y no de una presentación de la misma no seguida de pago”⁸²².

En esta misma línea encontramos a Garrido Montt⁸²³ y a Etcheberry. Éste último señala; “De este modo, la figura fue integrada al sistema general de las defraudaciones, que supone la efectiva producción de un perjuicio para que el delito se consume, sin que baste la presentación de cuentas falsas”⁸²⁴.

Queda claro que para la doctrina mayoritaria la defraudación se comete con la presentación de cuentas falsas seguidas de pago.

Esto hace necesario preguntarse, como dice Politoff, sobre la superposición de “...las figuras de “defraudación del comisionista por medio de cuentas falsas” y “apropiación indebida” (...)”⁸²⁵.

Dice Etcheberry al tratar sobre el N°3 del art.469; “Desde luego, puede observarse que existen dos formas de cometer este delito: en la primera, el mandatario ha anticipado de su peculio los fondos necesarios para el desempeño del encargo, y con la presentación de las cuentas pretende ser reembolsado por el mandante; en la otra, el mandante es quien ha anticipado los fondos y el mandatario rinde cuentas de su empleo. En la primera forma no puede hablarse de apropiación indebida, ya que nada ha entregado el mandante al mandatario. En la segunda forma puede haber una apropiación indebida y puede no haberla según se ha explicado. Ahora bien, si efectivamente ha habido una apropiación indebida, el hecho debe sancionarse como tal, y no como administración fraudulenta, ya que en tal caso el perjuicio provendrá de la apropiación y no de la presentación de cuentas, que sólo tendrá por objeto encubrir el delito ya

⁸²¹ Ob. Cit., p.433 y ss. Dice el texto de la sesión; “Se continuo la discusion del art. 458, que habia quedado pendiente en la sesion anterior, aprobándose el inciso segundo sin variacion. En el inciso tercero manifesto el señor Fábres que no lo creia aceptable en la forma que se ha redactado, pues si se castiga el hecho solo de la presentacion de una cuenta falsa o con precios adulterados, aun cuando no alcance a defraudare a nadie, igual delito existiria en muchas de las acciones que se hacen valer en juicio i que resultan infundadas. El acto criminal, en su concepto, nace de la defraudacion que se causa con la cuenta falsa, no de su sola presentacion a que no se sigue el pago. A fin de establecer esta teoría en este artículo, se convino decir “el comisionista que cometiere defraudaciones, alterando, etc.”, de modo que solo comprenda el caso en que se haya llegado a percibirse el valor de la cuenta falsa o adulterada”.

⁸²² “El delito...”, p.193.

⁸²³ Ob. cit., p.376.

⁸²⁴ Ob. cit., t.III, p.435 y ss.

⁸²⁵ Politoff, “El delito...”, p.193. Esta situación también la plantean Etcheberry, ob. cit., t.III, p.436 y ss; Garrido Montt, ob. cit., t.IV, p.376; Matus y Ramírez, ob. cit., p.180.

cometido. Ello, sin perjuicio de que se pueda sancionar por los delitos, si a consecuencia de la presentación de cuentas falsas se ha causado un perjuicio suplementario por otros conceptos”⁸²⁶.

En una posición similar se encuentra Politoff quien señala; “En efecto, puede muy bien ocurrir que el comitente haya *adelantado* los fondos al comisionista y que la presentación de cuentas deformadas tienda a ocultar dicha apropiación indebida; en tal caso, la falsedad de las cuentas no estará dirigida a obtener la entrega, sino a justificar la no devolución”.

“Si abstraemos los infinitos matices que pueden descubrirse, por excesiva susceptibilidad, en la frase “cuentas falsas como *causa* de la defraudación”, es dable restringir el problema a dos interrogantes:”

“1) ¿Es lícito incluir en la voz “defraudación” el delito de apropiación indebida?”

“2) De ser asertiva la respuesta, la presentación de las cuentas falsas, ¿ocurre con posterioridad a la consumación del delito o es parte integrante de éste?”.

“Al describir la evolución histórica del delito de apropiación indebida, observamos la desmesurada extensión atribuida por la ley española a la idea de estafa, equivalente a lo que fuera el fraude en el derecho francés. Es así como lo que en Francia se llama “abuso de confianza” (apropiación indebida) perteneció desde que el Código de 1810 al concepto de fraude, mientras nuestros legisladores ubicaban aquel delito entre las llamadas “estafas y otros engaños””.

“Pues bien, es evidente que la voz “defraudación” que emplea nuestro Código no está tomada en el alcance restringido del párrafo 7º del Título IX,..., sino del 9º del mismo Título (sobre “estafas y otros engaños”) en el cual párrafo 9º está comprendido también el delito de apropiación indebida”.

“De ahí que Raimundo del Río, al trazar los límites del “concepto jurídico general de defraudación”, lo entienda producido a través de “engaño...*abuso de confianza* o incumplimiento”.

“Fluye de lo expuesto que, a despecho de alguna impropiedad terminológica del legislador, ha de contestarse de modo afirmativo a la primera cuestión planteada más arriba, para concluir de ello que la expresión “defraudación” empleada por el art. 469, Nº3, del Código Penal, no excluye de suyo la eventualidad de las apropiaciones indebidas, y que, para estimar inaplicable el indicado precepto a tales hipótesis, deberá demostrarse que el delito de apropiación indebida no se *causa* con la presentación de cuentas falsas”⁸²⁷.

Cabe hacer un paréntesis respecto del siguiente hecho: como dije anteriormente Etcheberry y Politoff estiman que la apropiación indebida es una forma de defraudación y, por ende, un delito contra el patrimonio.

Esta posición la sustentan otros autores como Garrido Montt y Labatut.

⁸²⁶ Ob. cit., t.III, p.436 y ss.

⁸²⁷ “El delito...”, p.193 y ss.

Para todos ellos la apropiación indebida es un fraude por abuso de confianza, lo que es un galicismo que sin duda alguna ha traído graves problemas, su utilización inadecuada ha creado una nube que no permite ver el verdadero transfondo del tema.

Para otros autores la apropiación indebida es simplemente un delito de apropiación, que nace históricamente del *furtum*. En esta línea se encuentran el profesor Soto Piñeiro y Matus y Ramírez⁸²⁸.

Incluso, el profesor Soto Piñeiro, al igual que Zugaldía en España, postulan que no es el hurto la figura básica de los delitos de apropiación, sino que la apropiación indebida, por cuanto el hurto es una apropiación acompañada de sustracción, a diferencia de la apropiación indebida que es un puro acto de apropiación, es decir, como decía un autor ya citado, en la apropiación indebida basta con cerrar la mano, en cambio en el hurto hay que alargarla.

Personalmente adhiero a esta última postura, ya que la evolución histórica del *furtum* dio origen al delito de apropiación indebida el cual, lisa y llanamente, es y ha sido un puro delito de apropiación.

Cerrado este paréntesis, cabe entrar de lleno nuevamente al tema de la apropiación indebida y el art. 469 N°3.

Haciendo un resumen, Etcheberry y Politoff estiman que, habiendo entregado anticipadamente fondos el mandante al mandatario para la realización del encargo, y habiéndose “apropiado” el mandatario de los fondos, apropiación realizada de forma paralela al proceso de alteración de las cuentas, puede darse el delito de apropiación indebida, constituyendo la alteración de las cuentas a rendir sólo un acto de encubrimiento del delito de apropiación indebida.

Frente a esta situación Garrido Montt estima posible el concurso de los delitos de estafa, apropiación indebida y el 469 N°3, prefiriendo a los dos primeros por principio de especialidad. Ahora bien, en cuanto al problema de la rendición de cuentas, este autor habla de que el delito en comento comprende un comportamiento complejo de 2 actos distintos, la apropiación y la rendición de cuentas mañosa, y concurriendo esta rendición de cuentas mañosa para encubrir la apropiación habrá un engaño, ya que la cuenta falsa constituye un ardid para disimular u ocultar la apropiación indebida⁸²⁹.

Politoff sostiene que pudiendo presentarse el delito de apropiación indebida junto con el de administración desleal (administración desleal del N°3 del art.469), cabe preguntarse que si la presentación de las cuentas falsas ¿ocurre con posterioridad a la consumación del delito o es parte integrante de éste?.

Ante esta interrogante Politoff señala que;

“Desde que sostuvimos que, en la comisión, habiendo mediado provisión de fondos,

⁸²⁸ Politoff, “El delito...”, p.194; Etcheberry, ob. cit., t.III, p.423; Garrido Montt, ob. cit., t.IV, p.361; Labatut, ob. cit., p.234 (aunque no habla claramente que es un fraude por abuso de confianza, sino que los códigos penales francés y belga lo designan con el nombre de abuso de confianza); Soto Piñeiro, ob. cit., p.41; Matus y Ramírez. Ob. cit., p.158.

⁸²⁹ Ob. cit, t.IV, p.375 y ss.

el papel llamado a desempeñar de las cuentas adulteradas es el de *encubrir* el acto de apropiación indebida ejecutado por el comisionista, parecíamos significar que dichas cuentas eran ajenas al delito, posteriores a él“

“La verdad es que una cosa importa la *acción* de apropiarse y otra el *delito* de “apropiación indebida”. Si es sensato decir que la apropiación indebida precede a las cuentas (que vienen a disimular el acto ya realizado), no resulta de ello que el delito acabe necesariamente en la acción típica aludida.”

“Conclusión indubitable de lo anterior es que el sólo hecho de apropiarse el comisionista de los fondos y la ulterior disimulación del acto a través de las cuentas falsas son insuficientes para consumir el delito de apropiación indebida, el que se completa con la no restitución. En efecto, si el comitente objeta la partida adulterada de la cuenta y el comisionista, aceptando la repulsa, se allana a restituir, no comete delito de este último, a nuestro entender, por cuanto, aunque hubo apropiación, faltó perjuicio”.

“Si, por la inversa, el comitente no advierte la alteración en las cuentas, logrará de ese modo el comisionista su propósito de no restituir, de modo que, en tal sentido, es lícito entender que la apropiación indebida (defraudación) es *causada* con las cuentas falsas”⁸³⁰.

Por lo que vemos Politoff distingue 3 pasos sucesivos, a saber; la apropiación de fondos, la rendición de cuentas mañosas y la no restitución de los fondos. La apropiación de fondos configura el delito de apropiación indebida y la rendición de cuentas mañosas permitirá que se dé la condición objetiva de punibilidad que hará perseguible el delito, cual es el perjuicio que se produce con la no restitución, es decir, la rendición de cuentas mañosa es un acto ubicado de forma intermedia entre la apropiación de fondos y el perjuicio.

Así Politoff distingue 2 casos distintos:

Que el comisionista se apropie de los fondos anticipados, altere las cuentas y el comitente no se percate de lo sucedido. En este caso el delito se comete en 3 actos; una apropiación de fondos anticipados, la rendición de cuentas alteradas y, finalmente, no percatándose el comitente, la no devolución de fondos (que de haberla, eliminaría el perjuicio). Aquí Politoff incurre en una impropiedad al decir “no comete delito”, porque si él estima que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad, bajo sus propios parámetros ya se produjo la apropiación de fondos, como lo reconoce, y así el delito de apropiación indebida se encuentra configurado antes de la rendición de cuentas mañosas, siendo ésta el medio para que el delito ya configurado sea punible.

Que el comisionista se apropie de los fondos anticipados, altere las cuentas y el comitente se percate, objetando la cuenta rendida, allanándose el comisionista y haciendo devolución a comitente de los fondos, en cuyo caso según Politoff hubo apropiación, pero no habrá perjuicio. Así, la rendición de cuentas mañosa es lo que permite se dé el perjuicio (sea entendida como elemento del delito o como condición objetiva de punibilidad).

⁸³⁰ Ob. cit., p.194 y ss.

Etcheberry estima, como aparece en la cita hecha, que la rendición de cuentas es un acto aparte del delito de apropiación indebida y sólo cumple la función de “encubrir el delito ya cometido”. Para Garrido Montt, como vimos, la rendición de cuenta mañosa también es un acto distinto del delito de apropiación indebida.

Respecto del art. 469 N°4, Politoff sostiene “Del artículo 913 del Código de Comercio nuestro legislador construyó dos figuras del Código Penal. Así, el artículo 469, N°4, ...Como es fácil advertir de la simple lectura, se trata de una hipótesis sensiblemente idéntica a la del N°3, del artículo 469, con la diferencia, respecto del sujeto activo, que no se trata de un comisionista, sino de un capitán de buque. Nos remitimos, por consiguiente, a lo ya dicho para dilucidar toda duda sobre la elección de la norma adecuada”⁸³¹. Se pronuncia en el mismo sentido Garrido Montt⁸³².

Creo, al igual que Politoff, que lo que ocurre con el N°3 del art.469 es válido para el N°4 del art. 469.

12.-La administración

Ni en nuestro derecho, ni en el español ni en otros ordenamientos jurídicos se ha definido en la ley este título.

El cargo de administrador puede nacer por disposición de la ley, judicial o de las partes⁸³³.

Dice Silva Castaño al respecto;

“Es el tercero de los títulos que aparecen expresamente regulados en el Código Penal en el artículo 252. No se corresponde con ninguna figura que (se encuentre⁸³⁴) expresamente regulada en el Código Civil o en otro ordenamiento jurídico. Por lo tanto es difícil delimitar las obligaciones y las facultades que tenga el administrador, y el contenido propiamente del contrato, por lo que será complejo determinar cuándo la persona actúa en función de una administración, en la que se hayan concedido amplios o mínimos poderes de disposición, y cuándo se extralimita en sus funciones e incurre por tanto en la realización del delito de apropiación indebida”

“En cualquier caso la doctrina entiende que la referencia que realiza el delito de apropiación indebida a los contratos de comisión y administración “dada la amplitud con que está concebido el mandato y la comisión en el Derecho Civil, y en el Mercantil respectivamente”, se pueden concretar en las figuras del mandato o comisión”

⁸³¹ Ob. cit., p.196.

⁸³² Ob. cit., t.IV, p.377.

⁸³³ Conde-Pumpido, ob. cit., p.87 y ss.

⁸³⁴ El agregado es nuestro.

“Finalmente añadiremos que la obligación de realizar una persona por cuenta o encargo de otro, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos no presenta ningún problema de compatibilidad con la interpretación con el delito de apropiación indebida, “siempre que las cosas sobre las que recae la obligación sean muebles y ajenas”⁸³⁵ .

En el mismo sentido se pronuncia Majón-Cabeza;

“El último de los títulos expresados en el artículo 535 es la *administración* que no coincide con ningún contrato específico contenido en el CC, haciendo referencia a una serie de situaciones muy diversas que tendrán como denominador común la gestión de intereses ajenos, y que podrán derivarse no sólo de relaciones contractuales, sino también de la Ley”

“Con carácter general podemos decir que sólo serán aptas a efectos de apropiación indebida aquellas situaciones de administración que reúnan el doble requisito repetido de que en virtud de ellas se reciban cosas que deben entregarse o devolverse en cumplimiento de la obligación del administrador”⁸³⁶ .

Bajo Fernández y Pérez Manzano⁸³⁷ no hace un estudio de los títulos en particular, sino que desarrolla su trabajo relacionando el objeto material del delito (dinero) y algunos títulos en particular (depósito irregular, mutuo). Otros autores sólo enumeran este título, así por ejemplo; Rodríguez Ramos, Matus y Ramírez, Vives y González Cussac, Mestre Delgado y González Rus.

Autores como Politoff, Etcheberry⁸³⁸ , Garrido Montt⁸³⁹ , Sainz-Pardo y Donna⁸⁴⁰ dan tratamiento conjunto a este título y a la comisión, y en definitiva, todo lo enmarcan dentro del mandato, por ser la comisión y la administración variaciones del mandato.

Politoff entiende la administración como una forma de mandato general. Dice; “Frecuentemente, el delito es cometido, no ya por un mandatario especial, sino por uno general, dotado de amplios poderes de administración...Lo que manifestamos a propósito del mandatario administrador es aplicable a cuanta persona administre bienes ajenos, excepción hecha de aquellos casos en que el título de tenencia fuere inidóneo para derivar al delito de apropiación indebida, como son los que conducen al de malversación de caudales públicos,....”⁸⁴¹ .

⁸³⁵ Ob. cit., p.176 y ss.

⁸³⁶ Ob. cit., p.113 y ss.

⁸³⁷ “Manual...”, p.426 y ss; “Compendio...”, p.485. También Bajo Fernández, “Manual...”, p.285 y ss.

⁸³⁸ Ob. cit., t.III, p.433 y ss.

⁸³⁹ Ob. cit., p.366.

⁸⁴⁰ Ob. cit., p.366 y ss.

⁸⁴¹ “El delito...”, p.205 y ss.

En el mismo sentido se pronuncia Sainz-Pardo. Él sostiene que “Dada la amplitud con que está concebido el mandato y la comisión, en Derecho civil y mercantil, respectivamente, creemos que la referencia legal del art. 535 al hablar de comisión o administración, bien se puede concretar en la figura del mandato o comisión”⁸⁴².

Si bien la administración no se encuentra definida en la ley, es importante resaltar que ella si se encuentra mencionada en diversas y variadas disposiciones ius privadas como en el caso de la institución de tutores y curadores, del contrato de sociedad conyugal o el contrato de mandato. En este último caso como elemento de la naturaleza del contrato.

Un ejemplo de dichas disposiciones se encuentra en el artículo 2132 del Código civil que trata del contrato de mandato. En este artículo el legislador enumeró los actos de administración. Señala el artículo que “el mandato no confiere naturalmente al mandatario más poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias...”.

Dice Meza Barros al tratar el concepto de administración;

“No ha definido la ley el concepto de acto de administración. Puede deducirse, sin embargo, del tenor del art.391 que establece que “el tutor o curador administrará los bienes del pupilo y es obligado a la conservación de estos bienes, a su reparación y cultivo”...Administrar es adoptar las medidas de carácter material o jurídico tendientes a conservar los bienes, a incrementarlos y obtener ventajas que pueden procurar...De este modo, la administración comprende la ejecución de actos de conservación, esto es, encaminados a impedir la pérdida o menoscabo de los bienes...Los actos conservativos pueden ser materiales o jurídicos. Es un acto material de conservación efectuar las reparaciones que requiera el edificio que se administra; es un acto jurídico de conservación la interposición de una querrela posesoria,...Pero la acción de administrar no comprende sólo la ejecución de actos puramente conservativos; abarca, asimismo, la ejecución de actos que tiendan a obtener de los bienes administrados el provecho o rendimiento que están llamados ordinariamente a brindar...Un límite no muy bien definido separa los actos de administración de los actos de disposición, caracterizados estos últimos porque cambian o alteran la composición del patrimonio...La venta de un bien, a que sigue la correspondiente tradición, es un acto de disposición; pero el acto será simplemente administrativo si lo que se vende son los frutos de un bien, como la cosecha de un fundo, porque el acto tiende a obtener su provecho o rendimiento normal. El acto, que es de disposición en su esencia, en este caso pertenece al “giro ordinario” del negocio administrado, circunstancia que lo convierte en un acto de administración”⁸⁴³.

Como se ve, el acto de administración puede ser conservativo –material o judicial- o de disposición. Se crea un problema al tratar de establecer cuándo estamos frente a un acto de disposición que se enmarca dentro de la actuación permitida al administrador y cuándo dicho acto de disposición excede la actuación permitida al administrador.

⁸⁴² Ob. cit., p.99 y ss.

⁸⁴³ “De las Fuentes...”, t.I, p.363 y ss.

Al respecto dice Quintano R.; “Tercero y último de los títulos expresamente enumerados en el artículo 535, y como precedentes eminentemente posesorio, el de la *administración*, que tampoco concuerda con una institución contractual civil, es aplicable a la más variada gama de situaciones jurídicas en los distintos ordenamientos privados y públicos. De ahí, precisamente, la vaguedad de sus contornos, tanto más difusos cuanto entre las funciones de la administración, de algunas administraciones más bien, se otorgan amplísimas facultades de disposición sobre los bienes administrados, incluso de enajenarlos, razón por la cual se hace sumamente arduo discriminar en las actividades del administrador las que sean específicamente criminales”⁸⁴⁴ .

Este hecho también lo hace presente Conde-Pumpido. Dice; “Las dificultades que plantea, sin embargo, este título como presupuesto de la apropiación indebida surgen, como ya advirtió QUINTANO, del carácter amplio de las funciones de los administradores, que incluyen las facultades de disposición de los bienes. Sin embargo, cuando existe apropiación de ellos o de los precios recibidos, haciéndolos suyos el administrador, el delito de apropiación indebida aparece muy claro”⁸⁴⁵ .

Tal como señala Meza Barros es el hecho que el acto de disposición se encuentre dentro del giro ordinario del negocio lo que determinará que este es un acto de administración no abusivo.

Dice Conde-Pumpido, en relación a lo anterior, que “Mayor problema plantean los supuestos de “administración desleal”, consistentes en lucros propios o para terceros obtenidos con actos de administración torticera (...) que el Código penal, como ya dijimos (...), contempla solo para los administradores de sociedades (art.295) y no para otro tipo de administradores”.

Teniendo presente de que a la administración se puede aplicar todo lo dicho en relación al mandato, es necesario distinguir si la administración recae sobre bienes fungibles o no fungibles.

Si la administración recae sobre bienes no fungibles, sea que se sostenga un concepto formal o material de la propiedad, es aplicable todo lo anteriormente dicho y, por tanto, la administración será un título idóneo para configurar una apropiación indebida.

Ahora bien, si se trata de un bien fungible y se sostiene un concepto formal de propiedad (se adhiere a los postulados iusprivatistas), en especial en lo que dice relación a la idea de ajeneidad, habrá que ser consecuentes y admitir la aplicación de la tesis de que la entrega de una suma de dinero transfiere su propiedad. En consecuencia, pueden ocurrir dos cosas:

1.-Se admite que operó en el caso de la administración una transferencia de propiedad respecto del bien fungible y, de esta forma, no estamos ante un delito de apropiación indebida sino que ante un delito de administración desleal del patrimonio ajeno, es decir, un delito contra el patrimonio. En otras palabras la administración en este caso deja de ser un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida.

⁸⁴⁴ Ob. cit., p.951.

⁸⁴⁵ Ob. cit., p.87.

2.-Se admite que operó en el caso de la administración una transferencia de propiedad respecto del bien fungible y, de esta forma estamos ante un delito de apropiación indebida, pero se reconoce que el bien jurídico deja de ser la propiedad y este pasa a ser el derecho a la satisfacción del crédito por parte de los acreedores. La administración, en este caso, si será un título idóneo para configurar la apropiación indebida, pero esta apropiación indebida ya no protegerá la propiedad sino el patrimonio. Por lo anterior se han visto en la necesidad de desarrollar criterios que permitan sustentar esta tesis. Estos criterios son los de solvencia (Ferrer Sama) y de disponibilidad limitada (Majón-Cabeza).

Si el bien es fungible y se sostiene un concepto material de la propiedad, la administración será un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida. En estos casos se podrá incluso partir el análisis desde una perspectiva formal, siempre y cuando se respete el contenido material (que podría ser el concepto funcional o personal de propiedad) que subyace en el concepto apropiación. Esta última postura la encontramos en aquellos autores que postulan un concepto material de propiedad teniendo en consideración el ámbito de protección de la norma⁸⁴⁶. Como dice De la Mata se trata de “una serie de autores que desde el criterio del ámbito de protección de la norma incluyen la exigencia de lesión material a intereses del sujeto pasivo como correctivo general para comprobar si el injusto se ha realizado. Lesión material de intereses protegidos que se concibe como exigencia implícita de la tipicidad o de la antijuridicidad, cuya ausencia, sin necesidad de referirla a ningún elemento típico en concreto permite afirmar la irrelevancia penal de la conducta”.

Un ejemplo sería, según nos dice De la Mata⁸⁴⁷, Sax. Este autor alemán nos hace ver que existe dos posibilidades frente a los delitos de apropiación. La primera es que frente al problema del contenido del bien jurídico propiedad se construya un concepto

⁸⁴⁶ “Tutela...”, p.352 y ss. Cabe recordar con De la Mata de lo que tratan estas tesis. Él dice; “Como es sabido, a partir de los años setenta adquiere un auge especialmente relevante en Alemania la denominada teoría del fin de la norma de protección de la norma. Surgida en el Derecho Civil en relación a supuestos de compensación de daños, el Derecho Penal se sirve de ella, fundamentalmente en el ámbito de los delitos culposos, como criterio que permite afirmar la irrelevancia penal de un supuesto que lesionando el objeto de protección de la norma analizada no pertenece al conjunto de casos que conforme al sentido y fin de dicha norma pretende evitar el legislador...Su aplicación en el ámbito de los delitos dolosos ha sido más restringida hasta la fecha; es creciente, no obstante, el recurso que a ella se efectúa a la hora de abordar el tratamiento de supuestos que por sus especiales características se considera no debieran pertenecer al ámbito de lo penal pese a que formalmente parecen reunir los requisitos para poder afirmar su tipicidad...En relación a los delitos de apropiación esta tendencia es evidente, como se irá viendo en la exposición de las posturas que se recogen en este apartado...Como señala KREY, su utilización como vía de exclusión de la relevancia penal de un supuesto procede cuando a pesar de que éste cumple los elementos típicos de un delito de hurto o apropiación indebida, sin concurrencia de causas de justificación, no puede decirse, desde un punto de vista valorativo que atienda a las relaciones sociales que normalmente se establecen entre particulares, que el sujeto ha realizado una conducta de apropiación merecedora de pena. En este sentido, él reclama una interpretación acorde al fin de protección penal en todos los delitos de la Parte Especial del Derecho Penal, ampliando la perspectiva ofrecida por autores como GRIBBOHM, ROXIN o TIEDEMANN, acudiendo directamente a la interpretación del bien jurídico protegido en el precepto analizado únicamente ante casos concretos como el intercambio de dinero”.

⁸⁴⁷ “Tutela...”, p.353 y ss.

penal de propiedad. La segunda opción es que se acepte en Derecho Penal un concepto civil de propiedad, eso sí, distinguiendo dos aspectos importantes de éste; por un lado lo que es la posición jurídico-formal que conlleva el concepto propiedad y que sirve para determinar el concepto de cosa ajena y, por el otro, lo relacionado con el poder jurídico que conlleva el concepto propiedad y que permite definir el objeto de protección de los delitos contra la propiedad. Este objeto se identifica “con el poder jurídico de contenido material que el titular del derecho de propiedad posee y que implica un poder de dominio absoluto en relación con la cosa de su pertenencia, en virtud del cual puede comportarse con ella libremente, así como excluir a otros de toda posible actuación sobre la misma”.

Sax opta por esta segunda opción y así, para él, habrá delito de apropiación cuando el contenido del concepto propiedad efectivamente sea dañado, ocurriendo ello cuando se lesione el interés de dominio y utilización personal de la cosa del propietario (concepto funcional de propiedad).

13.- Prenda

Es requisito de la apropiación indebida en nuestro ordenamiento jurídico que el sujeto activo, por un mismo título, reciba una cosa y esté obligado a entregarla o devolverla, y que este título le otorgue la condición de mero tenedor de la cosa⁸⁴⁸. El artículo 714 del CC dice que “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño”. Acto continuo, este mismo artículo enumera una serie de casos de mera tenencia. Dice nuestro código; “El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación le pertenece”.

El artículo 2384 del CC define el contrato de prenda de la siguiente forma;

“Por el contrato de *empeño* o *prenda* se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”.

En los dos incisos siguientes el código define unos términos;

“La cosa entregada se llama *prenda*”.

“El acreedor que la tiene se llama acreedor *prendario*”.

Politoff en su libro⁸⁴⁹ hace presente la opinión de Manuel Somarriva quien sostiene que esta definición es incompleta; “Esta definición es en realidad incompleta, porque no da una idea clara de la garantía, queda más comprensiva agregándole a la definición legal la siguiente frase: “dándole la facultad de venderla y de pagarse preferentemente “con el producido de la venta si el deudor no cumple su obligación”⁸⁵⁰ .

⁸⁴⁸ Etcheberry, ob. cit., t.III, p.434.

⁸⁴⁹ “El delito...”, p.165.

Por esto la idoneidad de la prenda como título no es puesta en duda por la doctrina, a pesar de no ser mencionada en la enumeración de nuestro código ni en la de los demás códigos reseñados en este trabajo, salvo el art.383 del CP mexicano que sanciona expresamente la disposición o sustracción de la cosa pignorada.

Por ejemplo, ya el mismo Carrara reconocía la idoneidad de este título. Distinguía dos casos, uno es la venta de la cosa prendada y la otra es la pignoración de la cosa que esta en poder de un tenedor fiduciario.

Respecto del primer caso él hacía presente la duda que Guillani mantenía acerca del contrato de prenda como título idóneo, duda que se basaba en el derecho que tiene el acreedor prendario sobre la cosa empeñada, pero esta duda no parece sólida para Carrara puesto que, aún en otros contratos todos los consignatarios tienen derechos sobre la cosa y esto no impide que haya abuso de confianza (trufa) en el abuso que se haga de ella en provecho propio, ya que el derecho del acreedor sobre la prenda es muy distinto del derecho de propiedad, y por esto si la cosa pignorada es vendida, se invierte el uso para el cual fue entregada, se usurpa el dominio y se hace reo de abuso de confianza. Carrara también cita a Puccioni, quien introduce según Carrara una sutil distinción; distingue los casos en que la prenda tiene un valor equivalente al crédito de los casos en que la prenda tiene un valor superior al crédito. En el primero de los casos, si se vende la prenda, no hay delito y, en el segundo caso, habrá delito⁸⁵¹.

El segundo caso, es decir, preñar la cosa que se tiene fiduciariamente (consignatario que pignora la cosa confiada). Carrara hacía presente que este es un caso que se discutía mucho entre los criminalistas alemanes. Carrara cita a dos autores alemanes, Berner y Rulf, para quienes la pignoración de cosa ajena no significa necesariamente apropiación. Para ellos es necesario distinguir la intención del acto de pignoración; si el acto se hizo con la intención de rescatarla, no hay delito. Si no fue así, habrá delito. Luego, Carrara cita a Knepler la cual es contraria a la recién señalada. Carrara se suma a esta última opinión. Knepler da dos razones por las cuales estimar que en el acto de pignoración de cosa ajena hay apropiación. La primera razón es que con el acto de pignoración se entraba el derecho de uso que es inherente al dominio, el que usa indebidamente realiza un acto de apropiación. La segunda razón es práctica, ya que si se admite pignorar y decir que no se tuvo la intención de apropiación se deja en la impunidad estos supuestos⁸⁵².

Groizard también trató este tema, y sostuvo que el acreedor prendario que dispone del objeto pignorado comete un acto de apropiación⁸⁵³. Incluso, Groizard se basa en las ideas de Puccioni y Carrara. Viada también se sumó a esta opinión⁸⁵⁴.

Castañeira Palau trata el caso del deudor prendario, es decir, el comprador de una

⁸⁵⁰ "Tratado de las Cauciones", editorial Ediar-Conosur, p.205 y ss.

⁸⁵¹ Carrara, ob.cit., parágrafo 2286, p.368.

⁸⁵² Carrara, ob.cit., parágrafo 2288, p.372 y ss.

⁸⁵³ Ob. cit., p.600.

cosa a plazo que la empeña antes de enterar el pago total del precio; “La pignoración de la cosa antes del completo pago del precio ha sido considerada por el T.S. como apropiación...Sin embargo, son imaginables casos en los que no está tan claro que el sujeto haya realizado un acto de apropiación. Por ejemplo, cuando el sujeto empeña la cosa sin dejar de pagar y con intención de recuperarla, caso que difiere claramente del enjuiciado por la sentencia antes citada. La existencia de un delito puede ser rechazada fácilmente; bien por falta de perjuicio, bien por falta de dolo porque el sujeto no tenía intención de apropiarse de la cosa...Cuando todo se desarrolle según lo previsto por el comprador no surgirá problema alguno. Es decir, si el comprador recupera la cosa y paga en los plazos convenidos ni siquiera se planteará la posibilidad de que haya cometido un delito de apropiación indebida...El problema surge cuando el comprador no puede pagar los plazos pendientes ni recuperar la cosa. Entonces, sí que es fundamental averiguar si la dación en prenda en los términos antes expuestos es un acto de apropiación. La doctrina alemana y el R.G. consideran la dación en prenda es un *hurto de uso* cuando se realiza con la intención de recuperar la cosa y, además, el sujeto tiene la posibilidad de hacerlo. Cuando falta la intención o la posibilidad de recuperar la cosa hay apropiación. Además de la intención de recuperar la cosa se exige que el sujeto tenga la posibilidad de hacerlo”⁸⁵⁵.

Creo, que para efectos de un mejor tratamiento de la materia se hace necesario distinguir, en primer lugar, si la prenda es con desplazamiento o sin desplazamiento. En segundo lugar, si recae sobre bienes fungibles o no.

En el caso de la prenda sin desplazamiento hay dos posiciones.

Una es aquella que representan Vives y González Cussac, Muñoz Conde y Politoff⁸⁵⁶ para los cuales en esta caso no se comete el delito de apropiación indebida en atención a que no puede ser sujeto activo el propietario de la cosa.

La otra corriente es de aquellos que estiman se da el delito materia de este trabajo, como por ejemplo Moreno y Marchena⁸⁵⁷, o Conde-Pumpido quien se funda para ello en la ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento. Dice este autor que “el dueño de los bienes pignoralados tendrá consideración de depositario de los mismos a todos los efectos legales, con consiguiente responsabilidad civil y criminal. Por lo que se crea un *constitutum possessorium* que transmuta la propiedad en posesión en tanto no se libere la prenda o sea ésta realizada por impago de la deuda, enajenando la cosa a un tercero o con su dación en pago al acreedor (...) En estas condiciones parece que no debiera discutirse que la apropiación de la cosa que se retiene en depósito debe ser calificada como apropiación indebida y así lo ha declarado la jurisprudencia (...)”⁸⁵⁸.

Ahora bien, tratándose de la prenda con desplazamiento no existe discusión respecto

⁸⁵⁴ Ob. cit., p.536.

⁸⁵⁵ Ob. cit., p.99.

⁸⁵⁶ “Comentarios...”, p.1264; Ob. cit., 14ª edición, p.432; “El delito...”, p.165. Véase también Silva Castaño, ob.cit., p.190.

⁸⁵⁷ Ob. cit., p.52.

de la idoneidad del título ⁸⁵⁹, salvo en lo que dice relación al hecho que plantea Politoff; ¿puede el acreedor prendario apropiarse de la cosa dada en prenda por el deudor si éste no ha cumplido su obligación con aquel?

Politoff ⁸⁶⁰ estima que, a pesar del agregado que el añadido que Somarriva hace a la definición legal de prenda, en atención a lo dispuesto en el art.7º del decreto ley N°776, el acreedor prendario no tiene derecho a vender la cosa, sino que pedir que se venda con arreglo al procedimiento legal y, por tanto, el acreedor prendario tiene la cosa por un título de mera tenencia y al proceder a su venta, si sujetarse al citado artículo, se apropia de dicha cosa. De la misma forma se pronuncia Etcheberry ⁸⁶¹.

Politoff hace presente que este es la opinión seguida por Ferrer Sama en España. En ese país Conde-Pumpido no sigue del todo esta opinión, ya que la prenda para él concede el derecho al acreedor prendario para enajenar la cosa, y si esta enajenación es extrajudicial el acreedor sólo está incumpliendo formalidades legales. Para él la esencia de este delito subyace en dos premisas: el dolo y el perjuicio. Dice; “Es pues el doble elemento de la concurrencia del dolo y la existencia de un perjuicio efectivo, por apropiarse de la diferencia del valor de la cosa, y no del simple hecho de su enajenación sin seguir el cause legal, lo que determina la apropiación indebida, que nunca puede ser de la cosa en sí, cuya entrega no puede pedir el deudor insolvente, sino de la diferencia de valores entre aquella y el importe de lo debido” ⁸⁶².

Otra de las clasificaciones que se puede efectuar respecto del contrato de prenda es aquella que se hace en atención al objeto sobre el cual recae este contrato. De esta forma si la prenda recae sobre un bien no fungible el contrato sigue manteniendo dicho nombre y se aplican las reglas recién mencionadas. En cambio, si la prenda recae sobre un bien fungible (dinero), el contrato pasa a llamarse prenda irregular, prenda de dinero o, de forma impropia ⁸⁶³, “fianza en efectivo” o “depósito de dinero”.

Respecto de la prenda irregular cabe dilucidar, como lo hace Politoff ⁸⁶⁴, si el

⁸⁵⁸ Ob.cit., p.91.

⁸⁵⁹ Politoff, “El delito...”, p.166; Etcheberry, ob. cit., t.III, p.434; González Rus, ob.cit., p.704; Vives y González Cussac, “Comentarios...”, p.1257; Muñoz Conde, ob.cit., 14ª edición, p.432.

⁸⁶⁰ “El delito...”, p.172. Al tratar este tema Politoff estudia el concepto apropiación en los delitos de hurto y apropiación indebida, asimismo analiza la posibilidad de encasillar el comportamiento del acreedor prendario en la falta del N°20 del art.494 del CP. Él estima que el concepto apropiación se compone de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo es el mismo en ambos delitos (animus rem sibi habendi) siendo el elemento objetivo (“...la forma conque aparece la parte “física” de la acción...”) distinto en ambos delitos, en el hurto sería la sustracción o apoderamiento y en el delito de apropiación indebida sería numerosas formas de invertir el título de mera tenencia con que se toma posesión de la cosa para capturarla.

⁸⁶¹ Ob.cit., t.III, p.434.

⁸⁶² Ob. cit., p.90.

⁸⁶³ Etcheberry, ob. cit., t.III, p.434; Somarriva, ob. cit., p.230.

acreedor pignoraticio es tenedor o dueño de la cantidad de dinero recibida en caución. En su libro Somarriva sostiene que la prenda de dinero es un título traslativo de dominio⁸⁶⁵.

Para analizar este punto entre en juego, nuevamente, la distinción del concepto propiedad formal y material.

Partiendo desde una concepción formal del concepto propiedad, del respeto de la unidad del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, de la aplicación en el ámbito penal del concepto civil de ajeneidad, como sería la tesis sustentada por Bacigalupo o Silva Castaño, el dinero entregado por el deudor al acreedor pignoraticio pasa a ser de su propiedad, por lo que cabe ver si éste tenía la obligación de administrarlo de una forma determinada durante el tiempo que fue de él.

Para contestar lo anterior debemos tener presente que el artículo 2395 del CC prohíbe al acreedor pignoraticio servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor siendo en este caso sus obligaciones las de un depositario.

Si las obligaciones del acreedor prendario son las mismas que las de un depositario, al tratarse de una prenda sobre dinero, las obligaciones a las que esta sujeto éste acreedor las encontraremos en el artículo 2221 del mismo cuerpo legal que trata del depósito de dinero.

Bueno, para estos autores la prenda irregular jamás daría lugar a un delito de apropiación indebida porque nadie puede apropiarse de lo propio. Ahora bien, hay que ver si en este caso se puede dar un delito de administración desleal. Aplicando las reglas del depósito irregular a la prenda de dinero cabe concluir que no se podrá dar tampoco un delito de administración desleal por cuanto el dinero no se recibió para un fin predeterminado en interés del que lo entrega (cita de Silva Castaño a informe de Díez-Picazo y Gullón), no existe una obligación a cumplir ese fin durante la vigencia del contrato, sólo nace esta obligación al término del contrato.

Ahora, partiendo desde el punto de vista de aquellos autores (Bajo, Majón-Cabeza, Luzón Peña) que, al igual que los anteriores, parten desde una concepción formal de la propiedad, pero que postulan que el delito de apropiación indebida protege dos bienes jurídicos, a saber, la propiedad en el caso de que el objeto material del delito sea un bien no fungible y el patrimonio (derecho de crédito de los acreedores) si este objeto material recae sobre un bien fungible, habrá de atenderse a la disponibilidad con que se recibió el dinero. Si dicha disponibilidad es absoluta, no habrá delito de apropiación indebida. En cambio, si dicha disponibilidad es restringida, se dará el delito en comento. En el caso de la prenda de dinero, al aplicarse las reglas del depósito irregular (en cuyo caso la disponibilidad del dinero recibido en propiedad es absoluta), no será título idóneo.

El análisis también puede efectuarse desde el punto de vista de aquellos autores, que partiendo también su análisis desde un concepto formal de propiedad, atienden a consideraciones materiales para saber si se dará una lesión a este bien jurídico. Este es el caso de Sainz-Pardo, quien adhiere a la teoría de Roxin sobre el dinero, la llamada

⁸⁶⁴ "El delito...", p.175.

⁸⁶⁵ Ob. cit., p.212 y 230.

teoría de la “deuda-valor”, para sostener que en los casos en que se recibe el dinero por un título que trasfiere su propiedad el receptor propietario de ese dinero puede apropiarse de dicho bien fungible y, de esta forma, ser autor del delito de apropiación indebida (claramente la aplicación de la teoría de Roxin rompe el concepto de ajeneidad civil que aplica el mismo autor). Raramente, a pesar de que este autor adhiere a la teoría de la deuda-valor y dedica un capítulo a los casos de apropiaciones temporales de bienes fungibles, las cuales acepta, rechaza la apropiación de dinero en el caso de depósito irregular por consideraciones formales, como es la facultad de disposición que tiene el depositario en estos casos, ergo, desde este punto de vista no podrá darse el delito de apropiación indebida en el caso de una prenda irregular ⁸⁶⁶.

Dentro de esta corriente se puede seguir el criterio de De la Mata. Este autor parte su análisis de las consideraciones formales del concepto propiedad y acepta, al igual que Majón-Cabeza, que la entrega de éste transfiere su propiedad. Por ello recurre, al criterio de la disponibilidad limitada elaborado por esta autora. Para establecer si hay delito de apropiación indebida, para saber si se lesionó realmente el bien jurídico propiedad, De la Mata interpreta y corrige este criterio desde una concepción funcional de la propiedad (concepto material). Así, desde su punto de vista, en el caso de la prenda de dinero no habrá delito porque este dinero se recibió con una disponibilidad absoluta de uso.

Debe mencionarse a Politoff, por cuanto creo que incurre en una contradicción. Él desestima la idoneidad de la prenda irregular como título para configurar el delito de apropiación indebida basado en la asimilación de este contrato al caso del depósito irregular. En otras palabras, él acepta la apropiación de sumas de dinero entregadas recurriendo, por distintas razones, a la negación de la aplicación del concepto civil de lo ajeno y, en consecuencia, sosteniendo que cada vez que se recibe el dinero por depósito irregular ⁸⁶⁷ (habiendo el depositario usado el dinero recibido sin autorización para usarlo, o habiendo mediado autorización de uso o silencio del depositante, se usa y no se restituye, o sin usarlo se niega a restituirlo), mandato, comisión y administración ese dinero sigue siendo propiedad del que lo entrega. Sin embargo, al tratar la prenda irregular y el mutuo, niega el delito por cuanto en estos casos si habría mediado el traspaso de la propiedad del dinero.

Paradójicamente, Politoff al tratar la prenda de dinero señala que el depósito irregular es un título traslativo de dominio ⁸⁶⁸ y, por tanto, en el caso de una prenda de dinero no habrá apropiación indebida. Pero luego, en una evidente contradicción, al tratar específicamente el caso del depósito irregular, él distingue los casos de depósitos irregulares en los que habría actuado éste como título traslativo de dominio eliminando la posibilidad de delito, de aquellos casos en que el depósito irregular no actúa como título traslativo de dominio y permite que se configure el delito. Debe mencionarse que Politoff, a pesar de reconocer al depósito irregular como título traslativo de dominio cuando se

⁸⁶⁶ Ob. cit., p.78 a 80 y p.95 y ss.

⁸⁶⁷ “El delito...”, p.179 y p.194-195.

⁸⁶⁸ “El delito...”, p.176.

recibe el dinero depositado con autorización de uso, no se use y se niegue su restitución, admite que en estos casos se puede dar el delito de apropiación indebida. Queda de manifiesto que en este caso se pena un incumplimiento de contrato y no la vulneración de la propiedad.

Etcheberry, señala que si el dinero se recibe en prenda sin ningún medio de protección, la prenda en operará en este caso como un título traslativo de dominio y no habrá delito ⁸⁶⁹.

Cabe consinar, finalmente, que Matus y Ramírez, Labatut y Garrido Montt no tratan el caso de la prenda.

14.- El arrendamiento

Esta titularidad no figura dentro de la enumeración del art.470 N°1 de nuestro código, ni en ningún otro código de los mencionados en este trabajo. Si figuraba en el antiguo art. 408 del CP francés que tipificaba el delito de abus de confiance, como hace presente Quintano R ⁸⁷⁰.

Según el artículo 1915 del CC el arrendamiento es un contrato que consiste en “que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Obviamente en el contrato de arrendamiento la cosa es recibida reconociendo dominio ajeno, y esto ocurre en los mismo términos del inciso 2º del artículo 714 del CC que trata de la mera tenencia.

Prueba de lo anterior lo encontramos en los artículos 1938 y 1947 del CC. El primero de los mencionados artículo establece que “Él arrendatario es obligado a usar la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá en consecuencia hacerla servir a otros objetos que los convenidos...”. El segundo de los citados preceptos señala que “El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento”.

Politoff ⁸⁷¹ cita estos artículos y dice, además, que prueba de la mera tenencia se encuentra en el hecho que el arrendatario debe pagar al arrendador la renta de arrendamiento, este pago reconoce el dominio del arrendador.

La idoneidad del arrendamiento de cosa mueble no esta puesta en duda por la doctrina mayoritaria, así por ejemplo; Politoff, Quintano R., Sainz-Pardo, Conde-Pumpido, González Rus, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, Pérez Manzano, Moreno y Marchena, Muñoz Conde, Donna, etc ⁸⁷².

⁸⁶⁹ Ob. cit., t.III, p.434.

⁸⁷⁰ Ob. cit., p.963.

⁸⁷¹ “El delito...”, p.211.

Cuando invierte su título el arrendador y procede a realiza actos de disposición sobre los bienes muebles como si fuera propietario de estas, comete el delito de apropiación indebida.

Si una persona arrienda una cosa consumible y se autoriza su utilización y goce, obviamente el arriendo hará que la cosa se consuma y, en dicho caso, personalmente creo que el contrato deja de ser el arriendo y pasa a ser idéntico al mutuo. Politoff⁸⁷³ dice que en este caso el contrato sería idéntico al mutuo o al depósito irregular. Digo que el arrendamiento se parecería en este caso al mutuo porque en el arrendamiento existen dos obligaciones básicas que son recíprocas, la del arrendador consistente en entregar la cosa y la del arrendatario de pagar la renta de arrendamiento. En el mutuo ocurre lo mismo, por un lado el mutuante se obliga a prestar el dinero y el mutuario se obliga a restituir el dinero pagando un interés. En cambio en el depósito irregular, no existe esa obligación de pagar un interés, aun cuando en la costumbre bancaria se lleve a cabo. Meza Barros no comparte la opinión de Politoff, cuando señala; “Solamente no son susceptibles de arrendamiento: a) las cosas cuyo arriendo la ley prohíbe; b) los derechos personalísimos, y c) las cosas consumibles de las que no puede hacerse un uso acorde con su naturaleza son que se destruyan, puesto que es esencial que la cosa debe ser restituida al término del contrato”⁸⁷⁴.

Cuando se arrienda un inmueble que incluye bienes muebles, ¿el arrendatario que se apropia de dichos bienes muebles comete apropiación indebida?.

Politoff⁸⁷⁵ recuerda que en nuestro Código Civil existe una norma que da solución a estos casos. El artículo 1984 señala;

“Siempre que se arrienda un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas la utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio, al fin del arriendo igual número de cabezas de las mismas edades y calidades”.

“Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades y calidades dichas para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero”.

En este caso el arrendatario se hace dueño de los animales (o sea de especies muebles).

Politoff hace presente que esta es una norma excepcional y que si no se verifica el arrendamiento en las particulares condiciones del art.1984, la actuación con ánimo de señor y dueño sobre bienes muebles que se encuentran dentro del inmueble arrendado

⁸⁷² Politoff, “El delito...”, p.210; Quintano R., ob. cit., p.963; Sainz-Pardo, ob.cit., p.109; Conde-Pumpido, ob.cit., p.92; González Rus, ob. cit., p.704; Rodríguez Devesa, “Derecho...”, p.408.; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, ob.cit., 409; Pérez Manzano, “Compendio...”, p.486.; Moreno y Marchena, ob. cit., 57; Muñoz Conde, ob.cit., 14ª edición, p.432; Donna, ob.cit., p.367.

⁸⁷³ Ob. cit., p.210.

⁸⁷⁴ Ob.cit., t.I, p.196 y ss.

⁸⁷⁵ Ob.cit., p.211.

configura el delito de apropiación indebida. Comparto plenamente esta opinión, y así estimo que el arrendatario que se apropia de bienes muebles que se encuentran guarnecidos en el inmueble comete apropiación indebida, salvo el caso del citado artículo 1984.

No existe en la legislación española una norma paralela a este art.1984, lo cual ha generado dudas.

Estas dudas las pone de manifiesto Quintano cuando dice que la "..., incertidumbre sobre la pertenencia de la adecuación típica a tales formas contractuales, mejor dicho, a alguna de ellas, en que la contradicción de los fallos es, por así decir, la sola constante...Me refiero, claro esté, a las cuestiones surgidas en torno a los apoderamientos de cosas muebles en los arrendamientos de inmuebles, notablemente a los frutos por parte de los arrendatarios, ya que en los alquileres de cosas muebles no hay duda alguna de que su apropiación integra plenamente la tipicidad del artículo 535, extremo en que la praxis jurisprudencial es unánime...Son los aludidos arrendamientos rústicos los que han motivado mayores vacilaciones y contradicciones, también en la doctrina científica, brindándose en ella una triple solución; la de relegar el apoderamiento indebido de frutos al ámbito de la ilicitud civil, como incumplimiento de cláusula contractual, la considerarse como un hurto al constituir efectivas sustracciones de cosas muebles ajenas, y, en fin, la de acudir al tipo de apropiación indebida, habida cuenta la posesión en que las tiene el arrendatario, carente, en cambio, de título dominical".

"No estimo que sea posible resolver teóricamente el problema en uno u otro sentido, ya que es preciso tomar cuenta las características de cada sistema legislativo, tanto en materia de arrendamiento, como en la de configurar la apropiación indebida o el hurto, por lo que prefiero prescindir de lucubraciones doctrinarias y enfocar de modo directo el asunto con arreglo a nuestra dogmática civil y penal, para procurar tan deseable como ardua armonía"⁸⁷⁶.

Sainz-Pardo, por su parte, también reconoce este problema. Él dice; "El objeto del contrato es una cosa inmueble, pero la problemática gira en torno no de esos inmuebles sino sobre los frutos o productos que se encuentran o producen en el citado bien inmueble. La regulación tanto legal como contractual de esos productos hace que el tema plantee especial problemática. Como observa QUINTANO, ningún problema plantea el apoderamiento que se realice sobre los frutos del inmueble, que sean del dominio del arrendatario. Ni tampoco pienso que se pueda apreciar el delito del 535 en el supuesto que los frutos apoderados fueran la especie pactada en la que se debiera satisfacer la renta. En todo estos supuestos en todo caso existirá un incumplimiento de una obligación contractual, el pago de la renta, ya sea en dinero, ya sea en especie. Problema semejante a la falta de pago en los arrendamientos urbanos"

"Especial problema plantea el apoderamiento de aquellas cosas, como por ejemplo, los rastrojos, pastos, caza..., que no han sido expresamente pactadas en el contrato. El disfrute de estos aprovechamientos espontáneos o secundarios de la finca..., debe entenderse que si no se presume el consentimiento tácito del arrendador, caso frecuente,

⁸⁷⁶ Ob.cit., p.963 y ss.

en todo caso podría constituir una falta o delito de hurto”⁸⁷⁷ .

Nos quedan por tratar 3 temas relacionados con el contrato de arrendamiento. El primero, el es derecho legal de retención; el segundo es el arrendamiento de obra y, el tercero, el arrendamiento de servicios.

El derecho legal de retención es definido en el artículo 1937 CC de la siguiente forma; “En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador”.

Como sostiene Politoff⁸⁷⁸ , el ejercicio de este derecho es incompatible con el ánimo de señor y dueño, porque el derecho legal de retención es de carácter temporal y el ánimo de señor y dueño es definitivo, por esta razón no puede cometerse el delito de apropiación indebida.

Es mismo Politoff se encarga de explicar que la facultad que le concede el inciso 2º del artículo 1942 del CC al arrendador. Este inciso señala que “Podrá el arrendador, para seguridad de este pago, y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecen; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria”.

Según este autor, el arrendatario tiene un derecho legal de retención, porque previamente tuvo la cosa (retiene el que previamente tiene), en cambio el arrendador si nada tenía, menos podía retener. Por eso para Politoff, el arrendador no tiene un derecho legal de retención⁸⁷⁹ , sino que su situación es similar a la del acreedor prendario asumiendo la tenencia para asegurarse el pago de lo debido. Por eso las apropiaciones en que el arrendador incurra en el ejercicio de esta facultad serán constitutivas del delito de apropiación indebida.

El arrendamiento de obra es “aquel que consiste en que las partes se obligan mutuamente, la una a ejecutar una obra material y la otra a pagar por ella un precio determinado”. “La persona que toma a su cargo la ejecución de la obra se denomina, en general, artífice”⁸⁸⁰ .

Este contrato se contempla en la definición del arrendamiento, en el art.1915 del CC, cuando se habla de “ejecutar una obra”.

Este contrato puede importar un contrato de compraventa o un contrato de arrendamiento, según las circunstancias. Será una compraventa si el artífice suministra la materia para la confección de la obra (art.1996 inc.1º), en cambio si la materia es suministrada por el que encarga (gestor) la ejecución de la obra el contrato será de

⁸⁷⁷ Ob.cit., p.110.

⁸⁷⁸ “El delito...”, p.212.

⁸⁷⁹ Meza Barros, ob. cit., t.I, p.217, estima que en este caso estamos frente a un derecho legal de retención.

⁸⁸⁰ Meza Barros, id., p.276.

arrendamiento (art.1996 inc.3º). Ahora bien, si ambas partes suministran la materia, el contrato será de compraventa o arrendamiento según cual de ellas suministre la parte principal(art.1996 inc.4º).

Teniendo presente esta distinción que hace el legislador, Politoff ⁸⁸¹ señala que si en el contrato es el artífice el que suministra el material, habrá una venta y, por tanto es imposible que se dé en este caso el delito de apropiación indebida porque no puede haber apropiación del material que le es propio al artífice. Ahora bien, si el material lo suministra el que encarga la obra, habrá un arrendamiento de obra y, por tanto, en este caso el artífice puede incurrir en el delito de apropiación indebida respecto del material que le es entregado cuando no los destina al fin predeterminado.

En España las cosas cambian, en primer lugar, el artífice se llama contratista y el gestor se llama comitente. Ahora bien, allá también puede ser que el material lo proporcione el contratista o artífice, o el gestor o comitente. Sainz-Pardo señala que; “Sólo puede ser el marco adecuado si el comitente proporciona los materiales. En este caso, como recoge la S. 16-5-1973, nos encontraríamos con que el contrato adquiere una complejidad mayor, “entrando dentro de los contratos llamados combinados o generales, en los que junto a la ejecución de la obra, aparece un contratode comodato o mandato, que sin la transmisión de la propiedad, obligan a la entrega o devolución, una vez efectuadas las obras contratadas” ⁸⁸² .

Finalmente nos queda tratar caso del contrato de arrendamiento de servicios. En doctrina civil este contrato se refiere a los servicios inmateriales que incluyen servicios en los que predomina la inteligencia por sobre de la mano de obra (art.2006); aquellos que consisten en una larga serie de actos (art.2007) y, finalmente, los servicios prestados por profesionales (dice el art.2021 que “Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el art.2118 se sujetan a las reglas del mandato”) ⁸⁸³ . También existe un cierto tipo de servicios que se denomina arrendamiento de transporte (art.2013 inc.1º).

Etcheberry ⁸⁸⁴ trata el arrendamiento de servicios como un caso de arrendamiento ejecución de una obra, estimando que habría delito en el caso que el gestor entrega el material al artífice. Creo que esto es un error debido a la confusión de las clases de arrendamientos.

Silva Castaño señala que la jurisprudencia rechaza la idoneidad del arrendamiento

⁸⁸¹ Ob.cit., p.212.

⁸⁸² Ob.cit., p.111 y ss.

⁸⁸³ Moreno y Marchena, ob. cit., p.59 y ss. Citan dos casos en que abogados se apropian de sumas de dinero de sus clientes. El primero de los casos fue sancionado por apropiación indebida al cobrar un dinero girado por un tribunal e ingresarlo a su patrimonio, dinero que fue girado por el tribunal al querellante y que no recibió. El segundo caso se refiere a una provisión de fondos hecha por un cliente a su abogado, aquí se estimó que no había delito porque una provisión de fondos no es un presupuesto cerrado y definitivo, no teniendo por qué coincidir con el importe último de los servicios profesionales, los cuales son susceptibles de grandes variaciones.

⁸⁸⁴ Ob.cit., t.III, p.434.

de servicios como título que pueda configurar la apropiación indebida ⁸⁸⁵ .

Conde-Pumpido sostiene que este tipo de contrato de arrendamiento “plantea mayores problemas en atención a la naturaleza precaria de la posesión de las cosas que el arrendador pone a disposición de quien la arrienda sus servicios para el cumplimiento de éstos, que suele entenderse lo que constituye un “servidor de posesión”, por lo que existe tendencia a considerar como hurto la apropiación de aquellas cosas entregadas, en vez de aplicar en ese caso el tipo de apropiación indebida” ⁸⁸⁶ .

Politoff sostiene que respecto de este contrato es muy poco lo que se puede añadir; “La tenencia de cosas ajenas, por razones derivadas del servicio (materiales, inmateriales o de transporte) que eventualmente pueden conducir a un delito –a través de una apropiación-, que será de hurto o apropiación, según que el poder de hecho sobre la cosa sea una simple pretensión o una tenencia en sentido estricto” ⁸⁸⁷ .

Sainz-Pardo, más que entrar al problema de los servidores de posesión y de la órbita de custodia, entrega una regla sobre los casos que, para él, pueden dar lugar al delito de apropiación indebida; “Siempre y cuando se produzca una apropiación de los objetos *que constituyen los medios normales para el desarrollo del servicio o del trabajo* estaremos ante una apropiación indebida del art.535” ⁸⁸⁸ .

Quintano R. destaca que, en esta materia, la jurisprudencia es reacia a estimar que se da el delito de apropiación indebida por faltar uno de sus elementos básicos; “Asimismo es más uniforme la jurisprudencia en materia de arrendamiento de obras y servicios, en las que es de señalar una firme reluctancia a la aplicación del precepto punitivo de apropiación indebida...En cambio abundan los absolutorios (fallos), incluso en los que la no devolución de la suma anticipada para la obra (...), para lo que se aduce el argumento de no cumplirse la tipicidad del artículo 535, al no haberse entregado el dinero para devolverlo al receptor, sino para realizar una obra (generalmente de edificación), cuya no ejecución no engendra otras consecuencias que las derivadas del incumplimiento de las cláusulas contractuales...Argumento dogmáticamente impecable, aunque quizás un tanto formalista, pero que pudiendo aplicarse en no pocos aspectos en el tema de la aparcería, vimos que no ha determinado igual unidad de criterio” ⁸⁸⁹ .

15.- Leasing

⁸⁸⁵ Ob.cit., p.190.

⁸⁸⁶ Ob.cit., p.94.

⁸⁸⁷ Ob.cit., p.213.

⁸⁸⁸ Ob.cit., p.112.

⁸⁸⁹ Ob. cit., p.968.

El contrato de leasing, según la Circular N°239, de 09 de septiembre de 1988, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras define este contrato de la siguiente forma; “El leasing es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada “empresa de leasing”, adquiere a solicitud de la otra, denominada “arrendatario”, bienes de capital para el uso de este último, a cambio de pagos que recibirá, por un plazo determinado, pudiendo el arrendatario ejercer al fin del período una opción de compra”.

Ricardo Sandoval⁸⁹⁰ proporciona 3 definiciones del leasing, y en dos de ellas, al igual que la recién transcrita, se estima que es un contrato.

La primera de ella es la definición de Víctor Granifo. Él dice; “El leasing es un contrato en virtud del cual la compañía de leasing adquiere, a petición expresa del cliente, determinados bienes para entregárselos en arrendamiento, mediante una renta mensual y con opción para el arrendatario de adquirirlos bajo ciertas condiciones”.

La segunda definición proporcionada es la de Antonio Ortúzar; “Es el contrato en cuya virtud una empresa de leasing da en arrendamiento un bien determinado que ha elegido un usuario y que ésta adquiere para tal propósito, obligándose el arrendatario a pagar un canon periódico, por un tiempo determinado e irrevocable, en que ha asumido el arrendatario todos los riesgos y gastos de conservación de la cosa durante la vigencia del contrato y estándole permitido a su finalización optar por su adquisición a un precio predeterminado, renovar el contrato en las condiciones que se acordaren o restituir el bien”.

Por último Ricardo Sandoval, estima que esta es una figura atípica proveniente del Common Law, y la define el leasing como “Una operación financiera mediante la cual la empresa de leasing adquiere de un fabricante o proveedor de ciertos bienes de capital productivo, elegidos por un usuario determinado, con la finalidad de ceder su uso, por un plazo convenido, a este último, mediante un pago periódico y facultándolo para optar, al término de la misma, por la compra de los bienes por un precio predeterminado, por la renovación del uso bajo otras condiciones, por la devolución de sus bienes u otra opción que se estipule”.

El leasing, según R. Sandoval, se clasifica en operativo (consiste en el arrendamiento de bienes directamente por la empresa productora de los mismos), financiero (consiste en que el requirente de un bien de capital productivo, solicita a la compañía de leasing que adquiera dicho bien del fabricante o proveedor y que posteriormente le ceda el uso con opción de compra), mobiliario (es el que recae sobre bienes muebles) e inmobiliario (es el que recae sobre bienes raíces). También se clasifica en directo (se caracteriza porque permite la adquisición de un bien elegido por el usuario, que no es de uso corriente, debido a lo cual implica un riesgo de recolocación para la empresa de leasing) e indirecto o “vendor program” (tiene por objeto bienes de uso corriente y comporta un acuerdo entre el fabricante y la empresa de leasing para que ésta financie a los usuarios, garantizando el fabricante la operación con el servicio técnico y la reposición del bien si éste no funciona como corresponde).

⁸⁹⁰ “Nuevas Operaciones Mercantiles”, Editorial Jurídica Conosur, 3ª edición actualizada, Santiago 1996, p.8.

Sobre la naturaleza jurídica de este contrato Sandoval⁸⁹¹ nos señala que existen 3 teorías:

Una de ellas estima que el leasing es un contrato, y un contrato de arrendamiento.

La segunda de ellas estima que el leasing también es un contrato, pero es un contrato de mandato. De ser así, puede subdistinguirse dos situaciones, la primera de ellas es que la empresa de leasing sea el mandante y el usuario el mandatario. La segunda es que la empresa de leasing sea la mandataria y el usuario el mandante.

La tercera teoría sobre la naturaleza jurídica es la del propio Sandoval, quien estima que el leasing es una operación sui generis.

Según Sandoval si se acepta la primera teoría en el leasing se producirían “alteraciones jurídicas profundas”⁸⁹² a las obligaciones esenciales del contrato de arrendamiento. Por ello él no acepta esta teoría. Sin embargo, de aceptarse, los bienes muebles recibidos por esta vía por el “arrendatario” serían susceptible de ser apropiados indebidamente por éste.

Conde-Pumpido opta por la primera de esta 3 teorías al llamar a este contrato “arrendamiento financiero” y lo estima como título válido en el caso de leasing mobiliarios⁸⁹³. También Donna⁸⁹⁴.

Sin clasificarlo de modo alguno, Silva Castaño rechaza la idoneidad de este contrato o negocio como título configurador del delito de apropiación indebida⁸⁹⁵.

Otros, como Vives y González Cussac estiman que el leasing genera dudas en cuanto a su idoneidad como título, inclinándose ellos por la idoneidad basados en la no transferencia de la propiedad hasta que se haya efectuado el pago total⁸⁹⁶.

Desde la óptica de la segunda teoría, rechazada por Sandoval, de se hace necesario realizar la distinción referida. Si la empresa de leasing es el mandante o el mandatario.

Si la empresa de leasing fuera el mandante, el bien objeto materia de la acción sería de propiedad de la empresa y el tenedor de la cosa, el mandatario (el cliente de la empresa de leasing) podría cometer apropiación indebida. Ahora bien, si la empresa de leasing fuera la mandataria y el cliente el mandante, no se concibe la posibilidad de la configuración del delito de apropiación indebida. Sandoval estima que en este caso existiría una venta a plazo disfrazada⁸⁹⁷ y, en ese caso, no habría delito.

⁸⁹¹ Ob.cit., p.24.

⁸⁹² Ob.cit., p.23.

⁸⁹³ Ob.cit., p.94; Moreno y Marchena, ob. cit., p.63.

⁸⁹⁴ Ob.cit., p.367.

⁸⁹⁵ Ob.cit., p.190.

⁸⁹⁶ “Derecho...”, 3ª edición, 1999, p.471.

Desde la óptica de R. Sandoval, el leasing es un contrato sui generis, un negocio jurídico abierto, nacido en Common Law y que presupone un concepto de propiedad o de dominio distintos a los manejados en los países de tradición románica. Dice Sandoval; “En efecto, en el derecho angloamericano interesa ante todo la facultad de usar la cosa, de obtener provecho de ella, más que la prerrogativa de disponer de la misma, que da al dominio el carácter de “señorío”. En consecuencia, el leasing logra dar al usuario la finalidad económica que este persigue, *usar y gozar del bien*, de tal suerte que la alternativa de llegar a ser dueño absoluto puede diferirse en el tiempo”⁸⁹⁷.

Entendida de esta forma el leasing, la figura de la apropiación indebida se podría ver desfigurada, ya que el sujeto activo del delito sería propietario de la cosa (no fungible), pero un propietario con disponibilidad limitada, pero con plenas facultades de uso y goce, así que en el evento que se entienda que el delito materia de autos protege dos bienes jurídicos, como son la propiedad y el patrimonio, podríamos estar ante un delito de apropiación indebida (Majón-Cabeza), si el autor dispone de la cosa, no si la usa o goza de ella. En cambio si se entiende que el bien jurídico es sólo la propiedad (Sainz-Pardo), no habría delito.

Si, en cambio, podríamos estar ante un delito de administración desleal, dependiendo si existe alguna obligación de administrar de determinada forma durante la vigencia del contrato. Sin embargo ello no ocurre en este caso, no existe obligación de administrar la cosa de forma alguna, sino que nacerá la obligación de restituir ante el pronto vencimiento del contrato (la penúltima cuota).

16.- Comodato

El artículo 2174 del CC define este contrato de la siguiente forma; “El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminado el uso”.

Las partes se denominan comodante o comodatario.

Este es un contrato real (arts.1443 y 2174 inc.2º del CC), unilateral y gratuito.

Meza Barros dice; “El comodato es un título de mera tenencia y el comodatario es un mero tenedor”.

“El comodante conserva el dominio de la cosa y todos sus derechos en ella, compatibles con la facultad de gozarla el comodatario. El art. 2176 expresa: “El comodatario conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario”.

⁸⁹⁷ Ob.cit., p.24.

⁸⁹⁸ Ob. cit., p.25.

“El comodatario no sólo conserva sus derechos en la cosa, conserva asimismo la posesión. El art. 725 previene que el conserva la posesión, “aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructuo, o a cualquiera otro título no traslativo de dominio”⁸⁹⁹.

El comodato, por regla general, recae sobre bienes no fungibles, pero puede recaer sobre bienes fungibles, dependiendo ello de la voluntad de las partes. Ahora, si el préstamo recae sobre un específico bien fungible, dinero, el contrato pasa a llamarse mutuo o préstamo de dinero.

La doctrina es unánime en cuanto al hecho que este contrato es un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida⁹⁰⁰. Al respecto es interesante un fallo reciente de la E.C.S. de 05 de enero de 2004 por el cual fue absuelto un sujeto que recibió en préstamo de uso un bien mueble (el sujeto pidió prestado el rifle de palanca marca Winchester modelo 1873 para ir a casar al sur) el cual, cuando fue requerido por su legítimo propietario, el tenedor fiduciario se rehusó a devolver explicando que le había sido hurtado del vehículo que conducía su cónyuge. Esta sentencia estimó que aquí se estaba en presencia de un incumplimiento civil y no un ilícito criminal. Hubo voto de minoría que estimó que en dicha causa se estaba en presencia de un delito de apropiación indebida porque la causal por la cual se absolvió al tenedor fiduciario y que él invocó nunca fue acreditada durante la tramitación de la causa⁹⁰¹.

Existen diversas situaciones que se deben tratar en relación a este contrato.

La primera de ellas es la que tratan Ure, Politoff (quien sigue a Ferrer Sama), Etcheberry y Quintano R., atañe al problema del comodato y la esfera de custodia, y es el caso del libro prestado por una biblioteca⁹⁰².

Estos autores hacen presente la necesidad de realizar una distinción en este caso, según se entregue el libro para leerlo en el domicilio o se entregue para leerlo dentro del recinto de la biblioteca. Politoff, estima que si hay apropiación, el primer caso constituiría una apropiación indebida y el segundo un hurto. Él fundamenta de esta distinción la sistematiza, al igual que Ure, en el aporte de Angelotti. Dice Politoff; “En efecto, mientras en el primer caso no cabe duda que ha existido una “entrega fiduciaria”, en el segundo hay una mera “presión” bajo la custodia del derechohabiente”. Etcheberry califica esta presión como una “tenencia material”.

Al igual que Ure, Politoff trata el tema del comodato de armas ofensivas o de toda

⁸⁹⁹ Ob. cit., t.II, p.9 y ss.

⁹⁰⁰ Conde-Pumpido, ob. cit., p.97; Politoff, “El delito...”, p.187 y ss.; Ure, ob.cit., p.293; Etcheberry, ob.cit., t.III, p.434; Quintano R., ob.cit., p.961; Sainz-Pardo, ob.cit., p.113; Rodríguez Devesa, “Derecho...”, p.408; Silva Castaño, ob.cit., p.187; Donna, ob.cit., p.367; Mestre, ob.cit., p.276; Calderón y Choclán, ob.cit., p.824; González Rus, ob.cit., p.704; Muñoz Conde, ob.cit., 14ª edición, p.432, entre otros.

⁹⁰¹ Gaceta Jurídica, año 2004, enero, N°283, p.170 y ss. Causa caratulada contra José Ignacio Vergara Ortiz.

⁹⁰² Ure, ob.cit., p.307 y ss.; Politoff, “El delito...”, p.187; Etcheberry, ob.cit., t.III, p.434; Quintano R., ob.cit., p.963.

otra cosa que se sepa se trata de hacer un uso criminal. Esta situación es tratada en el Código Civil argentino y chileno. Nuestro art. 2184 expresa que la obligación de restitución, obligación que es de la esencia de este contrato, se suspende en estos casos. Incluso, nuestro código, además de suspender la obligación de restitución al comodante, crea una nueva consistente en la obligación de ponerlas a disposición del juez.

Para Ure este es un caso de justificación al igual que para Politoff, quien señala que el artículo 2184 del CC se enmarca en la hipótesis del art.10 N°10 del CP, el cumplimiento de un deber.

Politoff estima que en el caso del inciso 2° del art.2184 del CC no se presenta el cumplimiento de un deber, sino de atipicidad⁹⁰³. El citado inciso 2° del art.2184 se refiere al caso del comodante que ha perdido el juicio y carece de curador.

Siguiendo el análisis de Politoff⁹⁰⁴, se hace necesario tratar el caso del derecho legal de retención.

Al igual que en caso del arrendatario en el contrato de arriendo, el comodato confiere el derecho legal de retención al comodatario en el art.2193 del CC. Dice Politoff que este derecho no se conoce en la legislación civil argentina, por eso no tratan esta materia Ure, Soler, Núñez y Donna. Tampoco en la española⁹⁰⁵.

El citado artículo civil concede este derecho al comodatario con el fin de garantizar el pago por parte del comodante de las expensas e indemnizaciones que se le deban. Este mismo derecho se hace extensivo, según el art. 2183 del mismo cuerpo legal, a los casos en que el comodatario alega que la cosa es perdida, hurtada o robada a su dueño, o la cosa se haya embargado en manos del comodatario.

Para Politoff los casos de ejercicio de este derecho no están justificados en sede de antijuridicidad, sino que para él existe atipicidad del acto.

El otro caso que se puede dar, según Politoff⁹⁰⁶, es que el comodatario descubre que es dueño de la cosa prestada. En este caso se aplica el artículo 2185 del CC, es decir, a pesar que el comodatario puede actuar con ánimo de apropiación, él se encuentra amparado en el hecho que la ley expresa que la obligación de restituir cesa. Si el comodante disputa el dominio al comodatario, el comodatario debe restituir, a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece.

Queda por hablar del uso indebido en el caso del comodato y el comodato precario.

⁹⁰³ "El delito...", p.188.

⁹⁰⁴ "El delito...", p.189.

⁹⁰⁵ Díez Picazo y Gullón, ob.cit., v.II, p.403. Dicen; "La obligación de restituir es ineludible. El artículo 1.714 le niega el derecho de retención a pretexto de lo que el comodante le deba, *aunque* sea por razón de expensas, obligación del comodante de la que trataremos después".

⁹⁰⁶ "El delito...", p.190.

En el caso del uso indebido, Politoff ⁹⁰⁷ estima que estamos ante un *furtum usus* del derecho romano, que es fuente de responsabilidad civil, pero no se incluyen en el tipo del N°1 del art.470.

Tratándose de comodatos precarios, Politoff ⁹⁰⁸ estima que estos constituyen títulos idóneos, porque si bien puede darse incluso el caso que no exista contrato previo, no cesa la obligación de devolver. Esto es lo mismo que ocurre en el caso que se declare nulo civilmente el título que ampare la tenencia de una cosa, la obligación de devolver no cesa, y si no se devuelve, puede dar lugar al delito de apropiación indebida por parte del tenedor de ésta. Conde-Pumpido estima que el precario es asimilable al comodato en España, y por tanto es título idóneo ⁹⁰⁹.

Cabe hacer presente que el comodato precario pueden tener origen en los siguientes 4 casos: el primero de ellos se puede presentar cuando la restitución de la cosa puede exigirse en cualquier instante. El segundo de ellos se puede dar cuando no se ha fijado el momento de la restitución. El tercero, cuando se tiene la cosa sin contrato previo (art.2195 CC) y, finalmente, el cuarto cuando se tiene la cosa por ignorancia o mera tolerancia del dueño (art.2195 CC).

El mutuo es una hipótesis que la doctrina española trata, mayoritariamente, junto con el comodato, por razones obvias, pero que aquí trataremos de forma individual. El mutuo es un tema de tratamiento obligado en la doctrina española, como se verá, por la discusión que se generó a raíz de los comentarios de Vizmanos y Álvarez Martínez o Pacheco al código penal de 1848 ⁹¹⁰.

17.- La sociedad

La sociedad se define en el artículo 2053 del CC. Este artículo dice; “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provenga”.

“La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

La sociedad es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, además de que es generalmente consensual e intuitu personae ⁹¹¹ (estas dos características se pierden en

⁹⁰⁷ “El delito...”, p.190.

⁹⁰⁸ “El delito...”, p.190.

⁹⁰⁹ Ob.cit., p.97.

⁹¹⁰ Quintano, ob. cit., p.961; Bajo, “Manual...”, p.286 y ss; Rodríguez Devesa, “Derecho...”, p.409; Sainz-Pardo, ob.cit., p.30; Silva Castaño, ob.cit., p.30; Majón-Cabeza, ob.cit, p.115.

⁹¹¹ Meza Barros, ob. cit., t.I., p.304 y ss.

las sociedades de capitales). En casi los mismo términos Ure define este contrato ⁹¹² .

Los elementos requisitos del contrato de sociedad, además de los generales de todo contrato, son; el aporte de los socios (en propiedad o usufructuo), la participación en las utilidades (arts. 2055, 2066, 2067, 2068, 2069, 2086 y 2089), la contribución a las pérdidas (arts.2068, 2069 y 2070) y el affectio societatis.

Ahora bien, es necesario que exista un aporte, ello aparece en la definición del contrato (art.2053 CC), pero lo exige expresamente la ley en el art.2055 CC. Éste dice; “no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común”. El aporte puede ser en dinero, en otros bienes muebles, bienes raíces, en una industria o servicio o trabajo apreciable en dinero (art.2055 inc. 1º CC). El aporte debe ser a título singular (art.2056 CC) y apreciable pecuniariamente. El aporte de la cosa puede ser en propiedad o en usufructuo (art.2082 CC). En el caso que el aporte sea en propiedad, la sociedad en este caso es un título traslativo de dominio. Si el aporte es en usufructuo, el socio se obliga a otorgar a la sociedad solamente el goce de los bienes aportados. El socio será el nudo propietario y la sociedad la usufructuaria.

Existe dos grupos de autores en torno a este contrato.

Por una parte estan aquellos que estiman que la sociedad no es título suficiente para configurar el delito de apropiación indebida, y por tanto será la “yuxtaposición” (en palabras de Quintano R.) de la sociedad con otros títulos la que generará el delito (se superpondrían a la sociedad títulos como la administración, comisión o mandato). Otros, en cambio, estiman la sociedad como título idóneo para configurar este delito, sin necesidad de que exista esta yuxtaposición.

En el primer grupo encontramos a Quintano R. quien dice; “En el delito de apropiación indebida que nos ocupa, el contrato o meramente el hecho de la sociedad, en que uno de los partícipes se adueña ilegítimamente de fondos o parte de ellos que no le pertenecen, suele plantearse bajo el aspecto tantas veces aludido de la sustracción de cosas comunes, asimismo susceptible de entreñar tipicidad del hurto, o bien justificarse por la ausencia de antijuridicidad, al entenderse que la cosa común no es ajena respecto al sustractor. Para que entren en juego los preceptos de la apropiación indebida es menester, en primer término, que se tenga por el sujeto activo la posesión de la cosa o dinero objeto del apoderamiento, y en seguida, que medie la obligación de entrega o devolución. Pero como quiera que para acreditar este segundo extremo, eminentemente normativo, la relación contractual de la sociedad no suele ser suficiente, la mayor parte de los supuestos de apropiación indebida surgidos en torno al contrato de sociedad, se han incriminado bajo titularidades periféricas al mismo, aunque superpuestas a él, como son las depósito y administración coincidentes con la de socio” ⁹¹³ .

Lo anterior lo hace notar también Sainz-Pardo; “Como regla general podemos afirmar que las apropiaciones indebidas que surgen del contrato de sociedad, bien sea civil, bien sea mercantil, y en sus diversas modalidades, se realizan al tener el sujeto activo la cosa

⁹¹² Ob. cit., p.355.

⁹¹³ Ob.cit., p.968 y ss. El destacado es nuestro.

objeto de la apropiación como consecuencia de otras titularidades superpuestas al contrato de sociedad, y que se suelen castigar dado el carácter que concurre en ellos de administradores, mandatarios, etc., de los bienes apropiados. Como dice QUINTANO, la relación contractual de la sociedad no suele ser suficiente para acreditar la posesión por parte del sujeto activo de la cosa o dinero objeto del apoderamiento y asimismo la obligación de entrega o devolución”⁹¹⁴ .

En la misma línea se manifiesta Conde-Pumpido; “...es un título que en su puro significado no suele considerarse como título generador de situaciones posesorias que obliguen a entregar o devolver. Pero si surgen en torno a ellas una serie de comportamientos de apropiación de cosas ajenas y que se poseen con un fin de entrega o devolución las que, más que apoyarse en el contrato de sociedad en sí, se fundan en otros títulos de los ya examinados como la administración, comisión o depósitos”⁹¹⁵ .

Otro es Rodríguez Ramos; “Merece especial mención el contrato de sociedad, en cuyo ámbito se ha exigido como situación adecuada para incurrir en este delito que el socio se encuentre en poder de dinero o cosa, que tal posesión se deba a alguna titularidad superpuesta a la del mero socio –administrador, depositario, representante, director o gerente-, que genera obligación de devolverla, y que no exista indeterminación de derechos, complejidad, confusión o liquidación que haga imposible distinguir lo que a cada cual corresponda”⁹¹⁶ .

En el otro grupo encontramos a Viada⁹¹⁷ , Cuello Calón⁹¹⁸ , Rodríguez Devesa⁹¹⁹ , Donna⁹²⁰ , Etcheberry⁹²¹ , Muñoz Conde. Éste dice; “Respecto del contrato de sociedad no hay obstáculo legal alguno que impida que uno de los socios sea castigado por apropiación indebida cuando dispone ilícitamente de objetos del patrimonio en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos (STS

⁹¹⁴ Ob.cit., p.117. El destacado es nuestro.

⁹¹⁵ Ob.cit., p.95.

⁹¹⁶ “Manual...”, p.305.

⁹¹⁷ Ob.cit., p.523.

⁹¹⁸ Ob.cit., p.834. Eso sí, no queda claro si es la sociedad el título en sí, o la administración, por cuanto menciona la sociedad como título idóneo, pero luego en nota al pie de página N°4, señala; “Existe este delito cuando celebrado un contrato de sociedad entre dos personas una de ellas entrega a la otra como administradora del negocio una cantidad en concepto de aportación y ésta a su vez de incorporala al patrimonio social la hace suya y la aplica a sus propios,....”.

⁹¹⁹ Ob. cit., p.409. Véase también Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, ob.cit., p.409.

⁹²⁰ Ob.cit., p.367.

⁹²¹ Ob. cit., t.III, p.435. Este autor hace la distinción de las clases de delitos que se pueden presentar dentro de una sociedad, a saber, el de apropiación indebida si el socio es administrador o el administrador es un tercero y hurto si el socio no es administrador o el delito lo comete un tercero ajeno a la sociedad. No distingue eso sí, la “yuxtaposición” de que habla Quintano R.

27 junio 1975)”⁹²² .

Silva Castaño se limita a mencionar que la jurisprudencia a estimado la sociedad título idóneo, sin especificar si hay o no superposición de títulos⁹²³ .

Politoff⁹²⁴ , que adhiere a la tesis de Ferrer Sama, pertenece al primer grupo.

Politoff distingue si el administrador de la sociedad es socio o no. Si no es socio, el administrador es un mandatario, siendo aplicable a éste las reglas del mandato. Si el administrador es socio, sigue siendo administrador, pero detentando bienes ajenos, que son de propiedad de la sociedad.

Politoff menciona el caso del art. 2081 CC, por cuanto concede al socio administrador el derecho a servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros. Politoff hace presente que el art. 2081 no se refiere a dineros de la sociedad, porque como dice Claro Solar, el art. Mencionado se refiere a cosas no consumibles, porque éstas se destruyen con el primer uso y la norma supone que las cosas las puedan usar los otros socios. También menciona el art. 404 del C. de Comercio que prohíbe a los socios el uso de los fondos sociales en sus usos propios. Colofón de esto es que el socio administrador no puede desviar para fines particulares los dineros de la sociedad que se le han confiado, y si ello ocurre comete del delito de apropiación indebida.

Dice Politoff que el socio no administrador, en principio no es tenedor de las cosas sociales, de manera tal que si sae apropia de ellas comete hurto, a no ser que las tenga por un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, en cuyo caso si se las apropia, cometerá este delito.

La tesis de Politoff parte del supuesto que, para poderse apropiarse de sumas de dinero sociales por parte del socio administrador, el dinero debe ser ajeno al socio administrador. Sólo podrá el socio administrador apropiarse del algo, siempre y cuando sea ajeno a él, en este caso lo ajeno a él debe ser el dinero que tiene en su poder. Ello presupone que el dinero que tiene en su poder y le es ajeno, a llegado a ser ajeno por cuanto se acepta un concepto formal de propiedad y se desconocen las normas civiles que rigen las entregas de sumas de dinero o, aceptándolas, se maneja un concepto material de propiedad y, en consecuencia, a pesar de tener el dinero en su poder, le sigue siendo ajeno (porque la deuda valor que representa no es de propiedad del tenedor o, porque el significado económico del dinero le es ajeno).

Si el que realiza el acto de apropiación es el socio no administrador, o sea, a aquel que no se le ha entregado el dinero para que lo tenga, habrá que ver si dicho dinero lo sustrajo, en cuyo caso habrá apropiación y por tanto hurto. Si en cambio se le entregó, se aplicarán las reglas y distinciones del párrafo anterior.

⁹²² Ob. cit., 14ª edición, p.432.

⁹²³ Ob. cit., p.188.

⁹²⁴ “El delito...”, p.213 y ss.

Cabe hacer presente, desde la teoría de Silva Castaño, que parte de un concepto formal de propiedad y acepta la accesoriedad del derecho penal al derecho civil, que cada vez que se entregue dinero social (bien fungible) al administrador de ésta, éste no podrá apropiarse del dinero, porque ya le es propio (se supone que el dinero se le entregó, por ejemplo, por un título como es la administración), y por tanto no cometerá apropiación indebida, sino que administración desleal del patrimonio ajeno.

Otro tema que trata Politoff es el de las sociedades de hecho y también del contrato de asociación o cuentas en participación.

Las sociedades de hecho (arts.357 y ss. C. de Comercio) son aquellas en que existe un vicio de nulidad que la afecta (por ejemplo la omisión de la escritura social) y que de ser declarado judicialmente hace desaparecer la sociedad formándose un cuasicontrato de comunidad entre los ex socios. Esta comunidad habrá de liquidarse y ello se hará según las cuotas que a cada ex socio corresponde.

Los bienes pertenecientes a este cuasicontrato de comunidad que se formó a raíz de la nulidad pueden encontrarse administrados por un ex socio y actual comunero.

¿Estos bienes son ajenos a este comunero administrador?

Politoff estima que no, por cuanto existen 2 derechos que colisionan en este caso; por una parte el derecho absoluto que cada ex socio comunero tiene sobre su parte y el derecho que cada ex socio comunero tiene sobre la cosa común. En este caso, las cosas que administra el ex socio comunero no le son ajenas y, por tanto, no se podrá configurar el delito de apropiación indebida. Otros autores, como Bavillán, citado por Politoff, estiman que la parte que exceden la cuota de cada ex socio comunero le son ajenas a éstos y pueden apropiarse de ellas.

Es menester preguntarse si durante la existencia de la sociedad de hecho puede cometerse el delito de apropiación indebida. Para ello Politoff se basa en la memoria de los srs. Espinoza y Valenzuela. Según estos últimos durante la vigencia de la sociedad de hecho no puede haber apropiación indebida de bienes sociales, salvo al término, liquidación y disolución de la sociedad. Politoff estima que esta cita es correcta sólo en cuanto se entienda que habrá apropiación indebida respecto de los bienes que, no siendo de la propiedad del ex socio comunero por no haberle tocado en la liquidación, se encuentran en su poder y se los apropia. Ahora bien, la cita es incorrecta si se entiende que, después de la liquidación, se pueden perseguir apropiaciones ocurridas en el pasado.

Pero ¿qué pasa con el hecho que todos los ex socios actuales comuneros son propietarios de la cosa común?, ¿se puede decir que la cosa común es totalmente ajena para el que la tiene o administra?

La respuesta pasa por la naturaleza del bien común, dependiendo si es fungible o no.

Si el bien es no fungible, la cosa será común a todos (o lo que es lo mismo, no es ajena) y por tanto se puede aplicar plenamente el razonamiento de Politoff.

En cambio, si el bien es fungible es necesario distinguir.

En el caso de una sociedad de hecho, si el bien común consiste en una suma de

dinero, el ex socio comunero que lo tenga en su poder podrá ser considerado propietario de él desde un punto de vista formal de la propiedad y de accesoriadad del derecho penal a los postulados del derecho civil (concepto de ajeneidad). En este caso, obviamente, existe un deber de administrar fielmente dicha suma de dinero mientras existe la comunidad y de no perjudicar a los restantes comuneros. En dicho caso, de no ser así, estaremos frente a un delito de administración desleal del patrimonio ajeno (teoría de Silva Castaño).

Si el concepto de propiedad que se maneja es material y se respeta el concepto de ajeneidad civil, ante una situación idéntica a la anterior en la que el bien común es dinero, podrá haber apropiación de dicho dinero si se estima, por ejemplo, que la apropiación recae no sobre las monedas o billetes físicamente sino sobre su valor económico.

Finalmente toca tratar el tema de la asociación o cuentas en participación. Este contrato se encuentra regulado en el C. de Comercio 507 y siguientes.

Se define en el art. 507 como aquel contrato por el cual “dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que deba ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

Luego, el art. 510 sostiene que “el gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación”.

No se acepta la idoneidad de este título para configurar una apropiación indebida. El artículo 510 lleva a la doctrina a este solución.

Lo hace presente Quintano R. trata este tema y señala; “Un grave obstáculo para ello, en el orden civil, es el de que en tal contrato se constituye al gestor en dueño pleno del negocio, que a su vez es ajeno para los cuentaparticipes, y al ser así es evidente que no se dan, al menos con claridad apetecible los supuestos básicos de apropiación indebida, sobre todo el de la ajeneidad de la cosa, que al ser entregada pasa a integrar el caudal del gestor sin autonomía alguna, confundido en un todo con el propio”⁹²⁵.

También lo hace presente Politoff; “Se nos ocurre que si, para ciertos efectos externos, el principal es reputado *único* dueño, ello importa que, en verdad y para los demás efectos, *no lo* es. Desde que no hay *sólo un* propietario, habrá que concluir que existen otros, resultando en suma una *copropiedad*...Esta “sociedad” que, a virtud del artículo 508 del Código de Comercio, “no esta sujeta en su formación a las solemnidades prescriptas para la constitución de sociedades”, por lo cual no es persona jurídica y carece de patrimonio propio, consiste, para sus relaciones internas en una *comunidad*, al igual que las sociedades de hecho (en que se ha omitido la escritura social o la inscripción)...De manera que, al efecto de decidir una eventual incriminación por apropiación indebida respecto del gestor de una “cuenta en participación”, debemos referir el interrogante a lo que expusiéramos a propósito de la comunidad, concluyendo, así, que la “disposición indebida” de parte de gestor condóminio no queda comprendida en la órbita en que rige aquella figura delictiva, la que se aplica tan sólo a tenedores de

⁹²⁵ Ob. cit., p.970.

cosas ajenas que comienzan a poseer con “animo rem sibi habendi”, subvirtiendo su título precario”⁹²⁶ .

Creo que aquí se puede aplicar también; en primer lugar la distinción del concepto de propiedad, formal o material; en segundo lugar, la adhesión a la corriente pancivilista o autonomista del derecho penal y, finalmente, la distinción entre bienes fungibles y no fungibles.

Si el bien es fungible y esta en manos del gestor, se acepta un concepto formal de propiedad, se adhiere a la tesis pancivilista y se acepta que el art. 470 N°1 del CP contiene 2 tipos penales distintos, se puede configurar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno.

Ahora bien, si se acepta el concepto formal de propiedad, la tesis pancivilista del derecho penal y se cree que dicho bien fungible, que se encuentra en manos del gestor, es copropiedad de todos los partícipes, significa que no habrá delito de apropiación indebida. El hecho de partir de la base que se acepta la aplicación de los postulados civiles en el ámbito penal, de forma incólume, y luego estimar que el dinero es copropiedad de todos los partícipes, es una contradicción insostenible. Para salvar esta contradicción debe cambiarse el concepto formal de propiedad por uno material y, además, acuñar un concepto de ajeneidad penal o, por lo menos, partir de un concepto civil de ajeneidad como lo hace en Alemania Sax para determinar la posición jurídico formal, pero no el poder jurídico⁹²⁷ .

18.- Usufructuo

Este es una desmembración del derecho real de dominio, por ello en el derecho civil se le conoce como limitaciones del dominio o derecho real limitado.

El usufructuo es un derecho real que se encuentra definido en el artículo 764 del CC; “El derecho de usufructuo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

Dicen Alessandri y Somarriva en los apuntes de Vodanovic; “Por lo general, las facultades del dominio, uso, goce y disposición, se ejercen por una misma persona. Pero puede ocurrir que el uso y goce sean ejercidos por un sujeto y la facultad de disponer, por otro. En tal caso, el primero tiene un derecho de goce sobre la cosa, y puede corresponderle en virtud de una relación creditoria con el dueño o en razón de un derecho real, según su derecho de goce sea personal o real”.

“El derecho *personal* de goce existe merced a un vínculo jurídico que une al titular

⁹²⁶ “El delito...”, p.217 y ss.

⁹²⁷ Véase De la Mata, “Tutela...”, p.353 y ss.

con el dueño de la cosa; este último, cumpliendo con su obligación, pone el bien a disposición del primero para su disfrute. Así sucede, por ejemplo, en el arrendamiento y en el comodato: el arrendatario y el comodatario, meros detentadores de cosa ajena, disfrutan de ésta en virtud del respectivo contrato”.

“El derecho *real* de goce no implica ningún vínculo jurídico entre su titular y el dueño de la cosa: el primero goza de ella por obra de su derecho, que lo coloca en relación directa con su bien. Por tanto, el propietario no está obligado a realizar ningún acto para poner la cosa a disposición del titular del derecho de goce”

“El usufructuo, como el fideicomiso, supone necesariamente dos personas: el *usufructuario*, que tiene las facultades de uso y goce de la cosa, y el *nudo propietario*, que si bien está desnudo del uso y del goce, tiene la facultad de disposición...La persona que crea, establece o da origen al usufructuo se llama *constituyente*”⁹²⁸.

Las características del usufructuo son que es un derecho de goce completo (usar –ius utendi- y gozar –ius fruendi-), real, constituye una limitación al derecho de dominio, es temporal, intransmisible, sujeto a plazo y sobre cosa ajena.

Son principalmente el hecho que sea un derecho temporal, sujeto a plazo y sobre cosa ajena (reconociendo dominio ajeno), lo que produce la obligación de entregar o restituir que da lugar al delito de apropiación indebida.

Además, de la propia definición legal se desprende que este derecho puede recaer sobre un bien no fungible, en cuyo caso se llama usufructuo, y si recae en un bien fungible se denomina cuasiusufructuo o usufructuo imperfecto⁹²⁹.

El artículo 714 de nuestro CC se encarga de establecer que el usufructuario es mero tenedor de la cosa.

El usufructuario tiene una cosa no fungible en calidad de mero tenedor, reconociendo dominio ajeno y con la obligación de restituir dicha cosa en especie o cuerpo cierto a su propietario.

En el caso del cuasiusufructuo, el bien fungible es recibido en propiedad, por lo que desde el punto de vista de Politoff el cuasiusufructuo actúa como título traslativo de propiedad y, por ende, no puede darse el delito de apropiación indebida.

Es interesante rescatar que Politoff reconoce esta traslación de la propiedad de la suma de dinero recibida en el cuasiusufructuo u mutuo para poder destipificarlas y, en cambio, en caso de mandato, administración o comisión la niega para poder sancionar en esos casos las conductas de apropiación. Lo mismo ocurre con Etcheberry.

Desde el punto de vista formal de propiedad, pancivilista y adhiriendo a la tesis que el art. 470 N°1 del CP alberga dos tipos penales, en los casos de cuasiusufructuo podría darse el delito de administración desleal del patrimonio ajeno. Sin embargo, ello no ocurre, por cuanto el tenedor de la suma de dinero no tiene obligación alguna de administrar dicha suma de dinero de forma alguna durante la vigencia del

⁹²⁸ Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “Tratado de los derechos reales”, t.II, p.125.

⁹²⁹ Ure, ob. cit., p.378.

cuasiusufructuo, sino que tiene al igual que el depositario la obligación de devolver, obligación que nace al momento de terminar el cuasiusufructuo, y no antes, pero esa devolución debe hacerse en el plazo pactado, que favorece al cuasiusufructuario, razón por la cual no se puede decir que el cuasiusufructuario tenía obligación alguna de administrar dicho dinero.

Partiendo de un concepto material de propiedad y autonomista del derecho penal, en especial de un concepto de ajeneidad propiamente penal, se podría cometer una apropiación sobre dicha suma de dinero entregada en cuasiusufructuo, pero aquí entra en colisión el hecho de que civilmente la suma entregada deja de ser ajena para el tenedor de la suma de dinero y que, además, este ordenamiento iusprivatista le reconoce libre disponibilidad al tenedor de dicha suma de dinero. Si se optara por esta vía material y autonomista, y se desconocen los postulados civiles (ajeneidad y libre disponibilidad), se sancionarían incumplimientos de obligaciones civiles, lo que se encuentra prohibido por pactos internacionales, como el de San José de Costa Rica, reconocido por nuestra CPE en su artículo 5°.

En España la figura del cuasiusufructuo no se conoce, sino que se conoce la figura del usufructuo de disposición. Dice el art.467 del CC español; “El usufructuo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Así, el usufructuo de disposición es aquel “en el que el título de constitución del usufructuo dispensa al usufructuario del deber de conservar la cosa, autorizándole a disponer de ella, ya libremente si lo estima necesario (...). En este caso, y sin perjuicio de los problemas civiles que esta figura plantea, la facultad de disponer de la cosa excluye la posibilidad de que su ejercicio pueda constituir apropiación indebida, incluso en el supuesto en que la autorización de disponer no implique la de consumir, sino que obligue al nudo propietario al final del usufructuo el valor de lo dispuesto, ...”⁹³⁰.

Tratándose de bienes no fungibles, dice Politoff, “Del mismo modo que la obligación de restituir la cosa empeñada (...) no nace del derecho real de prenda, sino del *contrato* que es causa jurídica de la tenencia y de dicha obligación, no es el derecho real de usufructuo el título de que arranca la tenencia del usufructuo y su obligación de devolver. Si así fuera, habría que agregar a las fuentes tradicionales de toda obligación, el aludido derecho real, lo que es absurdo...Diversa es la calidad que inviste el usufructuario, según se trate de un *derecho real de usufructuo*, de que es propietario, o de la cosa *corporal fructuaria*, de que es mero tenedor”.

Las formas de constituir el usufructuo según la doctrina son; “...usufructuo *legal* (constituido por ley), *voluntario* (constituido por la voluntad del hombre, sea por acto entre vivos o por testamento) y *mixto* (adquirido por prescripción)...Habría que agregar la *sentencia judicial* cuando el juez fija como pensión alimenticia un derecho de usufructuo, uso o habitación sobre bienes del alimentante a favor del alimentario”⁹³¹. Pero estas formas de constituir el derecho real de usufructuo no coinciden necesariamente con el

⁹³⁰ Conde-Pumpido, ob. cit., p.89. En el mismo sentido Sainz-Pardo, ob. cit., p.119.

⁹³¹ Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Id., p.137.

título por el cual nace la obligación de entregar o devolver que exige la ley en el tipo penal.

Según Politoff, es necesario distinguir las formas de constituir el derecho real de usufructo de la forma de constituir la mera tenencia sobre la cosa que genera la obligación de entregar o devolver; “La *entrega* de la cosa es *la tradición del derecho real* (...), pero *simple entrega* (...) respecto de la cosa misma. Por otra parte, la *venta* o *donación* del usufructo son *títulos traslaticios* el mencionado derecho real, más revisten a la vez la significación de *causa jurídica* (título) de la *mera tenencia* de la cosa fructuaria y de la obligación de restituir... Cuando el usufructo se constituye por *acto testamentario*, el modo de adquirir el derecho real de usufructo es la sucesión por causa de muerte y el título consiste en el respectivo testamento. La tenencia de la cosa ajena y la obligación de devolver no se causan jurídicamente en el acto testamentario, sino en el *cuasicontrato de aceptación de la herencia o legado*... Si la forma de constituir el usufructo es la *prescripción*, nadie podría pretender que la obligación de restituir y la tenencia de cosa ajena *nacen* con el cumplimiento del plazo correspondiente de posesión del derecho real. Durante todo el lapso en que se poseyó este derecho había ya la tenencia de la cosa fructuaria, con obligación de restituir al dueño de ésta..., pero la tenencia de una cosa ajena y la obligación de restituirla al nudo propietario (...) hallan su fundamento jurídico en el *contrato*,... El contrato causó jurídicamente la entrega y, por ende, la obligación de restituir... Finalmente, cuando es *la ley* fuente del derecho de usufructo, lo es también de la tenencia y de la obligación de devolver”⁹³².

19.- El Mutuo

Este título ya lo hemos tratado, de una u otra forma, a raíz de los contratos de depósito irregular, mandato, comisión, administración en que media la entrega de una suma de dinero, prenda irregular y cuasiusufructo.

Sin lugar a dudas este fue el punto más discutido a mediados del siglo XIX por los comentaristas españoles. Esta discusión no se dio en nuestro país, porque nuestro CP se basó en el CP español de 1848 sin hacerse cargo de la discusión que se generó en España a raíz de la entrada en vigencia de este código. Mucha de esta discusión se cristalizó en la redacción del CP español de 1870.

El inciso 2º del art. 437 del CP de 1848 decía, luego de definir el hurto en el inciso 1º, “Los que con ánimo de lucrarse negaren haber recibido dinero ú otra cosa mueble, que se las hubiere entregado en préstamo, depósito ó por otro título que obligue á devolución ó restitución”.

Sin embargo, en el N° 1 del art. 452 señalaba; “A los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos, ó cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión, administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

⁹³² “El delito...”, p.221 y ss.

Al respecto comentaba Pacheco; “3. Detengámonos un instante en este caso. Volvamos la vista al artículo 437; leamos su segunda parte, y dígase en verdad si no parece un mismo delito el que con nombre de *hurto* allí, *estafa* ó *engaño* aquí, se castiga por el Código”

“4. Pero el mal grave, el capital de esta repetición, no consistiría en la repetición misma, cuanto en la diferencia de las penas que se imponen en un artículo y en otro”

“6. Hay, pues, no sólo repetición de un mismo delito, con nombres diversos en dos lugares del Código, sino variación, contradicción en las penas que han de imponerse á sus perpetradores”

“7. La única solución á estas dificultades estribaría en asirse á una variante de palabras, que se nota en verdad entre los artículos del Código, y decir que hay *hurto*, cuando se *niega* haber recibido, ó tener obligación de devolver la suma; y hay sólo *defraudación* cuando se apropia ó distrae *sin negarla*”⁹³³ .

Dice Quintano R.; “Ya se dijo como el Código de 1848, no ha título de estafa-apropiación, pero sí de hurto, figuró en el artículo 426 el hecho de negar haber recibido dinero u otra cosa mueble, mencionándose expresamente entre los títulos de recepción del préstamo. Lo que mereció las duras críticas de ÁLVAREZ y VIZMANOS y de PACHECO, determinantes en la desaparición del supuesto al unificarse la tipicidad bajo el nombre de estafa a partir del Código de 1870”⁹³⁴ .

Bajo Fernández y Pérez Manzano sostienen; “La Jurisprudencia de una forma arbitraria, pero coherente con lo ocurre en el derecho comparado y defiende la Doctrina, excluye del delito de apropiación indebida ciertos supuestos en los que el dinero constituye objeto material del delito e incluye otros. Así, se excluye el préstamo mutuo desde que Pacheco, y en general todos los cometaristas decimonónicos, criticaran severamente su inclusión en el Código penal de 1848”⁹³⁵ .

Viada y, luego, Groizard rechazan el mutuo como título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida⁹³⁶ , por cuanto reconocen la traslación de la propiedad que opera en el mutuo y que convierte en propietario el mutuuario. Incluso, cabe destacar que Viada era magistrado del T.S. Español y era contrario, en este punto, a la jurisprudencia mayoritaria de dicho tribunal.

Es doctrina mayoritaria el hecho que el mutuo no es título idóneo para los efectos de la apropiación indebida. Dice De la Mata; “En todo caso existe unanimidad en la doctrina en entender que tanto la compraventa, como el préstamo mutuo, como el depósito irregular –y con más dudas el contrato de sociedad- implican una transmisión de propiedad del objeto sobre el que versan, que excluye, por tanto, el presupuesto básico

⁹³³ Ob. cit., p.362.

⁹³⁴ Ob. cit., p.961.

⁹³⁵ “Manual...”, p.428.

⁹³⁶ Viada, ob.cit., p.516 y ss; Groizard, ob.cit, p.607.

de este delito”⁹³⁷ .

Así Muñoz Conde; “Por eso fue objeto de críticas por PACHECO (...) el precepto del Código penal de 1850 que castigaba como hurto el negar haber recibido dinero en préstamo y por parte de GROIZARD (...), la jurisprudencia que castigaba por la actual apropiación indebida el negar haber recibido dinero tomado a préstamo, ya que en estos casos se transmite la propiedad del dinero entregado y con ello la disposición sobre él...Por las razones ya dichas no pueden asimilarse a estos títulos el contrato de préstamo o mutuo, porque transmite la propiedad,...”⁹³⁸ .

También Conde-Pumpido; “b’) En lo que hace al mutuo o préstamo de consumo, hoy, desaparecida la referencia que a su no devolución hacía al Código penal de 1848 (...) se entiende que, como las cosas fungibles prestadas se incorporan al patrimonio del prestatario, que solo adhiere la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, la apropiación de los recibido va implícita en el contrato. Precisamente la etimología del mutuo (del latín “*meum*”-“*tuum*”) alude al hecho de que “lo mío se hace tuyo”, esto es, se trasmite la propiedad. Por lo que al disponer como suyo de lo prestado el deudor no puede cometer apropiación indebida, pues ha hecho propia la cosa, siendo el incumplimiento de la obligación de devolver un mero ilícito civil (...)”.

“Aunque por influjo de la legislación histórica se incluyó en tiempos al mutuo como posible causa de apropiación indebida bajo la modalidad de “negar haberlo recibido” (...), posteriormente se ha hecho pacífico en la jurisprudencia que el mutuo no puede ser origen de apropiación indebida, ni en la forma propia de apropiarse la cosa, ni en la alternativa de negar haberla recibido (...)”⁹³⁹ .

En Chile Politoff hace eco sucintamente de los aportes de la doctrina española, en especial de la opinión de Salvador Viada en cuanto a que el mutuo transmite la propiedad del dinero y por tanto el mutuuario no se encuentra obligado a restituir la cosa misma sino otra del mismo género; “Este punto (la opinión de Viada) de vista lo hemos defendido nosotros frente a quienes sostienen que el mandatario tiene sólo una obligación de *género* con respecto a su mandante y que, sin embargo, concluyen su argumentación reconociendo carácter punible a la no restitución del equivalente”⁹⁴⁰ .

Se hace necesario aquí recordar la idea plantada por Majón-Cabeza en cuanto a aceptar que en el caso del mutuo, de la prenda irregular, el cuasiusufructuo, el depósito irregular, y el mandato, comisión y administración en que media la entrega de una suma de dinero, existe un traspaso de la propiedad en todos estos casos, o se rechaza en todos ellos el efecto del traspaso de propiedad. Si se acepta que existe el traspaso de propiedad, o sea, se acepta los postulados civiles de ajeneidad, entonces es necesario saber si la apropiación indebida protege dos bienes jurídicos distintos o el artículo 470

⁹³⁷ “Tutela...”, p.227 y ss.

⁹³⁸ “Derecho...”, 14ª edición, p.429 y 432.

⁹³⁹ Ob. cit., p.97 y ss; Rodríguez Ramos, “Manual...”, t.II, p.305; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, “Derecho...”, p.409.

⁹⁴⁰ “El delito...”, p.222.

Nº1 alberga dos tipos distintos. Si se acepta en cambio un concepto material de propiedad y una posición autonomista del derecho penal (en especial respecto del concepto ajeneidad), habrá que buscar que criterios permiten válidamente desconocer los principios civiles de la ajeneidad y libre disponibilidad que tiene el receptor de la suma de dinero sin afectar, con ello, el principio básico de la no prisión por deudas (el cual tiene reconocimiento constitucional) que se podría presentar.

20.- Compraventa

Por todos es reconocido la regla civil que este título es traslativo del dominio. La ley de define en el artículo 1793 del CC cuando señala; “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”.

Es un contrato principal (art.1443 CC), bilateral (art.1493 CC), oneroso, por lo general conmutativo (puede en ocasiones ser aleatorio –arts.1441 y 1813 CC-) y consensual (puede a veces ser solemne –arts.1443 y 1810 inc.1ºCC-).

El efecto traslativo del dominio que conlleva la compraventa se encuentra establecido en los arts.675 y 703 del CC. A diferencia del sistema francés en que el art.1583 establece que el título de compraventa es traslativo de dominio (es al mismo tiempo título y modo de adquirir), en nuestro CC la compraventa es un título que por su naturaleza puede transferir el dominio, es decir, este contrato por sí solo no transfiere el dominio, sino que genera la obligación por parte del vendedor de llevar a cabo la tradición, que sí es un modo de adquirir el dominio, y mientras ella no se lleve a cabo tanto el vendedor como el comprador serán deudores y acreedores de precio y cosa.

Dice Meza Barros; “La adquisición del dominio, por tanto, se verifica por medio de dos actos diferentes: el contrato de compraventa que constituye el título de adquisición y la tradición que es el modo de adquirir”⁹⁴¹.

Por lo anterior es obvio, que la compraventa no es de aquellos títulos que genera la obligación de entregar o devolver de que habla el art. 470 Nº1 del CP, sólo constituye la antesala de la adquisición del dominio.

Los problemas que se pueden presentar son en dos ámbitos; en la compraventa con pacto de reserva de dominio y las compraventas a plazo.

El art.680 del CC establece que “Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de la condición”.

Este problema ha sido debatido intensamente en España, donde el T.S. había acogido la tesis, defendida entre otros por Ferrer Sama, que en estos casos nos encontrábamos ante el delito de apropiación indebida.

⁹⁴¹ Ob.cit., t.I, p.72.

Castañeira Palau nos entrega una radiografía de lo que ocurre en realidad en la península en los casos de compradores a plazo bajo reserva de dominio; “Para el T.S. el principal efecto del pacto de *reserva de dominio* consiste en la celebración del contrato de compraventa y la entrega de la cosa no produce el efecto normal: la transmisión de la propiedad. La tradición sólo transmite la posesión...El título en virtud del cual posee el comprador hasta el momento en que adquiere la propiedad de la cosa ha sido calificado de modos distintos por el T.S. (depósito, título similar a los enumerados en el art. 535..., etc.), pero la jurisprudencia ha establecido con claridad que *si se ha pactado reserva de dominio se da un título apto para dar lugar a un delito de apropiación indebida*. Por tanto, la reserva de dominio da lugar a que el vendedor conserve la propiedad de la cosa, por consiguiente esta última es ajena para el comprador, que la posee en virtud de un título subsumible en el art. 535 del C.P.”⁹⁴² .

Ella, en cambio rechaza esta postura, y adhiriendo a la tesis del R. Bercovitz señala; “Siguiendo la doctrina mayoritaria, el comprador a plazos bajo reserva de dominio no es propietario de la cosa y posee en virtud de un título subsumible en el art. 535...En cambio, según la interpretación de R. Bercovitz el comprador es propietario aunque su titularidad está gravada por un derecho de prenda. El comprador-propietario no puede incurrir nunca en el delito del art. 535...El comprador a plazos no posee la cosa en virtud de un título subsumible en el art. 535 del C.P., sino a título de propietario. Esta conclusión es defendible incluso cuando hay un pacto de reserva de dominio... No es esta la opinión del T.S., que considera casi siempre que el comprador posee en virtud de un título subsumible en el artículo 535, ni de la doctrina mayoritaria, que en los casos en que hay reserva de dominio entiende que el título de posesión del comprador puede incluirse en el tipo de la apropiación indebida y que la propiedad de la cosa no se transmite hasta que se ha producido el completo pago del precio”⁹⁴³ .

Existe otro trabajo muy acucioso sobre el artículo 6º de la Ley de 27 de julio de 1968, sobre cantidades anticipadas en la compra de viviendas, de Majón-Cabeza, que se cita en innumerables parte de este trabajo en aquella parte que se refiere al estudio del delito de apropiación indebida del art. 535. Sin embargo, este estudio lo realizó esta autora para llegar a la conclusión que el art. 6º de la ley mencionada no es un caso de apropiación indebida⁹⁴⁴ . No me extenderá más allá porque este delito especial fue derogado en el nuevo CP español⁹⁴⁵ .

La tesis del T.S. Español es inaplicable en nuestro país, en atención a lo dispuesto en el art. 1874 del CC, que como dice Politoff “restringe los alcances de dicha estipulación, al preceptuar una norma, de naturaleza especial (la cual prevalece, por consiguiente, sobre la general del artículo 680), que “la cláusula de no transferirse el

⁹⁴² Ob.cit., p.76 y ss.

⁹⁴³ Ob.cit., p.86.

⁹⁴⁴ Ob. cit., p.119 y 228.

⁹⁴⁵ Vives Antón y González Cussac, “Derecho...”, edición 1999, p.477; Conde-Pumpido, ob. cit., p.100.

dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente...” (cumplimiento del contrato o resolución del mismo)”⁹⁴⁶.

Al tratar de la Ley de compraventa a plazos (Ley 50/1965, 17 de julio), de forma crítica, dice Muñoz Conde ;“Esta tendencia a sancionar penalmente el incumplimiento de obligaciones civiles se extiende a modernas disposiciones como la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento...., y la Ley de compraventa de bienes muebles a plazos, en cuyo art. 12 se dispone aún más claramente que “el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código penal para los delitos de apropiación o daños”. Respecto a este último precepto la jurisprudencia ha extraído claramente las consecuencias que de él se derivan, castigando, como apropiación indebida, la disposición o enajenación por parte del comprador del objeto vendido a plazos antes de haber satisfecho el último plazo, desvirtuando de este modo el sentido originario del delito de apropiación indebida”⁹⁴⁷.

En el mismo sentido se pronuncian Vives Antón y González Cussac; “Al mediar un título, cual la compraventa, cuya virtualidad para transferir el dominio es indiscutible, el hecho no puede, en puridad caracterizarse como apropiación indebida...Con razón señala MUÑOZ CONDE que el bien jurídico es “el derecho que tiene quien entrega la cosa (o financia la operación) a que sea usada conforme al ámbito de disponibilidad que permita el título por el que fue entregada”, ámbito de disponibilidad que puede revestir la forma jurídica de una propiedad con limitaciones”⁹⁴⁸.

Silva Castaño hace presente que el T.S. Español ha acogido la tesis de Castañeira Palau y Majón-Cabeza, estimando hoy que no son casos de apropiación indebida; “En una postura crítica de la admisión de la compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor, y de la entrega a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas, encontramos respectivamente dos monografías. Castañeira Palau,...En consonancia con este criterio Majón-Cabeza...”.

“Muñoz Conde afirmó que “si no hubiera una declaración expresa como la del párrafo 2ª del artículo 6 de la Ley 57/68 a favor del delito de apropiación indebida (...), sería difícil que tal calificación prosperase. Igual sucede con el artículo 12 de la Ley de compraventa de bienes mueble a plazos, (...) que incrimina, en realidad como apropiación indebida hechos que de no mediar declaración expresa (...), podrían ser atípicos y, por tanto perfectamente impunes”. A pesar de estas afirmaciones, el citado autor consideró que estas leyes “amplían los títulos citados en el artículo 535 del Código Penal, incluyendo otro que crea una situación de rango superior al de la mera posesión, mucho más cercano a una propiedad con limitaciones”. De las mismas afirmaciones que el autor elabora, se debe deducir que nunca debió concederse a dichas declaraciones legales

⁹⁴⁶ “El delito...”, p.224.

⁹⁴⁷ Ob. cit., 14ª edición, p.429 y ss.

⁹⁴⁸ “Derecho...”, edición 1999, p.476.

una relevancia penal mayor que la de meras remisiones al artículo 252 del Código Penal, para la determinación de la pena para aquellos comportamientos. La remisión, podrá entenderse, a la regulación de la administración desleal del patrimonio ajeno, que, como ya hemos expuesto en diversos lugares de este trabajo, se incluye en una parte del artículo 252, cuando éste describe la conducta de la distracción de dinero, entendido como bien fungible. Siempre y cuando nos encontremos ante una conducta delictiva que se caracterice por quebrantar una especial relación de confianza frente al patrimonio ajeno entregado para que sobre él se realice una administración...El Tribunal Supremo (28 de noviembre de 1992) con posterioridad estableció que los dos títulos de los que hablan las autoras anteriormente citadas, se podían considerar excluidos de la lista configurativa del delito de apropiación indebida”⁹⁴⁹.

Es absolutamente inaplicable el delito de apropiación indebida en nuestro país, por cuanto la compraventa, una vez celebrada y entregada la cosa, en atención a lo dispuesto en el art.1874 del CC, convierte al comprador en propietario de la misma y como tal no puede apropiarse de lo que le es propio.

Finalmente, el pacto de retroventa del art.1881 del CC, por el cual el vendedor “se reserva la faculta de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra”. Como dice Meza Barros⁹⁵⁰ es una condición resolutoria pura o meramente potestativa (que depende de la sola voluntad del vendedor), consecuencia de ello es que la compraventa en que se estipule este pacto, entregada la cosa, se transfiere la propiedad y ello elimina el delito, por cuanto el comprador pasa a ser dueño de la cosa, aún cuando en el futuro haya de tener que revenderse la cosa, y así nadie puede apropiarse de lo propio⁹⁵¹.

21.- Los títulos que generan la obligación de entregar o restituir (relación entre el autor y el objeto material)

Dice Politoff, parafraseando a Soler; “Para que pueda hablarse de apropiación indebida es necesaria la existencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido”⁹⁵².

La adquisición de este poder de hecho sobre la cosa por parte del sujeto activo del delito sólo puede originarse en una entrega, entrega que debe preceder necesariamente

⁹⁴⁹ Ob. cit., p.190.

⁹⁵⁰ Ob. cit., t.I, p.159.

⁹⁵¹ Politoff, “El delito...”, p.224.

⁹⁵² “El delito...”, p.125.

a la adquisición del poder de hecho sobre la cosa (tenencia). La entrega debe basarse en un título. Este título debe ser fiduciario⁹⁵³, es decir, debe constituir al sujeto activo del delito en mero tenedor de la cosa sobre la que recae el objeto de la acción.

Por ello el título es “la fuente, causa o razón jurídica de aquel “poder de hecho no usurpado” que condiciona la aparición de esta forma de delito”⁹⁵⁴.

Groizard, al enumerar los requisitos que deben concurrir para que se dé el delito de estafa (apropiación indebida), menciona como tercer requisito (citando a Carrara) la existencia de una “convención traslativa de posesión que no sea a la vez traslativa de dominio”⁹⁵⁵, que es la fórmula sintética para este autor de la expresión “haber sido recibidas en depósito, comisión, administración ó por otro título que produzca la obligación de entregarlas ó devolverlas”.

La fórmula mencionada por Groizard es la síntesis de los dos sistemas de enumeración que utiliza el código, sistemas que son en sí absolutamente distintos. Esta fórmula es, a grandes rasgos, “de carácter abierta”⁹⁵⁶. Esto, porque si bien por un lado el legislador utiliza una enumeración cerrada de los contratos que dan origen a este delito, por el otro emplea una cláusula abierta (numerus appertus).

Al respecto sostiene Majón-Cabeza; “El artículo 535 enumera de forma expresa las tres titularidades contractuales que permiten dicha calificación, es decir, el depósito, la comisión y la administración, a lo que añade una cláusula general abierta mediante la expresión “...otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos...”. En consecuencia, resulta necesario examinar una por una las titularidades contractuales típicas y atípicas que posibilita el Derecho Privado, para establecer en cada caso cuáles pueden integrar el delito de apropiación indebida”⁹⁵⁷.

Dentro de la primera enumeración (cerrada o de cláusula cerrada) el artículo señala 3 contratos aptos para generar el delito materia de este trabajo, a saber, el depósito, la comisión y la administración. Tanto el primero como el segundo de los contratos mencionados se encuentran específicamente definidos en la ley, en cambio el tercero no

⁹⁵³ Al respecto véase el considerando 5º del fallo de la I.C.A. de San Miguel de 30.08.95 que incidió en recurso de apelación N° de ingreso 1731-95 y su comentario por C. Künsemüller L., en Revista “Temas de Derecho”, Universidad Gabriela Mistral, edición especial décimo aniversario, año 10, N°1 y 2, 1995, p.191 y ss. En el mismo sentido Revista Fallos del Mes, N°344, p.405 y ss., causa contra Luis Capra Hormazábal, que trata el caso de una persona que se retiró de una sociedad, para formar otra, y pactó comprar determinados bienes muebles de la primitiva sociedad, bienes que quedaron en depósito en bodegas de esta persona y que luego no pagó. En este caso se estimó que existió un contrato de compraventa. También en el considerando 2º del fallo de la I.C.A. de Santiago, de 13 de enero de 1989, en el proceso en contra de Angel Isidro Maturano Lucero, Gaceta Jurídica N°103, p.67 y ss.

⁹⁵⁴ Politoff, “El delito...”, p.155.

⁹⁵⁵ Ob. cit., p.596 y ss.

⁹⁵⁶ Vives, “Derecho...”, 3ª edición, 1999, p.471. En este mismo sentido Conde-Pumpido, “Apropiaciones...”, p.61.

⁹⁵⁷ Ob. cit., p.98.

958

El segundo sistema de enumeración utiliza una fórmula de *numerus apertus* (o cláusula abierta) que dice "...o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla", fórmula que nos lleva a estudiar, necesariamente, como nos dice Majón-Cabeza, cuáles son los títulos idóneos para configurar este delito.

Quintano Ripollés dijo que este tema era la "clave de bóveda"⁹⁵⁹ del delito de apropiación indebida. Esta idea es reflejo de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en España, en el sentido que son los títulos los que definen en definitiva si se da o no el este delito. En el mismo sentido se pronuncia Muñoz Conde⁹⁶⁰. Sin embargo, ésta no es la única opinión sobre el tema porque existen otros criterios igualmente válidos que también podrían calificarse de "clave de bóveda" a la hora de definir si estamos en presencia o no de una apropiación indebida, ya que por ejemplo podríamos utilizar como criterios rectores tanto la dinámica comisiva, cuanto la custodia⁹⁶¹.

A mayor abundamiento, Quintano Ripollés critica este sistema de enumeración de títulos, porque "..., obedece a una técnica anticuada, legado del Derecho francés, que va siendo abandonada en los Códigos de más progresiva estructura. Así vimos que desapareció del texto del parágrafo 246 del alemán, ya en su redacción originaria, y del 266 por las reformas de las leyes de 1933 y 1953, así como del artículo 646 del italiano, que se limita a la genérica mención de *qualsiasi titolo*, eludiendo toda referencia casuística o de concreción civil"⁹⁶².

Actualmente hay otros códigos que se suman al alemán y al italiano, eludiendo el sistema de enumeración casuística; así por ejemplo el propio art. 314-1 del actual Código francés, el art.249 del Código penal colombiano (este artículo habla derechamente de título traslativo de dominio), el art. 468 del Código penal venezolano, el art. 560 del Código penal ecuatoriano (de redacción similar al antiguo art.408 del C.P. Francés de 1811), el art. 351 del Código penal uruguayo, el art. 345 del Código penal boliviano, el tipo básico del art.168 del Código penal brasileño y el inciso 2º del art.160 del Código penal paraguayo.

Otras de las críticas efectuadas por Quintano (recordada por Majón-Cabeza⁹⁶³ y Silva Castaño⁹⁶⁴) a este sistema de enumeración es que "..., adolece de las ventajas e inconvenientes de ambos (haciendo alusión al sistema germánico e itálico), puesto que a

⁹⁵⁸ Majón-Cabeza, ob. cit., p.113.

⁹⁵⁹ Ob. cit., p.937.

⁹⁶⁰ "Derecho...", 14ª edición, p.428.

⁹⁶¹ J.M. Zugaldía, "Hurto y Apropiación Indebida: Criterios de Demarcación", Cuadernos de Política Criminal,1986, N°28, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid 1991, p.123 y ss.

⁹⁶² Ob. cit., p.938. En el mismo sentido Sainz-Pardo, ob. cit., p.36-37.

⁹⁶³ Ob. cit., p.98.

la titularidad específica del artículo 535 añade la genérica, con lo cual se presta al precepto a una doble aplicabilidad restringida y lata, que constituye continua fuente de incertidumbres teóricas y prácticas”⁹⁶⁵.

Ahora bien, se hace necesario estudiar las características que definen los títulos idóneos en materia de apropiación indebida.

El estudio de esta materia no había variado mucho desde los tiempos de Groizard hasta en la actualidad, por ejemplo, con Sainz-Pardo⁹⁶⁶. Tanto Groizard como Sainz-Pardo, pasando por Quintano Ripollés⁹⁶⁷ o Pérez Manzano⁹⁶⁸, estudiaban el tema en base a la contraposición “títulos traslativos de dominio / títulos traslativos de la posesión”.

Quintano Ripollés hablaba de que el título debía provocar 2 efectos, por un lado, provocar la entrega de las cosas y, por el otro, debía provocar la obligación de entregar.

Sainz-Pardo señaló que el título debía contener la obligación de entregar o devolver y, además, no debía producir la transmisión de la propiedad del objeto material.

Pérez Manzano sostiene que es en virtud del título que se produce la recepción de los objetos y que existe la obligación de entregar o devolver.

Los requisitos mencionados por Sainz-Pardo son calificados de tautológicos por Majón-Cabeza⁹⁶⁹, por cuanto aquello que se recibe con obligación de devolver no puede dar lugar a la adquisición de la propiedad. Si bien la crítica de Majón-Cabeza parece sólida, habría que ver si es cierto que “sólo pueden obligar a devolver los títulos que no transmitan el dominio”.

Por ejemplo, cabe preguntarse ¿es aplicable el razonamiento de Majón-Cabeza en el caso del pacto de retroventa del art.1881 del Código Civil?

Si bien en este caso no existe un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, porque en razón del título de compraventa y de la entrega subsecuente se transfirió la propiedad, cabe señalar que en estos casos el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador una cantidad determinada que ha sido estipulada o, en defecto de esta estipulación, lo que haya costado la compra. Parece que en este caso y ante esta especie de condición resolutoria del contrato de compraventa, el razonamiento de esta autora no se aplica⁹⁷⁰.

Sin embargo lo anterior, no fue hasta Majón-Cabeza que apareció un novedoso

⁹⁶⁴ Ob. cit., p.167.

⁹⁶⁵ Ob. cit., p.938.

⁹⁶⁶ Ob. cit., p.127.

⁹⁶⁷ “Tratado...”, p.937 y ss.

⁹⁶⁸ “Compendio...”, p.485 y ss.

⁹⁶⁹ Ob. cit., p.103.

estudio de estos títulos.

Este análisis nace a partir de los problemas, ya tantas veces mencionados, que presenta la entrega de dinero en los casos de depósito irregular, mutuo, prenda, comisión y mandato, es decir, el problema de la ajeneidad.

Antes de entrar a estudiar el enfoque de los títulos que plantea Majón-Cabeza, cabe consignar que fue Bajo Fernández quien, al tratar de los títulos idóneos para configurar este delito, abordó el problema que presenta la entrega de dinero en razón de uno de estos títulos, a saber, la mutación del bien jurídico protegido que pasa de la propiedad al derecho de crédito en el caso de que el objeto material del delito sea dinero.

Él dijo; “La Jurisprudencia de una forma arbitraria, pero coherente con lo que ocurre en el Derecho comparado y defiende la Doctrina, excluye del delito de apropiación indebida ciertos supuestos en los que el dinero constituye objeto material del delito e incluye otros. Así, se excluye el préstamo mutuo desde que Pacheco, y en general todos los comentaristas decimonónicos, criticaran severamente su inclusión en el Código penal de 1848. Se explica esta exclusión porque se entiende que el dinero pasa al dominio del que lo recibe, entre otras razones porque así lo dispone el artículo 1.753 del Código civil (“adquiere su propiedad”).”.

“Por otra parte, porque se entiende que el depósito irregular al implicar la entrega de cosas fungibles con transmisión de propiedad constituye en realidad un préstamo mutuo (art. 309 del Código de comercio), Doctrina y Jurisprudencia lo excluyen también de la apropiación indebida. Dada la fungibilidad del dinero, los preceptos invocados no son argumento suficiente que explique por qué el préstamo mutuo y el depósito irregular quedan excluidos de la apropiación indebida, mientras la comisión, administración, sociedad, etc., relativas a dinero, pueden constituir delito de apropiación indebida”.

“Esta discutible cuestión (beneficiosa para las entidades bancarias cuyo pasivo se compone del volumen de dinero captado en la modalidad de depósito irregular en cuenta corriente) se dice venir impuesta por el hecho de que el artículo 535 incluya el dinero como objeto de apropiación indebida y que el artículo 1.753 del Código civil (al que se remite de algún modo el artículo 309 del Código de comercio) considere que en el préstamo mutuo el mutuuario adquiere la propiedad del dinero. Por otro lado la tesis jurisprudencial es la común en el Derecho comparado”⁹⁷¹.

Como se verá inmediatamente, este problema fue retomado por Majón-Cabeza como base de su novedoso estudio de los títulos idóneos.

⁹⁷⁰ Ramón Meza Barros, “Manual de Derecho Civil-De las Fuentes de las Obligaciones”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987, p.159 y ss.

⁹⁷¹ “Manual...”, p.287. Las menciones que hace Bajo Fernández a los comentaristas decimonónicos se pueden encontrar en: Pacheco, ob. cit., p.321, cuando trata sobre el inciso 2º del art. 437 relativo al hurto, específicamente, la negativa de haber recibido dinero que se le hubiere entregado al sujeto activo en préstamo, depósito u otro título que obligue a devolución o restitución. A raíz de comentarios como estos, el inciso 2º del art. 437 del CP de 1848, que se encontraba tratada como una hipótesis más de hurto, pasó al artículo 548 del CP de 1870, dentro de la normativa de las estafas. Comentarios respecto del artículo 548 encontramos en Viada y Vilaseca, ob. cit., p.516 y Groizard y Gómez de la Serna, ob. cit., p.607.

En primer lugar, esta autora parte de la siguiente premisa básica; para que haya apropiación indebida debe existir “identidad de título”, es decir, que “un mismo y único título sea la causa de la inicial entrega y de la posterior obligación de devolver: por lo tanto, identidad del título”. En esta misma línea se pronuncia Bustos⁹⁷².

El delito de apropiación indebida “no requiere, por un lado, de un título que provoque la entrega de las cosas al sujeto activo y, por otro, de una obligación independiente de dicho título, sino que requiere de un solo título que, a la vez, sea el que motive la entrega de las cosas del sujeto pasivo al activo y el que obliga al último a entregarlas o devolverlas”.

Ella cita a Quintano en este punto, ya que como ya dije unos párrafos atrás, él ve la clave de bóveda de este delito en los títulos posesorios, por cuanto “en virtud de ellos se ha recibido el dinero o las cosas” y de ellos “dimana”, a su vez, “la obligación de devolución y entrega”⁹⁷³.

Partiendo de esta base, Majón-Cabeza sostiene que el criterio tradicional de traslación del dominio utilizado para saber si hay o no apropiación indebida no es útil, porque si una persona presta dinero a otro (obviamente, en caso de un préstamo de dinero, el dinero se entrega como bien fungible, y no como especie y cuerpo cierto), ese dinero ingresa al patrimonio de quien lo recibe, o accipiens. Lo mismo ocurre con el dinero que se le entrega a un comisionista o mandatario para que cumpla el encargo, ya que el dinero que se entrega ingresa al patrimonio del comisionista o mandatario. Sin embargo, mientras el préstamo de dinero (o mutuo) no es título idóneo para configurar la apropiación indebida, el mandato en que media la entrega de una suma de dinero si lo es.

Por esta razón esta autora afirma; “Luego tampoco el argumento de la traslación del dominio nos sirve en los supuestos que median entregas de dinero, para distinguir los títulos que son aptos para el artículo 535 de los que no lo son”.

“Llegados a esta conclusión las posibilidades que tenemos son dos:

1.^a O entendemos que hay una serie de relaciones contractuales que tradicionalmente se han tenido por idóneas a efectos de apropiación indebida, pero que no lo son por producirse en ellas las mismas consecuencias que en aquéllas que se descartan del ámbito del artículo 535.

2.^a O, si queremos mantener dichas relaciones –en las que se dan entregas de dinero- entre las aptas para la apropiación indebida, hemos de encontrar otro argumento, distinto de los de el traslado de dominio y la devolución del *tantundem*, que marque las diferencias entre títulos idóneos e inidóneos para el artículo 535”.

La respuesta a estos planteamientos, dice la autora, “viene dada por la postura que se adopta en relación al bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida. Así, si aceptamos la postura tradicional de entender que el bien jurídico protegido es la

⁹⁷² “Manual...”, p.207.

⁹⁷³ Ob. cit., p.100-103.

propiedad, debemos decantarnos por la primera de las opciones, con lo que descartaremos del ámbito del artículo 535 todas las relaciones jurídicas en las que median entregas de dinero...Siendo esto así, es evidente que ni el bien jurídico es exclusivamente y en todo supuesto la propiedad y, en consecuencia, que los argumentos tradicionales de transmisión de dominio y devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, no sirven para distinguir entre títulos idóneos e inidóneos”.

“Lo que distingue radicalmente ambas relaciones no será la identificación de quien sea propietario del dinero, ni el que se venga obligado a devolver lo mismo que se recibió u otro tanto. La diferencia vendrá marcada por el destino con que se recibe el dinero, es decir, por la *disponibilidad* que de él se permita al sujeto: en el mutuo se permite al sujeto cualquier uso del dinero que recibe, porque ésa es la finalidad de dicho contrato. El préstamo no impone ningún destino: *la disponibilidad es absoluta*. En la comisión, el comisionista no recibe el dinero para su uso, sino que viene obligado por el contenido del contrato a darle un destino determinado: *la disponibilidad queda determinada y restringida*. Para saber si la disponibilidad es absoluta o limitada habrá de examinar el débito y su contenido. En efecto es el contenido del débito lo que nos permite afirmar que el mutuo no es título idóneo de apropiación indebida y sí, en cambio, la comisión”⁹⁷⁴.

Debo abrir un paréntesis respecto del principio de la disponibilidad antes de continuar con el trabajo de esta autora. Cabe consignar que el principio de la disponibilidad nace en la jurisprudencia española, y fue esbozado como principio por Quintano Ripollés dentro del delito de apropiación indebida cuando efectuó el estudio de los criterios de demarcación jurisprudenciales de la titularidad posesoria básica que supone este delito.

Para él existen tres criterios de demarcación que deben siempre concurrir para que se dé el delito de apropiación indebida, dos negativos y uno positivo.

Los dos negativos son, en primer lugar, la “no transmisibilidad del dominio” y, en segundo lugar, la “no comprensión de las posesiones precarias”. El tercer criterio, el positivo, es la “disponibilidad de las cosas”.

Es decir, si no hubo transmisión del dominio, sino que de la posesión; si esta posesión no es precaria y, finalmente, si esta posesión autoriza la disponibilidad de la cosa, podemos estar ante una apropiación indebida.

Quintano nos señala que el “tópico de la disponibilidad” fue ideado para precisar el alcance de la consumación del hurto. Este principio, señala este autor, tiene una estructura fáctica y es semejante al criterio del dominio del hecho (conocido también como dominio o señorío real) alemán (Herrschaftsverhältnis).

La diferencia que ve Quintano entre el principio de la disponibilidad y el señorío real alemán es que el primero es criterio de demarcación de la posesión y, el segundo, constituye el acto que marca la comisión misma del delito.

Este autor dice que se puede hablar de un *mínimum* y de un *máximum* de disponibilidad. El *mínimum* mantiene el hecho en el ámbito del hurto. Un ejemplo de esto sería lo podemos encontrar en el caso del servidor de posesión, como podría ser el del

⁹⁷⁴ Ob. cit., p.116-117.

empleado doméstico, ya que éste aún cuando toma las cosas con autorización de su patrón, esta autorización lo posibilita sólo al mínimo de disponibilidad sobre la cosa. El máximo, por su parte, equivaldría “en no pocos casos a una transferencia del dominio, que haría igualmente atípica la figura de apropiación”.

Quintano dice que la disponibilidad que se requiere para que se dé el delito de apropiación indebida es una “disponibilidad limitada lícita”, que sirva de soporte a la posesión (posesión necesaria para que estemos frente a esta clase de delito), a diferencia de la “disponibilidad abusiva ilícita” que sirve de soporte del acto de apoderamiento (necesaria para que estemos frente a un hurto). La tesis de la disponibilidad, según él, es restrictiva de la apropiación indebida, pero se está abriendo paso hacia el hurto⁹⁷⁵.

Finalmente sostiene que este criterio se presenta de modo similar en la doctrina argentina, por ejemplo, en Ure⁹⁷⁶ y en Soler⁹⁷⁷.

Cerrado este paréntesis y volviendo al trabajo de Majón-Cabeza, mencioné que ella habla del “contenido del débito” como criterio que nos permite distinguir si estamos frente a un título idóneo o inidóneo para configurar delito de apropiación indebida.

Y, ¿por qué habla del contenido del débito?

Esto ocurre porque esta autora echó mano a los aportes de los civilistas Albadarejo y Espín, los cuales al definir el concepto de obligación lo hacen señalando que ellos son vínculos que engloban tanto un débito como una responsabilidad.

El débito, es la deuda o prestación (frente a la que existe el poder del acreedor, poder correlativo), y la responsabilidad es la que liga al deudor frente al acreedor.

La obligación es “una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por éste es debido (prestación)...La existencia en la obligación de dos elementos distintos ha sido puesta de relieve por los historiadores al estudiar los textos del Derecho romano y del Derecho germánico. Toda obligación comprende –se dice–, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda (*debitum*, *Schuld*) indica el deber de realizar una

⁹⁷⁵ Ob. cit., p.181 y p.919 y ss.

⁹⁷⁶ Ob. cit., p.77-79. Ure habla de disposición al tratar de la experimentación práctica de los principios sugeridos para caracterizar la tenencia como presupuesto de la apropiación indebida, específicamente en el ejemplo de dos empleados bancarios. Uno que se apodera de los útiles de escritorio y el otro que se apodera de dinero, encontrándonos en ambos casos que ninguno de ellos tiene un “poder de disposición” o “poder autónomo” sobre el dinero o los útiles de escritorio.

⁹⁷⁷ Ob. cit., p.431-432. En realidad Soler no habla de este principio, sino que critica la solución al problema que plantea Ure respecto de los dos empleados bancarios, solución que para éste pasa por el poder de disposición. En cambio Soler sostiene, en atención a la división del trabajo que existe entre uno y otro empleado bancario, que el empleado bancario que se apodera de dinero rompe la esfera de custodia que tiene sobre el dinero y comete defraudación. No menciona el principio de la disponibilidad sino la esfera de custodia.

prestación. La responsabilidad (*obligatio*, *Haftung*) es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor”⁹⁷⁸.

Así, ella recurre a la distinción débito-responsabilidad porque; en primer lugar, “minimiza el problema de distinguir entre propiedad y posesión y de determinar el alcance que tiene una y otra en relación a la apropiación indebida”. En segundo lugar, porque “se simplifica la tarea de deslindar entre los llamados usos ilícitos no dominicales y los verdaderos actos de apropiación típicos para el artículo 535. Y es que en dichos usos lo que hay que investigar, no es si la cosa se ha recibido en propiedad o en posesión, sino cuál es la disponibilidad de la cosa que se permite, cuál es el límite de dicha disponibilidad, cuya transgresión puede suponer un uso ilícito para el ordenamiento civil, y finalmente, qué conductas exceden el ilícito civil e integran el delito de apropiación indebida...”. En tercer lugar, porque “podemos descartar del ámbito de la apropiación indebida todas aquellas obligaciones de devolver que se deriven de la responsabilidad por incumplimiento del débito”.

La disponibilidad permitida “puede distinguirse analizando el contenido del débito, es decir, la prestación o prestaciones a que se viene obligado. Para ello la naturaleza del título que motivó la entrega (que en terminología clásica será posesorio) nada nos dice para distinguir el ilícito civil del penal, pues tanto en el supuesto del uso ilícito no dominical como en el del delito de apropiación indebida nos encontramos ante un título de los que no trasladan la propiedad, diferenciándose ambos supuestos en que tratándose de un uso ilícito no dominical lo que hace el que ha recibido las cosas es un uso temporal que no venía permitido, pero sin ánimo de retención definitiva; mientras que en el delito de apropiación indebida, el agente pretende hacer suyas las cosas, incumpliendo la obligación de devolver o entregar que integraba el débito”⁹⁷⁹.

Majón-Cabeza nos da varios ejemplos para ilustrar el tema, entre ellos el caso de la comisión, en el cual el contenido del débito es dar a los fondos recibidos el destino dado por la comisión. La responsabilidad, por su parte, nace del incumplimiento del débito y consiste en el abono del capital, de los intereses y costas. Por ello comisión e incumplimiento de la comisión no son a efectos de la apropiación indebida el mismo título. Así, el débito en este ejemplo consiste en entregar lo recibido en virtud de la comisión y, por su parte, la responsabilidad, obliga indemnizar por no haber dado a lo recibido el destino establecido. En esta caso la responsabilidad proviene de un título distinto a la comisión (que obligaba a entregar lo recibido en su virtud). He aquí la falta de identidad del título⁹⁸⁰.

Actualmente, Rodríguez Ramos⁹⁸¹ y De la Mata, entre otros, siguen el criterio de la disponibilidad. De la Mata, eso sí, trata este tema a raíz de la ajeneidad (en relación a la

⁹⁷⁸ Díez-Picazo y Gullón, “Sistema...”, tomo II, p.119 y ss.

⁹⁷⁹ Ob. cit., p.108 y ss.

⁹⁸⁰ Ob. cit., p.112-113.

⁹⁸¹ “Manual...”, p.306.

transmisión de la propiedad del dinero). Él señala; “La argumentación de MAJÓN-CABEZA se formula escalonadamente en base a una serie de puntos que expongo sintéticamente: 1º) con independencia de que se adopte una posición autonomista o no sobre el carácter del Derecho Penal, se puede optar por resolver el problema del título en el art. 535 CP no en base al binomio títulos posesorios-títulos dominicales, sino a la caracterización del art. 535 CP en función al doble requisito aludido ⁹⁸² ; 2º) es necesario matenerse en el ámbito del Derecho Privado para examinar las relaciones jurídicas existentes entre los sujetos activo y pasivo del posible delito y determinar los títulos aptos para constituir presupuesto básico de un delito de apropiación indebida; 3º) en este sentido, hay que excluir como títulos que puedan fundamentar un posterior delito de apropiación indebida todos aquéllos que en todo caso sean traslativos de dominio, porque no obligan a devolver lo recibido; 4º) al margen de ellos, no cabe subsumir en el art. 535 CP supuestos de responsabilidad por incumplimiento de contrato, pues la obligación de devolver no se deriva del título de entrega, sino del incumplimiento del mismo; 5º) ni tan siquiera para diferenciar entre hurto y apropiación indebida es necesario acudir al criterio de los títulos que transmiten la posesión, pues hay otros criterios hoy ampliamente aceptados que captan la distinción entre ambos delitos, como el que hace referencia a la dinámica comisiva en relación con el desplazamiento físico del objeto material del delito” ⁹⁸³ .

Las ventajas que De la Mata ve a los aportes de Majón-Cabeza son los siguientes; “En primer lugar, esta distinción permite minizar el problema de la diferenciación entre propiedad y posesión y del alcance que una y otra tienen en relación a la apropiación indebida...En segundo lugar, simplifica la tarea de deslindar entre los llamados usos ilícitos no dominicales y los verdaderos actos de apropiación típicos para el art. 535 CP”.

Nuevamente nos topamos aquí (como antes señalé) con el, quizás, gran problema del delito de apropiación indebida, la ajeneidad.

En otras palabras, cabe preguntarse si podemos decir que estamos ante un delito de apropiación indebida en aquellos supuestos en que media la entrega de una suma de dinero, como bien fungible, en razón de determinados títulos específicamente mencionados en el tipo penal, como podría ser el depósito (irregular) o la comisión, casos en los cuales la suma de dinero entregada deja de ser ajena para quien lo recibe.

El problema del dinero es una cuestión que preocupa al derecho continental europeo, sobre todo al derecho italiano y alemán. Bonet Correa señala en parte de su trabajo; “En definitiva, la civilística continental europea se hace consciente de las consecuencias que para las relaciones de Derecho privado traen consigo las alteraciones monetarias y la necesidad de poseer un concepto claro de dinero. Cuando la crisis monetaria no afecta tan sólo a cada nación en particular, sino a toda la comunidad internacional en general (cuestiones de liquidez o de hallar la unidad internacional de pago apropiado, etc.), se hace más apremiante la necesidad de llegar a lograr una idea más genuina del dinero y superar los sistemas a que está adscrito”.

⁹⁸² Débito / Responsabilidad.

⁹⁸³ “Tutela...”, p.230.

“Es necesario destacar, pues, la esencia del dinero, su naturaleza y sus efectos, en cuanto concepto jurídico que nace en el seno de las relaciones sociales de contenido económico; el dinero, al ser una unidad de medida, la unidad de medida del valor patrimonial, en cuanto canon, o norma, concebida para el intercambio de valores, logra constituirse como un “bien” (de naturaleza jurídica), cuyo contenido económico, en cuanto unidad patrimonial abstracta, vale de instrumento de cambio de las demás cosas y servicios útiles a los hombres y, en cuanto objeto de pago (al venir concretando en especies monetarias), sirve para extinguir las diversas relaciones obligatorias entre las personas”⁹⁸⁴.

El efecto que se produce con la entrega de una suma de dinero –el traspaso de la propiedad- se debe a lo que De la Mata denomina “La peculiaridad del dinero, como objeto material de los delitos de apropiación...En primer lugar, hay que aludir a la naturaleza peculiar del dinero como bien mueble con características propias, de entre las que la doctrina civil destaca su ultrafungibilidad. Es justamente esta nota la que obliga a abordar, en segundo lugar, la cuestión de la idoneidad del dinero como objeto material del delito de apropiación indebida, a partir de la controversia que surge al aludir el art. 535 CP a la apropiación o distracción de “dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble” y aceptar la doctrina dominante únicamente la propiedad como bien jurídico de este delito. En tercer lugar, es necesario ahondar en el concepto de dinero en cuanto a su funcionalidad para satisfacer los intereses del sujeto, en aras de delimitar si es el dinero como sustancia o bien como valor lo que constituye objeto material de los delitos de apropiación”⁹⁸⁵.

El dinero puede ser concebido desde 2 puntos de vistas. Dice Bonet Correa; “Una contribución importante es la de Mosco en cuanto concluye que el dinero es un bien, en tanto sentido jurídico como económico,...”⁹⁸⁶.

Nos dice De la Mata que desde el punto de vista económico “..., el dinero se caracteriza por su función como medio general del cambio y medida de común valor”

“En cuanto concepto jurídico, destaca reiteradamente la doctrina civil su naturaleza peculiar que permite definirlo como un bien de carácter ultrafungible respecto del cual su genericidad absoluta, consumibilidad, divisibilidad, sustituibilidad y compensabilidad son sus características más notorias. No constituyen éstas, sin embargo, su nota jurídica esencial; ésta se cifra en el hecho de que siempre viene referido a una unidad ideal, que permite afirmar que el dinero no se entrega y recibe en el tráfico comercial como lo que físicamente representa, sino en cuanto fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal”

“De ahí, como señala MOSCO (*svalutzione monetaria*, p.12)⁹⁸⁷, que el dinero puede quedar al margen de la dicotomía establecida entre bienes genéricos y bienes específicos, dada su naturaleza particular, en cuanto es distinta de las demás cosas

⁹⁸⁴ “Las deudas...”, p.217 y ss.

⁹⁸⁵ Ob. cit., p.205 y ss

⁹⁸⁶ Ob. cit., p.216.

genéricas y las normas que le son aplicables”⁹⁸⁸ .

“Un sector doctrinal considera que la solución a estos problemas dependerá del presupuesto del que se parta. Si se excluye la posibilidad de que el dinero entregado en su condición de cosa genérica configure el objeto material del comportamiento delictivo, ya que el cedente al entregarlo sólo conserva un simple derecho de crédito, se deberá concluir que en los casos de depósitos, comisiones o administraciones, donde se haya entregado dinero como bien fungible, no se podrá aplicar el Derecho penal”⁹⁸⁹ , nos dice Silva Castaño.

Este sería el caso, según esta autora, de Sainz-Pardo. En lo personal, esta afirmación me merece dudas, y si bien se basa en una cita exacta del libro de este autor (p.97), no es menos cierto que páginas atrás Sainz-Pardo admite la apropiación indebida de cosas fungibles, cuando dice “Realmente no son sino verdaderas apropiaciones, en las que la concurrencia de una posterior devolución para nada afecta a la plena realización del tipo. Éste queda consumado con el acto de disposición de las cosas propias, y el cumplimiento posterior del deber de restituir para nada elimina esa consumación”⁹⁹⁰ .

Bajo Fernández, Majón-Cabeza, De la Mata y Paredes Castañón entienden que en aquellos casos en que media la entrega de una suma de dinero en virtud de alguno de los contratos tipo del artículo 535 (470 N°1), se produce un traspaso de la propiedad del dinero, y por tanto ya no puede ser la propiedad el bien jurídico protegido en estos casos, sino que es el derecho de crédito.

Al tratar el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida Paredes Castañón sostiene: “Sin embargo, y en contra de las apariencias, parece mucho menos clara la solución que hay que acoger cuando se trata de elegir entre propiedad o patrimonio como bien jurídico protegido. En principio, hay que advertir que la doctrina ampliamente mayoritaria en España se ha inclinado a favor de otorgar al derecho de propiedad tal papel: en efecto, como antes indicaba, si algo podría parecer evidente es que en el delito de apropiación indebida se protege al propietario frente a (ciertos) poseedores poco escrupulosos: y el derecho de propiedad, por lo tanto, habría de ser considerado, precisamente, como el bien jurídico protegido...No obstante, en mi opinión el asunto no se deja solucionar de una manera tan sencilla, por varias razones. En primer lugar, se ha señalado ya por parte de la doctrina mayoritaria (que, sin embargo, sigue manteniendo su tesis acerca de la propiedad como bien jurídico protegido) que hay algunos casos inequívocos de apropiación indebida que difícilmente pueden ser

⁹⁸⁷ Cita de De la Mata de Mosco, “Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria”, p.12, según referencia de Bonet, deudas de dinero, p.239.

⁹⁸⁸ “Tutela...”, p.205 y ss.

⁹⁸⁹ Véase el artículo “El delito de apropiación indebida y la administración desleal” en “Curso de Derecho Penal Económico”, editorial Marcial Pons, Madrid 1998, p.116 y ss.

⁹⁹⁰ Ob. cit., p.78.

caracterizados como ataques a la propiedad del sujeto pasivo; tal cosa sucede, sin ir más lejos, en los supuestos de apropiación de bienes fungibles, cuyo caso límite es el de la apropiación de dinero, donde el poseedor ha adquirido ya desde un comienzo la propiedad del bien en cuestión, limitándose posteriormente a incumplir su obligación de pagar el importe correspondiente de dicho bien;...”⁹⁹¹ .

Dice Luzón Peña; “Especial atención merecen los supuestos en los que el objeto es el dinero. Como son “cosa fungible por excelencia”, la entrega del dinero transmite la propiedad. Por ello, el TS y la doctrina dominante excluyen de la apropiación indebida algunos contratos, como el préstamo mutuo y depósito irregular, admitiendo sin embargo la apropiación indebida de dinero en contratos como la comisión, la administración o la sociedad, y en algunos supuestos especiales (como la apropiación de cantidades anticipadas a cuenta para la construcción de viviendas). El argumento de la transmisión de la propiedad no puede explicar, por sí solo, este trato diferenciado (porque toda entrega de dinero, cualquiera que sea el título en virtud del cual se haga, transmitiría siempre la propiedad), aunque tal vez resulte justificado por el hecho de que en el préstamo mutuo o el depósito irregular existe una disponibilidad absoluta sobre el dinero, que no se da en los otros contratos, en los que existen fuertes limitaciones contractuales a las facultades de uso y disposición. El trato diferenciado se fundamentaría, en el criterio de la disponibilidad absoluta o relativa a un fin concreto con la que se recibe el dinero”

“Con esta interpretación se amplía bastante el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida, en concreto, a todos aquellos supuestos de entregas de dinero con disponibilidad limitada y orientada a un fin que se incumple, de modo definitivo, la obligación de devolver derivada del título en virtud del cual se recibe el dinero”⁹⁹² .

Algunos autores, influenciados todavía por la concepción francesa de este delito (que lo entiende como fraude por abuso de confianza), aceptan que el delito se siga llamando apropiación indebida en los casos en que media la entrega de una suma de dinero, lo cual trae aparejado una mutación del bien jurídico protegido y, en definitiva, una mutación de su esencia. La esencia de la apropiación indebida es la de ser un delito de apropiación, y por tanto afecta la propiedad, sin embargo en los casos en que media la entrega de una suma de dinero el bien jurídico protegido deja de ser la propiedad y pasa a ser el derecho de crédito (y, en definitiva, el patrimonio). Obviamente, la conducta típica de este delito, que es la apropiación, pierde sentido y ello ocurre por cuanto es imposible afectar el derecho de crédito por medio de un acto de apropiación, ya que nadie puede apropiarse de lo propio. Así, la conducta básica del delito de apropiación indebida –la apropiación- pasa a ser sustituida por el haber actuado excediendo la disponibilidad permitida, el marco de la disponibilidad autorizada- en el uso de lo que es propio.

Incluso, Bajo Fernández entiende que en estos casos el delito de apropiación indebida se acerca a los delitos de insolvencia y ahí encuentra la solución al problema planteado; “La *insolvencia* se convierte, entonces, en ese mayor desvalor necesario para explicar el delito de apropiación indebida (de dinero), que, unido a la *deslealtad* y a la

⁹⁹¹ Ob. cit., p.228 y ss.

⁹⁹² Ob. cit., p.87 y ss.

irregularidad del comportamiento causante de la insolvencia, aleja el delito de la prisión por deudas”⁹⁹³.

Por lo visto Majón-Cabeza, De la Mata y Luzón Peña buscan la solución al problema que plantea la entrega de una suma de dinero, como ya dije, recurriendo al principio o criterio de la disponibilidad limitada, el cual consiste en conocer la disponibilidad que tenía el receptor de la suma de dinero recibida⁹⁹⁴, y si esta lo facultaba a actuar de la forma en que lo hizo.

Otros, como Ferrer Sama, echan mano al principio o criterio de la solvencia⁹⁹⁵, que dice que el delito de apropiación indebida no se consuma por el hecho de la disposición de la cantidad por sí misma “..., sino tan sólo cuando concurren otras circunstancias, cuales son la de que al momento de la apropiación el depositario no tenga bienes suficientes para responder de la cantidad, o que lleve a efecto la misma con ánimo de lucro (...) Por tanto, si bien “el título ha de ser de tal naturaleza que no transfiera la propiedad de la cosa al sujeto, pues tal transferencia haría imposible la ilícita apropiación que consume el delito”, se acepta el depósito irregular como título idóneo para el delito de apropiación indebida, puntualizando que deberá constatarse la no solvencia del sujeto activo en el momento de la disposición que se efectúa de la cantidad entregada”⁹⁹⁶.

Silva Castaño, por su parte, enfrenta el tema aquí planteado, al igual que De la Mata, como un problema de ajeneidad, pero ajeneidad civil, y por ello propone una solución radicalmente distinta, que hace eco de la mutación del bien jurídico que se produce cuando se entrega una suma de dinero y la dinámica comisiva que se produce en estos casos. Ella dice;

“A pesar de que el Código Penal, en sus artículos 252, 253 o 254, no lo mencione expresamente, hemos de añadir a la “cosa mueble” la característica de AJENA. Esto se desprende del propio bien jurídico que protege el delito que, como apuntábamos, es la propiedad sobre la cosa mueble que es entregada en virtud de uno de los títulos que específicamente redacta el citado artículo...Por otra parte la palabra “devolver” que se

⁹⁹³ “Manual...”, p.278. Véase también a Majón-Cabeza, ob. cit., p.225 y a Garrido Montt, ob. cit., p.363.

⁹⁹⁴ Pérez Manzano, “Compendio...”, p.486.

⁹⁹⁵ De la Mata denomina este criterio de la “capacidad y voluntad de restitución”. Dice él, “Tutela...”, p.406 y ss.; “La reconocida atipicidad de las apropiaciones temporales obliga a la doctrina dominante a aceptar la impunidad de la utilización temporal de un dinero ajeno. Para constatar la temporalidad de dicha utilización y para confirmar su atipicidad se atiende a diversas consideraciones. Entre ellas, se presta especial atención a la “capacidad y voluntad de restitución” del sujeto activo...A la capacidad y voluntad de restitución aluden ya explícitamente otros autores como criterio a considerar para aceptar la existencia de una utilización temporal de dinero y negar, por consiguiente, la tipicidad del supuesto...”. Asimismo véase en “Tutela...”, p.372-373 y p.430-433, que este criterio se asimila al utilizado por VOLLERT (que adhiere al concepto material de propiedad, específicamente, a un concepto económico de éste) en Alemania para establecer que en los casos de intercambio arbitrario y utilidades temporales de sumas de dinero no se da un acto de apropiación. Este es el criterio de la “capacidad y voluntad de compensación”, criterio que utiliza una interpretación teleológica del concepto propiedad.

⁹⁹⁶ Silva Castaño, “El delito...”, en “Curso de...”, p.118.

utiliza en el artículo, parece, según Bajo Fernández, implicar necesariamente que el autor no puede ser el propietario de la cosa. La ajeneidad de la cosa se entiende, y en ello es unánime la doctrina, desde la perspectiva ofrecida por el derecho Civil...El requisito de la ajeneidad en el dinero es un tema muy controvertido. Con la entrega del dinero, ya lo hemos expuesto en varias oportunidades, se transmite la propiedad sobre el mismo. Por tanto, hecha ésta afirmación, la doctrina opina que se deberá resolver, por una parte, cambiando el bien jurídico protegido, que ya no podrá ser la propiedad, sino el derecho de crédito, y por otra, apartándose de las reglas civiles sobre el concepto de ajeneidad porque no pueden ser de aplicación en el derecho penal, cuando resolvemos problemas con referencia al delito de apropiación indebida”.

“Es, precisamente, la exigencia de ajeneidad en la cosa objeto de la acción de apropiación, la que nos obliga, desde nuestro punto de vista, a considerar como correcto todo lo que apuntábamos en el capítulo sobre el bien jurídico protegido, en los casos en los que el objeto de la acción es el dinero. Si el dinero se acepta como bien fungible, con la entrega el sujeto adquiere la propiedad sobre el mismo, por tanto no podrá nunca proceder a apropiarse de él, puesto que ya es suyo, no es ajeno y con su comportamiento no expropia a su titular”.

“La solución de admitir que en estos casos no puede ser el derecho de propiedad el que se proteja, sino el derecho de crédito, y que por tanto la ajeneidad no es ya un elemento del tipo penal, no es sino la aceptación de que en realidad lo que ocurre es, que estamos ante otro comportamiento delictivo que no consiste en la apropiación indebida de una cosa ajena, respecto de la cual la ajeneidad no es un elemento esencial, caracterizado en realidad, por el perjuicio patrimonial. Este comportamiento delictivo es la administración desleal que aparece en el artículo 252, cuando regula la distracción de dinero como una forma delictiva, aunque nada tiene que ver con el delito de apropiación indebida. La crítica se debe dirigir a la ubicación correcta de este presupuesto”⁹⁹⁷.

Siguiendo la línea de Bacigalupo, Jiménez Villarejo, Corcoy, Silva Castaño y parte de la jurisprudencia española, creo que cuando alguno de estos títulos (mencionados expresamente) entran en juego con un determinado objeto material de este delito, el cual se encuentra enumerado específicamente en la descripción típica, a saber, el dinero, y el derecho penal sigue una relación accesoria al derecho civil (un concepto formal de propiedad) se desdibujan tanto el tipo penal del delito de apropiación (indebida) cuanto el bien jurídico que este delito busca proteger.

Ya no es la propiedad el bien jurídico protegido, sino el patrimonio; ya no estamos frente a una apropiación indebida, porque no puede uno apropiarse de lo propio; ya no puede decirse que uno distrajo la suma de dinero recibida, si entiende como sinónimo de distracción a la apropiación; en definitiva, ya no estamos frente a un delito de apropiación sino que frente a una administración desleal del patrimonio ajeno.

Lo que ocurre en estos casos es un problema que puede resumirse en una sola palabra, “ajeneidad” (civil), por tanto si se acepta, la consecuencia necesaria es la imposibilidad de cometer un delito de apropiación sobre lo que es propio.

⁹⁹⁷ Ob. cit., p.146.

Queda claro que es imposible no tratar el tema del depósito irregular, el mutuo, la comisión o el mandato en que median entregas de sumas de dinero sin tocar el concepto de la ajeneidad civil.

Si el concepto de propiedad es material, la idea de ajeneidad civil pierde sentido, y lo que se busca es el contenido del derecho de propiedad que va ser de lo que, realmente, se apropia el sujeto activo. O sea, el sustrato físico de las monedas o billetes entregados puede pasar de manos de unos a otros, se puede transferir el dominio sobre dichas monedas, pero no el contenido, el verdadero contenido de dicho dinero no, y de ello será de lo que se apropiará el sujeto activo. El cuestionamiento vendrá respecto de aquellos casos que, paralelamente al ámbito penal en el ámbito civil se reconoce al sujeto activo cierto poder sobre la suma de dinero recibida, incluso el *ius disponendi*. Podría, incluso, pensarse que en el mutuo se puede dar un delito de apropiación indebida (que es el caso de la máxima disponibilidad sobre una suma de dinero recibida a la que puede llegar a aspirar un sujeto, esa disponibilidad nace de la propiedad civil que se tiene sobre dicha suma de dinero) y, por ello, habrá que determinar hasta que punto el derecho penal puede desconocer las reglas civiles, si estas reglas otorgan una cuota de poder importante a alguien y el derecho penal lo vendría a desconocer, penalizando incluso el incumplimiento de las obligaciones.

22.- Importancia de la obligación de entregar o restituir.

En esta parte nos remitimos integralmente al profesor Miguel Soto, quien señala que; “En el contexto precedentemente expuesto, definido el contenido del “tipo de lo injusto”, el rol y función que cumple el “perjuicio” y la importancia que para el esclarecimiento de ambos extremos tiene el incumplimiento del “deber de entregar o devolver”, que deriva de la “relación jurídica extra-penal”, que explica y delimita la recepción y la “tenencia” o “posesión” de la “cosa” y que es a la vez, coherentemente, objeto de dicho deber y objeto de la “apropiación”; resta por establecer si corresponde reconocerle al aspecto positivo de dicho cumplimiento, “la obligación de entregar o devolver”, alguna función o rol dogmático autónomo, pero concordante con la importancia que previamente se le otorgó para la definición de los restantes elementos del delito...Dicha obligación, observada desde el tipo, constituye una “relación jurídica de derecho privado”, con efectos y características propias de ese ámbito, que generan o dan origen a “un especial deber extra-penal”, cuya infracción es penalmente relevante, en cuanto supone, además y conjuntamente, la realización de la acción típica...Vale decir, observado el problema desde una perspectiva material, sólo quien es titular de dicho “especial deber extra-penal” puede realizar o satisfacer el contenido de injusto del tipo que nos ocupa, pues sólo dicho titular u obligado está en posición y, por ende, en posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, en la forma descrita y por tanto desvalorada en el tipo penal”⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ Ob. cit., p.73-74.

Capítulo Quinto. La conducta, el sujeto activo y el sujeto pasivo en este delito.

23.- La Conducta: Acción y omisión, importancia para el sistema

La conducta del delito puede ser en nuestro derecho de 2 formas, reconociendo que en el derecho comparado se reconocen 3 formas de comisión de éste.

La primera de ellas es la de apropiación, la segunda es la de distracción y, la tercera, la de negarse a restituir, negar haber recibido o la no restitución a su debido tiempo.

Empezaré por esta última, ya que esta nos llevará a estudiar la posibilidad de la forma de comisión omisiva del delito de apropiación indebida en nuestro ordenamiento jurídico.

23.1.- Negarse a restituir, negar haber recibido o no restitución a su debido tiempo.

Cabe, en primer lugar, hacer presente que frente a la redacción del artículo 252 del Código Penal Español, el inciso 2º del artículo 173 del Código Penal Argentino y el N°4 del artículo 283 del Código Penal de Nicaragua, nuestro código penal no conoce las hipótesis de “negarse a restituir, no restituir a su debido tiempo o negar haber recibido”,

sólo conoce las modalidades comisivas de apropiación⁹⁹⁹ y distracción.

Sin embargo, la negativa a restituir o retención no ha sido un tema del todo ajeno a nuestro país sino que, por el contrario, ha sido tratada por la doctrina aún cuando nuestro código no contempla esta modalidad dentro de sus hipótesis de comisión. Pero esta modalidad, además, conlleva otro tema a tratar, cual es, si cabe la comisión por omisión del delito de apropiación indebida.

Así, por ejemplo, el segundo comentarista de nuestro código penal, Alejandro Fuensalida, mencionó este tema al referirse al uso del dinero y dijo “1438. Pero tratándose del uso de dinero, la estafa no puede consumarse generalmente sino cuando se niegue la devolución o no pueda hacerse por cualquier causa. El motivo es que, no pudiendo deteriorarse las monedas por el uso, se presume el ánimo de permitirlo con tal que se devuelva igual cantidad....”.¹⁰⁰⁰

Pedro Javier Fernández y Robustiano Vera no tratan ninguno de estos dos tópicos.

Este tema no fue tratado, clara y sistemáticamente, sino hasta que Politoff¹⁰⁰¹ en su libro “El delito de apropiación indebida” se preguntó; “¿es que la mera retención (aún despojada de tal “animus” -animus rem sibi habendi-) quebranta el bien jurídico tutelado en el tipo legal?. El derecho a la restitución resulta vulnerado desde que la cosa es retenida, pese a que el legislador no reprima penalmente *todo atentado* contra de dicho bien jurídico, limitando la incriminación a aquellos que consisten en una *apropiación* (retención presidida por el “animus rem sibi habendi”). La simple retención es, por consiguiente, *antijurídica*, aunque no típica.....Sin embargo, a nuestro entender, la situación varía de modo radical al llegar la fecha pre fijada para la devolución. Al hacerse exigible la obligación de restituir, la inactividad del deudor pasa a tener una significación material, en todo equivalente al hacer positivo: nos hallamos frente a una forma de apropiación de carácter *omisivo*. En efecto, al cumplirse la fecha predeterminada para la devolución, surge un *deber de actuar* para el sujeto activo, que emana del propio contrato que sirviera de causa jurídica de su detentación “animo alieno”.

El bien jurídico tutelado con la figura del artículo 470 N°1 del Código Penal, es el derecho a la restitución, derecho que resulta quebrantado con la *no restitución* (retención) del obligado a ella. Es claro que, así como la sola enajenación o el solo empeño, al que no va unido el “animus rem sibi habendi” (que hace de mero acto de disposición un acto de apropiación), son insuficientes para constituir la conducta positiva de apropiarse una cosa ajena de que se es simple detentador, del mismo modo, la sola retención, a que no acompaña el precitado elemento subjetivo del tipo, no es bastante para generar la conducta negativa (comisión por omisión) en que también puede consistir la acción de apropiarse.”.

Garrido Montt¹⁰⁰², sin profundizar en el tema entiende que la negativa a restituir es,

⁹⁹⁹ Sin perjuicio de ello, más adelante veremos la posibilidad de la comisión omisiva del verbo rector apropiar.

¹⁰⁰⁰ Ob. cit., p.222.

¹⁰⁰¹ Ob. cit., p.240 y 257. Véase, sobre el momento consumativo del delito en las hipótesis omisivas p.261 y ss.

lisa y llanamente, un acto de apropiación.

Labatut tampoco estudió el tema de la comisión por omisión de este delito y sólo vinculó la negativa a restituir a la distracción. Él dice que “la distracción no cabe respecto de las cosas consumibles, sino ante la negativa de entregar o devolver otras de igual calidad y cantidad”¹⁰⁰³. Como se verá más adelante, para Labatut la distracción constituye una modalidad de distracción.

Matus y Ramírez siguen a Labatut al sostener que la distracción “no cabe respecto de las cosas fungibles sino ante la negativa de devolver otras de igual calidad y cantidad”. En cuanto a la apropiación, sostienen que “el simple retardo en la devolución de una cosa, reconociendo dominio ajeno, no constituye apropiación”¹⁰⁰⁴, es decir, tampoco han estudiado claramente la hipótesis de comisión por omisión de este delito.

Etcheberry tampoco ha estudiado el real problema que subyace detrás de la negativa a restituir -la omisión-. Para él esta modalidad comisiva constituye una forma de apropiación. Él se ocupa del tema al tratar la relación que existe entre la consumación del delito y la fungibilidad o no fungibilidad del objeto material de éste, y así dice que en el caso de bienes no fungibles el delito se consuma cuando el autor se apropia de la cosa (si con ella la restitución se hace imposible) o cuando el autor se niega a restituir, siempre y cuando se trate simplemente de quedarse con la cosa (apropiación omisiva). Ahora bien, tratándose de bienes fungibles, Etcheberry señala que el delito se consuma sólo con la negativa a restituir, “puesto que hasta ese momento siempre está presente la posibilidad de entregar o devolver una cantidad equivalente de cosas (tantundem), con lo cual no desaparece ciertamente la apropiación, pero se evita que surga el perjuicio, indispensable para que haya delito”¹⁰⁰⁵.

Después de Politoff, sólo Soto Piñeiro¹⁰⁰⁶ ha tratado este tema en un título específico de su libro relativo a la acción y omisión en este delito, por tanto su estudio ha sido claro y preciso. Él ha señalado que el artículo 470 N°1 del C. Penal puede ser tanto una norma prohibitiva cuanto una norma imperativa, “pues el tipo circunscribe tanto las “apropiaciones” por acción” (norma prohibitiva), “como las “apropiaciones” por omisión” (norma imperativa que impone la obligación de entregar o devolver), la que según su criterio sería un tipo de omisión propia o pura”.

En España la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se pronuncian en el sentido que el delito de apropiación indebida sólo conoce formas de comisión activas, es decir, es un delito de acción (apropiación).

¹⁰⁰² Ob. cit., p.369.

¹⁰⁰³ Ob. cit., p.235. Se pronuncian en el mismo sentido siguiendo textualmente a Labatut, Jean Pierre Matus y M^a Cecilia Ramírez, en ob. cit. p.183.

¹⁰⁰⁴ Ob. cit., p.183.

¹⁰⁰⁵ Ob. cit., tomo III, p.427 y ss.

¹⁰⁰⁶ Ob. cit., p.61 y ss.

Así se han manifestado Cuello Calón¹⁰⁰⁷, Quintano Ripollés¹⁰⁰⁸, Sainz-Pardo¹⁰⁰⁹, Serrano Gómez¹⁰¹⁰, Castañeira Palau¹⁰¹¹, Majón-Cabeza¹⁰¹², Rodríguez Ramos¹⁰¹³, Corcoy Bidasolo¹⁰¹⁴, Claderón / Choclán¹⁰¹⁵ y Luzón Peña¹⁰¹⁶.

Respecto de la frase los que negaren haber recibido la cosa, Groizard¹⁰¹⁷, repitiendo a Viada¹⁰¹⁸, señala; “Esta redacción poco afortunada, ha dado origen á una importante cuestión, resuelta por el Tribunal Supremo, en un sentido contra el cual ha protestado uno de sus más distinguidos miembros (Salvador Viada). El interés que suscita en este punto no es puramente científico, es práctico y trascendental, pues lleva en sí envuelta la afirmativa ó negativa, de si puede ó no ser materia del delito de estafa la no devolución por el deudor de la cantidad dada en préstamo, cuando niega haberla recibido...El Magistrado al que hemos aludido ha sostenido la negativa, fundado en que no viniendo obligado el mutuario á responder de la cosa que recibió *porque la hizo suya* en virtud del contrato, sino á devolver otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente perseguido en virtud de este artículo y número, por su falta de cumplimiento del contrato, ni por el hecho de negar haber recibido la cosa: pues que es evidente que en las disposiciones del texto sólo están comprendidos aquellos pactos, como el depósito, la comisión ó la administración y demás que produzcan la obligación de entregar ó devolver la misma cosa que se ha recibido...El Tribunal Supremo, sin embargo, en diferentes sentencias ha resuelto lo contrario...”.

¹⁰⁰⁷ Ob. cit., p.836.

¹⁰⁰⁸ Ob. cit., p.891.

¹⁰⁰⁹ Ob. cit., p.74.

¹⁰¹⁰ Ob. cit., p.421.

¹⁰¹¹ Véase “Ventas a plazos y apropiación indebida”, Bosch Editores, Barcelona 1983, p.89.

¹⁰¹² Ob. cit., p.191.

¹⁰¹³ Ob. cit., p.307.

¹⁰¹⁴ Ob. cit., p.91.

¹⁰¹⁵ Véase “Derecho Penal”, Parte Especial, tomo II, Bosch Editores, Barcelona 1999, p.824 y 826. Estos autores, al tratar esta conducta, sólo la enumeran, pero luego, al tratar del aspecto subjetivo, exigen el animus rem sibi habendi respecto de esta conducta.

¹⁰¹⁶ Ob. cit., p.88. Este autor extiende esta conducta como un acto de disposición, por lo que el legislador no estableció una presunción iuris et de iure.

¹⁰¹⁷ Ob. cit., p.607 y ss.

¹⁰¹⁸ Ob. cit., p.516 y ss, en especial nota al pié de página 518.

Queda claro que Viada y Groizard relacionan “el negar haber recibido la cosa” con la obligación de entregar o devolver ésta.

Groizard dice que esta obligación, de entregarla o devolverla, no se presenta en los casos de mutuo, porque en el mutuo el que recibe se hace dueño de la cosa, es decir, el posible sujeto activo se hace dueño de la cosa en razón de un contrato real.

Por lo visto, para él es importantísimo el título que motivó la entrega. Dice; “Si lo entregado es dinero ó alguna cosa fungible, como por el uso se consume, habrá de ser devuelta, no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso el contrato es de préstamo”.

“Un título traslativo de posesión, no traslativo de dominio es, a nuestro sentir, la condición característica de la estafa”.

En suma, ni Groizard ni Viada vislumbraron el problema que puede presentar esta modalidad de conducta, a saber, que el delito de apropiación indebida pueda ser cometido mediante una modalidad omisiva.

Más bien se preocuparon, al tratar de la negativa de haber recibido, del problema de los títulos que precedieron la entrega, en especial, del caso del mutuo.

Según Majón-Cabeza¹⁰¹⁹, Ferrer Sama¹⁰²⁰ y Puig Peña (en la 4ª edición de su libro) se manifiesta en similar sentido que Viada y Groizard (esta opinión de Puig Peña no aparece en la 5ª edición de su libro) y, en definitiva, no tratan de llenar el tema de comisión por omisión de este delito.

Otros autores sostiene que, más que existir un acto de apropiación, en estos casos existe una presunción iures et de iure de haber dispuesto de la cosa. Este es el caso de Rodríguez Devesa¹⁰²¹, Muñoz Conde¹⁰²² y Mestre Delgado¹⁰²³.

Bustos, sin reconocer que recurre a la presunción anterior, admite que la ley estableció un límite máximo pasado el cual, si no hubo restitución, se estima que hubo un acto de disposición¹⁰²⁴.

Vives estima que el tema es “más que discutible”, ya que el no “cumplimentar un requerimiento de entrega no es, todavía, haberse apropiado de la cosa”. En todo caso la esencia del injusto radica para él en la conducta propositiva de “apropiación”¹⁰²⁵.

¹⁰¹⁹ Ob. cit., p.175.

¹⁰²⁰ “El delito de apropiación indebida”, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Murcia 1945, p.57.

¹⁰²¹ Ob. cit., p.409 y ss. Este autor sostiene que la negativa a restituir constituye una presunción iures et de iure.

¹⁰²² Ob. cit., décimocuarta edición., p.431-432. Este autor sostiene que en el caso de negar haber recibido una cosa mueble con obligación de devolverla “existe una presunción de apropiación”, presunción que también existe, aunque no haya sido nombrada, cuando se sostiene haber devuelto la cosa.

¹⁰²³ Ob. cit., p.277. Para este autor en este caso existe una presunción de apropiación.

Queralt ¹⁰²⁶ se pronuncia por la derogación de esta modalidad delictiva. Cuando el sujeto activo afirma que la cosa no le ha sido entregada o que ya la devolvió, este autor sostiene que se produce una alteración de la realidad.

Esta modalidad delictiva constituye, para él, una deficiencia del ordenamiento que aún no ha sido superada.

Según Queralt, se incorporó esta modalidad de comisión en la apropiación indebida para hacer frente a las críticas a que era acreedor el texto legal en cuanto a la laguna que representaba la no devolución de préstamos (contrato mutuo) negando haberlos recibido.

La incorporación de esta modalidad de comisión se produjo con la dictación del Código Penal de 1870, cuando la apropiación indebida pasó a regularse dentro de las estafas.

Luego agrega Queralt que, cuando la apropiación indebida fue sacada del título de las estafas (“desgajarla de las estafas”), en 1932, este inciso perdió el sentido original, “pues la no devolución del dinero recibido en préstamo no integra este delito (la apropiación indebida), dado que el préstamo de cosas fungibles supone la tradición de la propiedad y sólo se está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, obligación que sí tiene lugar en el depósito o en la administración: *por definición en estos contratos no se entrega propiedad alguna al eventual sujeto activo*”.

Bajo Fernández / Pérez Manzano estiman que la conducta en este delito puede ser tanto activa como omisiva, ya que al negar haber recibido no se presume el acto de disposición, sino que es el acto de disposición mismo, en especial tratándose de bienes fungibles y consumibles, como el dinero ¹⁰²⁷.

Silva Castaño sostiene que la opinión de los autores españoles sobre la posibilidad de la comisión por omisión del delito de apropiación indebida no son profundos ¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ Ob. cit., p.207. Para este autor, la negativa a restituir implica “fijar un límite cierto al momento de la voluntad de disposición, como no ha habido acto de disposición, se fija en el momento de la negativa, aunque haya existido antes. No se trata de una presunción de apropiación, que sería contraria al principio de legalidad ya que sería una suposición de injusto, sino solamente una forma de fijar el momento máximo en que tiene que haberse producido la disposición de la cosa”. Para él tanto la apropiación, la distracción como la negativa a restituir son reconducibles a un máximo común denominador, actos de disposición de la cosa. Por esta razón, si bien la negativa a restituir no es para él una presunción de apropiación, si es presunción de un acto de disposición al fijar la ley el límite máximo en que pudo haberse realizado. No es acaso lo mismo presumir a través de la negativa un acto de disposición prohibido, tan prohibido como la apropiación. Parece que existe un contrasentido sostenerse que no puede presumirse la apropiación por respeto al principio de legalidad y, por la otra establecer, vía presunción (el hecho conocido de que no se ha restituido) el acto de disposición (el hecho desconocido) que supone el no devolver jamás. El argumento no puede ir por este lado.

¹⁰²⁵ Ob. cit., 1990, p.958; ob. cit., 1999, p.473 y 474; y en “Comentarios al Código Penal de 1995”, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, p.1259 y ss.

¹⁰²⁶ Ob. cit., p.333 y ss.

¹⁰²⁷ “Manual...”, p.420; “Compendio...”, p.483.

¹⁰²⁸ Ob. cit., p.103 y ss.

Para poder contestar esta pregunta la autora recuerda que a pesar que una tipo no contenga una definición expresa de la forma omisiva, no hay impedimentos para que, en principio, el tipo se pueda llevar a cabo mediante una omisión. Para ello, dice Silva Castaño, es necesario saber si el sujeto activo se encuentra en posición de garante, en qué se funda dicha posición de garante y si dicha posición de garante resulta equivalente a las formas activas de comisión de la apropiación indebida, de ser así, se podría admitir la comisión por omisión o el delito de omisión impropio de apropiación indebida.

La fundamentación de la posición de garante del sujeto activo se encontraría, para Silva Castaño, en la “especialísima relación de confianza” que lo une con el sujeto pasivo (el sujeto activo recibió la cosa del titular del bien jurídico y aceptó el deber de cuidado de ésta, en el sentido de impedir el resultado de expropiación definitiva que pudiera afectar la relación entre el titular del bien y la cosa).

Sin embargo, la apropiación indebida es un delito de pura causación o de producción del resultado de forma determinada, que en este caso será la apropiación propiamente tal y la correlativa expropiación permanente, todo esto acompañado del animo de señor y dueño.

De todo lo anterior, concluye Silva Castaño, la comprobación de que hubo una apropiación acompañada de una expropiación definitiva, es muy difícil de comprobar, ya que ella sólo parece posible de demostrar mediante actos positivos.

Lo que ocurre en Argentina sobre este tema se verá en la letra f), relativa al perjuicio, del punto N°2 de este capítulo.

Pero ¿qué sucede con las otras dos formas de comisión de este delito, que si encuentran cabida en nuestro código penal?

23.2.- Apropiación y distracción

Carrara en su “Programa de Derecho Criminal” distinguió entre la contractación y la apropiación como verbos rectores de los delitos de hurto propio y hurto impropio respectivamente. Para él la apropiación indebida (que llamó abuso de confianza o truffa) es una forma de hurto impropio (véase el párrafo 2280 del tomo VI de su obra) y requiere como elemento esencial la apropiación. No la definió, pero en una nota al pie de página ¹⁰²⁹ esbozó una que, por decir algo, podría llamarse definición. Señaló que la apropiación es “el acto con que el consignatario pretende hacer definitivamente suya una cosa”. Ahora bien, en el caso del hurto propio (que él, siguiendo de cerca a Paulo –Digesto 47, 2, 2, párrafo 3- definió como la “contractación dolosa de una cosa ajena, hecha contra la voluntad de su dueño o invito dominio y con intención de lucrarse de ella” ¹⁰³⁰), no empleó el vocábulo apropiación, sino que recurrió al concepto “contractare”, que significa “trasladar o mover de un lugar a otro una cosa”.

En España, los comentaristas decimonónicos y de principios del siglo veinte, como Pacheco ¹⁰³¹ y Viada ¹⁰³² no se hicieron cargo específicamente de este tema. Por su parte

¹⁰²⁹ N°1 de la página 375 y 376 del párrafo 2289 de ob. cit.

¹⁰³⁰ Ob. cit., p.13 y ss.

Groizard¹⁰³³ y Rodríguez Navarro¹⁰³⁴, si bien tampoco trataron de forma específica los conceptos de apropiación y distracción, dieron algunas luces sobre este tema.

Groizard al tratar el tercer elemento del delito de apropiación indebida (a saber, la existencia de una convención traslativa de la posesión, más no del dominio) circunscribió el tema en base a los dos elementos que para él conforman la apropiación, uno externo y otro interno¹⁰³⁵. El elemento externo implica o supone el ejercicio propio de las condiciones de dominio, y el elemento interno lo constituye el ánimo de apropiación.

Rodríguez Navarro, por su parte (en su obra que es una recopilación de sentencias), además de señalar cuáles son los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, hizo sinónimos los conceptos de apropiación y apoderamiento. También

¹⁰³¹ Ob. cit., tomo 3, p.320 y ss. y 361 y ss. Este autor trata, además de la necesidad que el objeto material del hurto (art.437) sea una cosa mueble (Nº4 p.320), del ánimo de lucro (Nº5 p.320), de que el hurto sea llevado a cabo en contra de la voluntad del dueño de la cosa o invito dominio (Nº6 p.320), se extiende sobre manera respecto del caso de la negativa de haber recibido dinero, especificando que ello no le extraña que constituya hurto en el caso que el dinero se entregue en depósito, más no entiende que exista hurto en el mismo caso si el dinero fue recibido en préstamo, porque el dinero prestado pasa al dominio del favorecido. "La consecuencia de esto será que todo aquel que negare sus deudas habrá de ir a presidio" (Nº8 de la p.321). Insiste luego Pacheco (p.327 Nº3), al comentar el art.439 (relativo al agravamiento de la pena del delito de hurto en 3 casos específicos) de aquel código, que "El lo que no podemos ménos de insistir, es en lo que hemos enunciado en el Comentario del artículo precedent, acerca de su segunda parte. Si es hurto la denegación de haber recibido dinero, como allí se dice, parecemos un castigo extraordinario, irracional, el que aquí se decreta, cuando por negar la cantidad de seis duros se imponga nada ménos que el presidio correccional á un hombre. Pero sobre este punto hemos hablado generalmente en auquel artículo, y débese tener por dicho para todo lo que en él se expresó". Finalmente (p.362 Nº2, 3, 4, 5, 6, 7 y 12), y al tratar de la apropiación indebida regulada en el artículo 452 "...dígase en verdad si no parece un mismo delito el que nombre de *hurto* allí (del Nº2 del art. 437, relativo a la negativa de haber recibido), de *estafa* ó *engaño* aquí, se castiga por el Código.....Hay, pues, no sólo repetición de un mismo delito, con nombres diversos en dos lugares del Código, sino variación, contradicción en las penas que han de imponerse a sus perpetradores...La única solución á estas dificultades estribaría en asirse á una variante de palabras, que se nota en verdad entre los artículos del Código, y decir que hay *hurto*, cuando se *niega* haber recibido, ó tener obligación de devolver la suma; y hay sólo *defraudación* cuando se apropia ó distrae *sin negarla*". Estos comentarios influyeron tan fuertemente en el legislador español que en el Código de 1870, la negativa a que hicimos alusión pasó a ser la 3ª hipótesis de comisión del delito de apropiación indebida.

¹⁰³² Véase en "Código Penal reformado de 1870, concordado y anotado", 4ª edición, tomo IV, Fernando Fe, A. San Martín y Donato Guío, Madrid 1890.

¹⁰³³ En "El Código Penal de 1870, concordado y anotado", tomo VI, 2ª edición, Establecimiento tipográfico de los Sucesores de J.A. García, Madrid 1914, p.594 y ss., este autor señala "Los ladrones *cogen* las cosas; los estafadores de que tratan los números anteriores *alargan* la mano para conseguir que en ella se *las pongan* incautamente sus dueños; á los esfadores actuales les basta con *cerrarla* cuando ocasionalmente se las entregan"; este último caso se refiere a la apropiación indebida que en ese entonces se llamaba estafa, cuestión importante que hace notar la confusión que reinaba en cuanto a la apropiación indebida como delito en el C.P. Español de 1870, p.603.

¹⁰³⁴ Véase en "Doctrina del Tribunal Supremo", tomo 3º. M. Aguilar Editor, Madrid 1947, p.4784 y ss. Este autor sigue llamando a la apropiación indebida "estafa" frente al CP Español de 1944. En especial, véase p.4788.

¹⁰³⁵ Ob. cit., p. 603.

proporcionó una definición de distracción al señalar que ella es la “desviación de destino que debía darle el perceptor a la cantidad percibida por encargo de otro”¹⁰³⁶.

En España, en la actualidad, existen 2 corrientes muy marcadas en cuanto al significado y la relación de los conceptos apropiación y distracción.

23.2.1- Por una parte, existe un grupo mayoritario de autores¹⁰³⁷ (Bajo Fernández¹⁰³⁸, A. Calderón / J.M. Choclán¹⁰³⁹, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, Sainz Pardo¹⁰⁴⁰, Muñoz Conde¹⁰⁴¹, Majón-Cabeza¹⁰⁴², Queralt¹⁰⁴³, Bustos¹⁰⁴⁴, Quintano Ripollés¹⁰⁴⁵, Ferrer Sama¹⁰⁴⁶, Moreno / Marchena¹⁰⁴⁷, Zugaldía¹⁰⁴⁸, Luzón Peña¹⁰⁴⁹, De la Mata¹⁰⁵⁰) que entienden que el verbo rector del delito de apropiación indebida es, única y

¹⁰³⁶ Ob. cit., p.4788.

¹⁰³⁷ Por todos véase a Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., p.418-419.

¹⁰³⁸ En "Manual de", ob. cit., p.279 afirma "Entiendo con la Doctrina dominante que las tres expresiones son reconducibles a *disponer de la cosa como propia*."

¹⁰³⁹ Ob. cit., p.823.

¹⁰⁴⁰ Ob. cit., p.70.

¹⁰⁴¹ Ob. cit., decimocuarta edición, p.431.

¹⁰⁴² Ob. cit., p.181.

¹⁰⁴³ Ob. cit., p.333. Para este autor a nivel jurídico-penal la distinción es irrelevante, porque ambas representan un acto de dominio completo sobre los objetos del delito en perjuicio de su propietario, pero para el CP existe una diferencia: la apropiación es más directa y la distracción más taimada.

¹⁰⁴⁴ Ob. cit., p.207. Para Bustos apropiación y distracción se reducen a actos de disposición.

¹⁰⁴⁵ Ob. cit., p.885 y ss. Este autor –que adhiere a la interpretación restrictiva de los verbos rectores de la apropiación indebida- no cree que por que exista duplicidad de conceptos apropiación / distracción (p.886), éstos se refieran a conductas distintas. Además, se suma a esto que lo importante verdaderamente importante en este delito es el ius disponendi, no basta el ius utendi. Finalmente, hay que agregar la mera comparación sistemática en el sentido que cuando el legislador quiso castigar la aplicación de fondos a distinto destino del previsto, lo tipificó expresamente y ello ocurrió en los arts. 394 y 397 del C.P., en la llamada malversación impropia, por esto si el legislador hubiera querido que los usos no debidos se sancionaran en el caso de la apropiación indebida, lo habría hecho expresamente.

¹⁰⁴⁶ Ob. cit., p.56 y ss., p.768.

¹⁰⁴⁷ Véase "El Delito de Apropiación en el Código Penal de 1995", Editorial Colex, Madrid 1998, p.69.

¹⁰⁴⁸ Ob. cit., p.83.

¹⁰⁵⁰ Ob. cit., p.188 y 236.

exclusivamente, la apropiación y, por tanto, el término “distraer” debe ser reconducido necesariamente a alguna forma de apropiación para mantener la unidad y coherencia en el estudio del tema.

Al respecto De la Mata sostiene que “Frente a la distinción legal del art.535 CP entre distracción y apropiación, la doctrina mayoritaria entiende que no estamos sino ante un mismo comportamiento expresado de dos maneras diferentes”¹⁰⁵¹.

Bajo entiende, con la doctrina mayoritaria (al efecto cita a Sainz-Pardo, Muñoz Conde y Rodríguez Devesa), que el máximo común denominador de los verbos apropiación, distraer y negar haber recibido es, precisamente, el acto de disposición (es decir, las 3 formas de comisión delictivas se reconducen al acto de disposición)¹⁰⁵².

Dice Bajo Fernández “El comportamiento típico en el delito de apropiación indebida consiste en disponer de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver”¹⁰⁵³.

Sainz-Pardo sostiene que “la acción básica en el 535 consiste en *apropiarse*.....Es por ello por lo que creemos que el verbo apropiar contiene en sí lo que podíamos interpretar por “distraer”¹⁰⁵⁴.

Para este autor, la apropiación (la acción básica del delito) se puede manifestar de 2 formas; la primera es el acto de disposición de una cosa como si fuera propia (esta modalidad incluye la distracción) y, la segunda forma de apropiación, es el negar haber recibido.

Lo anterior nos conduciría a pesar, en principio, que es equívoca la cita que Bajo Fernández hace de Sainz-Pardo. Bajo dice que para Sainz-Pardo el máximo común denominador de los 3 verbos rectores del delito de apropiación indebida es el acto de disposición.

Para Sainz-Pardo el acto de disposición es una de las dos formas en que puede presentarse la apropiación, siendo la otra, precisamente, la negativa a restituir. Debe entenderse que para este autor la negativa a restituir es una forma de apropiación y la apropiación es un acto de disposición, así cobra sentido la frase de Bajo Fernández.

El acto de disposición es definido por Sainz-Pardo como la “acción que consiste en una manifestación de voluntad de apropiación a través de un acto de disposición (sic) de la cosa de tal naturaleza y significación que suponga una extralimitación de su poder, de

¹⁰⁴⁹ Ob. cit., p.88. Este autor señala "El CP prevé tres modalidades comisivas: apropiarse, distraer y negar haber recibido. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran equiparables los tres términos, pues aunque su sentido vulgar es diferente (distraer consiste en dar al bien una aplicación diferente a la prevista) entiende que no cabe distracción sin apropiación."

¹⁰⁵¹ Ob. cit., p.166.

¹⁰⁵² Ob. cit., p.279.

¹⁰⁵³ "Manual....", p.278.

¹⁰⁵⁴ Ob. cit., p.70 y 72.

sus facultades sobre las cosas y que significa, precisamente, la apropiación de la misma”¹⁰⁵⁵.

Por su parte Bajo Fernández define el acto de disposición como el “acto dominical que el sujeto realiza sobre un objeto mueble incorporado a su patrimonio de modo lícito, pero con determinadas limitaciones contractuales. *La ruptura de esos límites contractuales* mediante el acto de disposición de carácter dominical, implica la comisión de la conducta típica de apropiación indebida..., el acto de disposición de la cosa como propia en la apropiación indebida debe ser de tal modo que implique incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver”¹⁰⁵⁶.

Aún cuando Muñoz Conde también recurre a la idea de “acto dispositivo” no es muy claro respecto del contenido de este concepto porque sostiene que el acto de disposición implica un acto de apropiación del sujeto que dispone y, a su turno, define la apropiación como el acto de disponer de las cosas como si fueran propias¹⁰⁵⁷. Estima que en el caso de negar haber recibido la cosa, como en aquél en que se afirma haber devuelto la cosa entregada, en realidad existe una presunción de apropiación de la cosa.

Otro que recurre a la idea del acto de disposición es Rodríguez Devesa y ello ocurre cuando señala “ b´) La *acción* consiste en apropiarse de las cosas recibidas por título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Pero no es suficiente, desde un punto de vista penal, una intención no trascendente al mundo exterior....; es necesario, por el contrario, que la intención de apropiarse la cosa, se manifieste, bien por medio de un acto dispositivo, bien de otro modo rotundo y terminante....Cuando falta todo acto dispositivo, únicamente se puede venir en conocimiento la voluntad de apropiarse la cosa recibida si el sujeto pasivo niega que esté en su poder....”¹⁰⁵⁸.

Cabe hacer notar que este máximo común denominador al que acude la doctrina española para definir la conducta típica del delito de apropiación indebida, “el acto de disposición”, atiende única y exclusivamente a un aspecto subjetivo¹⁰⁵⁹ como es el ánimo con que actúa el sujeto activo (por ejemplo, como se verá más adelante en el caso de Sainz-Pardo, “voluntad de apropiación”, o los conceptos de “animus utendi y animus apropiandi” a los cuales recurre Rodríguez Devesa¹⁰⁶⁰, o la “voluntad de hacer suya la cosa,...que se exteriorice por actos concluyentes, como son los de arrogarse los poderes del dueño” de que habla Quintano Ripollés¹⁰⁶¹).

¹⁰⁵⁵ Ob. cit., p.74 y 75.

¹⁰⁵⁶ “Manual....”, p.278 y 279.

¹⁰⁵⁷ Ob. cit., 14 edición, p.431.

¹⁰⁵⁸ “Derecho....”, p.409.

¹⁰⁵⁹ De la Mata, “Tutela.....”, p.152 y ss., p.402 y ss.

¹⁰⁶⁰ “El hurto....”, p.230 y ss.

¹⁰⁶¹ Ob. cit., p.888.

Ahora bien, De la Mata sostiene que “La discusión que se ha mantenido en la doctrina española sobre el significado que hay que conceder a la expresión “distracción” que aparece en la descripción legal del art.535 CP se relaciona de modo directo con la impunidad de los usos temporales y con el propio concepto de apropiación en estos delitos”¹⁰⁶².

“La incorporación en el art. 535 del verbo distraer no debe desorientarnos a la hora de seguir afirmando la impunidad de los usos no autorizados. Estos también son atípicos en relación con al art. 535 CP, porque con ellos ni se expropia a un sujeto ni se lesiona en este sentido la propiedad”¹⁰⁶³.

Más adelante, en su libro De la Mata señala; “La reconocida atipicidad de las apropiaciones temporales obliga a la doctrina dominante a aceptar la impunidad de la utilización temporal de dinero ajeno. Para constatar la temporalidad de dicha utilización y para confirmar su atipicidad se atiende a diversas consideraciones. Entre ellas, se presta especial atención a la “capacidad y voluntad de restitución” del sujeto activo”¹⁰⁶⁴.

Según estas últimas palabras cabe deducir que en España, según De la Mata, el acto de disposición (acto de apropiación) se establece atendiendo a un elemento subjetivo, como es, el ánimo con que actúa el sujeto activo. Ahora bien, cuando este acto de disposición se refiere a un objeto material como es el dinero, este acto atiende a dos órdenes de consideraciones; por un lado, al ya referido elemento subjetivo (ánimo con que actúa el sujeto activo) y, por el otro, la capacidad económica del sujeto activo.

Existe una relación necesaria entre el estudio de los usos temporales y el concepto de apropiación, y las conclusiones a las que se arriba son aplicas al estudio del concepto distracción. En España este estudio de la relación entre uso temporal / acto de apropiación parte de la investigación que en dicho país se ha desarrollado en torno al llamado hurto de uso¹⁰⁶⁵.

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia española han desarrollado 3 teorías sobre este tipo de hurto:

La primera de ellas es la teoría de la identidad entre el hurto de uso y el hurto propio (del antiguo art.514, actual art.234 CP), es decir, aquella que estima que deben sancionar de igual forma ambas clases de hurtos. Esta teoría ha sido defendida por un reducido número de autores, sostiene Zugaldía¹⁰⁶⁶, y cita como ejemplos a Groizard, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Puig Peña, Ferrer Sama y Luzón Cuesta. Manifiesta Zugaldía las dudas que le genera la opinión de Pacheco, ya que cita una parte de su obra que dice “hay hurto tomando dinero para quedarse con él, tomando una estatua para conservarla, tomando un caballo para pasearse”. Este último ejemplo propuesto por Pacheco es el

¹⁰⁶² Ob. cit., p.165.

¹⁰⁶³ “Tutela.....”, p.187.

¹⁰⁶⁴ “Tutela...”, p.406.

¹⁰⁶⁶ “Los delitos....”, p.98.

que genera dudas a Zugaldía, porque no se aclara si se toma el caballo "con el fin de dar un corto paseo, o aquel otro en que alguien se apropia del caballo ajeno para destinarlo a sus paseos".

La segunda es la llamada teoría cuantitativa que afirma que "la utilidad lograda por el sujeto activo a través de su ilícita posesión se corresponde normalmente con un daño causado al agente que no debe quedar impune. De ahí que se considere justo penalizar el hurto de uso, a través del art.514 C.p., pero adecuando las penas del hurto común al valor venal del uso (es decir, fijando el valor de la cosa, conforme al goce procurado u obtenido por el acto –donde el Código Penal habla del valor de lo sustraído habría que distinguir el "valor de uso de lo sustraído", si se trata de un hurto propio, y el "valor de consumo de lo sustraído", si se trata de sancionar un hurto de uso¹⁰⁶⁷)".

Finalmente, la tercera es la llamada teoría de la impunidad que considera que el hurto de uso sólo es punible precisamente "en el supuesto específico –que nace para evitar lo que en otro caso sería un vacío de punibilidad- a que hace referencia el art.516 bis C.p. (utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno¹⁰⁶⁸), limitando su objeto material a los vehículos de motor. En los demás supuestos, se afirma, es impune por atípico (el hurto de uso¹⁰⁶⁹) al no poder ser reconducido al art.514 C.p. (definición del delito de hurto propio¹⁰⁷⁰), ya que aunque el sujeto usa indebidamente un bien mueble trata de obtener un beneficio o ventaja de ese uso (animus utendi), el mismo no colma las exigencias del ánimo de apropiación (animus utende) esencial para el delito de hurto¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁵ Zugaldía, en "Los delitos...", p.66 y ss. sostiene que es necesario hacer una precisión terminológica respecto del concepto hurto de uso, puesto que "...contadas excepciones, la doctrina suele utilizar la expresión "hurto de uso" para hacer referencia a aquellos supuestos en los que el sujeto se apodera de una cosa mueble ajena con simple intención de uso, es decir, sin ánimo de apropiación y con voluntad de restituirla una vez hecho el uso que de ella se pretendía, citando como precedente de esta modalidad de hurto al *furtum usus* romano. La cuestión es discutida y discutible, pero, en principio, no parece ser el sentido que el *furtum usus* tuvo en el Derecho Romano". "Por la especial forma de elaborarse y el desarrollo de sus instituciones a lo largo de los siglos, en Derecho Romano el concepto de hurto tiene que ser necesariamente conflictivo...De ahí que todo intento de dar contenido a los conceptos de *furtum rei*, *furtum usus* y *furtum possessionis* se base necesariamente en conjeturas...Con relación al *furtum rei* existe acuerdo en cuanto al extremo de que debió consistir...Más discutido resulta, en cambio, el concepto de *furtum possessionis*...Menos discutido resulta, sin embargo, el concepto de *furtum usus*: equivaldría a lo que hoy podríamos denominar apropiación indebida de uso ya que a esta modalidad de hurto pertenecían...en definitiva, todos aquellos casos en los que una persona se extralimitaba en el derecho que a usarlas le correspondía...En base a estas consideraciones, y para evitar confusiones terminológicas, utilizaremos la expresión "furtum usus" (equivalente a uso indebido) como comprensiva tanto del *hurto de uso* (*furtum usus* impropio)...como de la *apropiación indebida de uso* (*furtum usus* propio)...".

¹⁰⁶⁷ "Los delitos.....", p.100 y ss.

¹⁰⁶⁸ Este agregado es nuestro.

¹⁰⁶⁹ Este agregado es nuestro.

¹⁰⁷⁰ Este agregado es nuestro.

¹⁰⁷¹ "Los delitos.....", p.96 y ss.

”. Esta constituye la doctrina mayoritaria en España.

Por esto, si la doctrina mayoritaria en España estima que el hurto de uso es atípico (hurto que supone el quebrantamiento de la esfera de custodia de la cosa para el sólo efecto de utilizarla y luego hacer devolución de ella, es decir, apropiación sin expropiación correlativa), con mayor razón se sostiene la atipicidad de la apropiación indebida (uso abusivo o no autorizado) de uso, por cuanto en ella ni siquiera existe el mentado quebrantamiento de la esfera de custodia sino que, por el contrario, se parte de la base de que hubo una entrega voluntaria de la cosa al sujeto activo para que, y así ocurre en la mayoría de los casos, la usara.

Al respecto sostiene Silva Castaño; “El problema del uso y su diferenciación con la conducta de apropiación resulta menos controvertido en el delito de apropiación indebida que en el delito de hurto. Los motivos son varios: por una parte el hecho de que el legislador haya entendido históricamente que el uso de un objeto, entregado en virtud de alguno de los títulos descritos en el art. 252, no merece una punibilidad en el artículo 244, cuando el objeto de la acción de uso sea un vehículo de motor, nos permite establecer que la apropiación indebida de uso no es punible en ningún supuesto”.

“Por otra parte se puede pensar que en el delito de apropiación indebida se da una menor gravedad o un menor contenido del injusto que en el hurto, al estar caracterizado aquel por la ausencia de quebrantamiento de custodia sobre la cosa, a diferencia del hurto. O también como dice Ferrer Sama, porque el que teniendo ya en su poder un objeto se sirve de él indebidamente, no ataca la posesión, puesto que ya tenía en su mano la cosa, ni la propiedad, puesto que no se la apropia. De la misma manera se puede sostener que “el ataque a la paz social simbólicamente provocado por la conducta sustractiva del ladrón, hace aparecer al hurto como un delito más agresivo y alarmante” que la apropiación indebida. Por tanto si se trata de un simple uso abusivo, ilícito no dominical, que no implica actos concluyentes que nos puedan demostrar que, con su comportamiento, el sujeto activo ha pasado de ser un simple poseedor a comportarse como un auténtico propietario, es preciso concluir que, ya desde un punto de vista de la terminología vulgar, el “uso” es incompatible con la “apropiación”, expresión que contempla como uno de sus requisitos la expropiación permanente del titular de la cosa”

1072 .

De las razones recién dadas se puede concluir porqué para la doctrina mayoritaria los usos abusivos o no autorizados que no conlleven una forma de apropiación no constituyen distracción. En otras palabras; ya que la doctrina mayoritaria estima atípico el hurto de uso y también la apropiación indebida de uso, se concluye que los delitos de apropiación indebida y de hurto sólo pueden llevarse a cabo por un acto de apropiación (no de uso), razón por la cual al existir dos verbos rectores dentro del tipo del delito de apropiación indebida (apropiación y distracción), ambos verbos deben reconducirse, necesariamente, a la sola idea de apropiación la cual es incompatible con la idea de uso.

Así, como un ejemplo de la doctrina mayoritaria podemos citar a Quintano Ripollés quien dice que, no por el hecho de que estemos en presencia de una “duplicidad” de conceptos se puede estimar que ellos tienen distinto significado, ya que esto permitiría

¹⁰⁷² Ob. cit., p.96/97.

incluir dentro de la apropiación indebida los usos ilícitos no dominicales o simples apropiaciones de usos, postura que no apoya ¹⁰⁷³, porque entre otras cosas estas conductas para poder ser sancionadas deben estar expresamente tipificadas, como en el caso de la malversación impropia.

De la Mata sostiene que partiendo de la tesis de la impunidad (de los usos temporales), “admitida de modo general por la doctrina dominante española, hay que cuestionarse el sentido que ha de darse al término “distracción”, para que no implique una incriminación de los usos temporales, no aceptada en esta doctrina”.

“De mantenerse la impunidad de los usos temporales, todas las expresiones del art.535 CP han de ser reconducibles al concepto de apropiación a pesar de las diferencias que puedan existir entre ellas, que no suponen una conceptualización diferente de aquel delito. En definitiva, como afirma MUÑOZ CONDE, la posible distinción entre apropiación y distracción no es sustancial, “siempre que se entienda que la distracción es una forma de apropiación y no un mero uso distinto de lo pactado”, lo cual puede abogar, como ya mantenía FERRER SAMA por la supresión de la expresión “distrajeran” del texto del art.535 CP”.

“Un acto que no implique un uso dominical del objeto utilizado es impune y, por tanto, no puede entenderse que el mismo represente una acción de distracción; por el contrario, si dicha actuación implica una utilización dominical del objeto, el delito se entiende realizado, a pesar de la posible voluntad de devolución que tenga el sujeto activo. De ahí que la doctrina mayoritaria considera carente de sentido la distinción entre apropiar y distraer, afirmando que únicamente cuando el distraer implique un acto de apropiación puede entenderse subsumible en el art.535 CP” ¹⁰⁷⁴.

Como se puede ver, en España la doctrina mayoritaria recurre al ánimo que inspira al sujeto activo (ánimo de apropiación versus ánimo de utilización) para definir si estamos ante una apropiación típica o un uso indebido (o abusivo) atípico.

Así por ejemplo, Sainz-Pardo. Este autor, al estudiar las diferencias que existen entre un acto de apropiación y los meros usos indebidos, llega a la conclusión que lo único que en realidad los diferencia es el ánimo con el cual actúa el sujeto activo. Incluso, en consideración al ánimo de apropiación (que se manifiesta en la disposición de las cosas como propias) acepta la apropiación temporal de cosas fungibles ¹⁰⁷⁵.

Él dice; “El delito queda existente desde que el sujeto conoce y quiere apropiarse de

¹⁰⁷³ Ob. cit., p.885 y ss., p.889.

¹⁰⁷⁴ Ob. cit., p.165 y ss.

¹⁰⁷⁵ Ob. cit., p.78. Señala Sainz-Pardo que “La apropiación de cosas fungibles realmente es una apropiación que se consume con el acto de disposición y en que para nada afecta el cumplimiento o devolución posterior de lo adeudado”. Él dice que si se aceptara que el cumplimiento posterior de lo adeudado elimina el delito –tesis de Ferrer Sama- se crearían privilegios para los económicamente solventes. Esto reafirma, dice este autor, la idea de que el bien jurídico es la propiedad y no el derecho a la devolución o entrega –tesis de Polítoff-, porque si ello fuera así, en la apropiación temporal de dinero habría delito. En este punto también puede verse a De la Mata, “Tutela...”, p.170.

las cosas ajenas con este “animus”, y la intención de devolver para nada afecta este conocimiento ni “animus”, con los que se realiza realmente la disposición se tenga o no la intención de restituir...Otra cosa sucederá cuando se exige el ánimo o intención de devolución en los meros usos indebidos, al no darse una apropiación de las cosas. La conducta de mero uso excluye el tipo objetivo del 535 derivándose entonces ese ánimo de devolución de los datos objetivos. La relevancia que se quiere otorgar al ánimo de devolución suele provenir de la falta de delimitación de los actos de apropiación y meros usos. Si a éstos se les tiene incorrectamente por actos dispositivos, indudablemente que el ánimo de restituir será relevante, pero no sólo porque excluya el ánimo “rem sibi habendi”, sino porque la acción no será de verdadera apropiación, y al mero uso es inherente el ánimo de restitución. Una vez realizada la disposición, el ánimo de devolución no tiene otro efecto que su posible inclusión en la configuración de la atenuante 9ª”¹⁰⁷⁶.

Es necesario mencionar de forma aparte a Bajo Fernández, Majón-Cabeza, Zugaldía, Silva Castaño o De la Mata, quienes mantienen un enfoque distinto para estos casos.

Aparentemente todos estos autores estudian el tema a partir de lo que subyace bajo el concepto apropiación, es decir, ellos se preguntan sobre qué recae la apropiación (¿qué es lo apropiable en una cosa?) para poder afirmar que estamos en presencia de un acto de apropiación.

Digo aparentemente, porque Bajo Fernández y Majón-Cabeza atienden (al igual que la doctrina mayoritaria española), en definitiva, al ánimo con que actúa el sujeto activo más que al resultado o producto obtenido por la utilización temporal de la cosa. Este último es, más bien, un plano más bien objetivo y dice relación al hecho de cómo quedó la cosa después del uso.

De la Mata, aparte de mencionar a Bajo nombra a Zugaldía en cuanto a que éste también atendería a aspectos subjetivos cuando trata los atentados de uso a la propiedad ajena.señala; “De ahí el recelo con que han de valorarse estas afirmaciones, realizadas incluso por autores que destacan por el cuidadoso análisis de esta cuestión, que otorgan un papel relevante al elemento subjetivo en estos delitos. Así, por ejemplo, ZUGALDÍA...; y BAJO...”¹⁰⁷⁷.

Bajo¹⁰⁷⁸ estudia la apropiación (o zueignung, concepto que analizaré más adelante)

¹⁰⁷⁶ Ob. cit., p.144/145. Esta tesis la rechaza Majón-Cabeza (ob. cit., p.179-181) por cuanto para ella “quien piensa en devolver de nada se apropia”. Dice; “El delito del art. 535 C.P. no se comete en muchos casos de extralimitación o exceso en el modo o en el tipo de uso permitido, en los que el agente se comporta como dueño o como si fuese dueño, puesto que el agente se conduce como dueño, pero sólo de forma temporal, no incompatible con la posterior devolución. La apropiación para ser delictiva ha de suponer la no devolución posterior cuando ello proceda” (ob. cit., p.189 y ss.). Como se verá más adelante, De la Mata, siguiendo a la doctrina alemana, acepta la apropiación de una cosa acompañada de su posterior devolución, pero aquí hay que ser cuidadosos, porque cuando este autor habla de apropiación él supone que no hay ánimo de utilizar la cosa sino, precisamente, ánimo de apropiársela. Por lo anterior, para este autor a pesar de que habrá devolución material de la cosa, ella se encontrará privada de su función, de su valor o de parte de su sustancia.

¹⁰⁷⁷ “Tutela...”, p.184.

desde el punto de vista de la doctrina alemana (del StGB).

Además señala que este concepto ha sido desarrollado en Alemania a través de 3 teorías; sachsubstanztheorie, sachwerttheorie y vereinigungstheorie, las que él traduce como teoría formal, material y mixta, respectivamente.

Para él la diferencia entre estas 3 teorías se encuentra en el objeto de la apropiación, sea que uno se apropie de la cosa como objeto corporal o sea que se apropie de su valor. Parece adherir a la teoría mixta.

De esta forma, Bajo parece centrar su análisis en el caso de estos delitos (hurto, apropiación indebida y robo) en el concepto apropiación, al igual que la doctrina alemana. De hecho, es el primero en hablar en España de estas 3 teorías. Sin embargo, a pesar de hablar de estas teorías, hace recaer en definitiva la diferencia entre lo que es un acto de apropiación y lo que es un simple uso no domicial en el ánimo con que actúa el sujeto activo.

Para él las expresiones tomar, apoderarse y apropiar son sinónimos e implican la idea de la incorporación de la cosa al propio patrimonio, incorporación que conlleva la colocación de la cosa en el ámbito del poder patrimonial del sujeto activo.

En esta incorporación es fundamental la presencia del ánimo de lucro que Bajo define como la obtención de una ventaja patrimonial obtenida por la incorporación de una cosa con valor económico a su propio patrimonio, pudiendo comportarse respecto de ella como dueño (poder fáctico sobre la cosa sin obstáculo a la realización inmediata de su voluntad sobre la propia cosa). Sostiene que la distinción entre el acto de incorporación que implica un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver y el simple uso ilícito no dominical a veces puede ser equívoco y, por tanto, debe recurrirse al elemento subjetivo del injusto para determinar cuándo estamos ante un delito de apropiación. Este elemento subjetivo para Bajo no es otro que el dolo ¹⁰⁷⁹.

De la Mata hace notar que Bajo, al tratar de los atentados de uso a la propiedad; “recurre también al diferente elemento subjetivo del injusto que concurre en uno y otro caso, aunque acertadamente entienda que la distinción entre el *animus utendi* y el *animus rem sibi habendi* reside en que el lucro del hurto común procede de la incorporación de la cosa al propio patrimonio mientras que en el uso procede sólo el uso de la misma” ¹⁰⁸⁰.

Por su parte Majón-Cabeza recurre a la distinción que la doctrina alemana hace de los dos momentos que conlleva la apropiación, a saber, la apropiación propiamente tal (ancignung) y la expropiación (enteignung), para definir lo que es una apropiación indebida. Para ella es el momento de la apropiación propiamente tal (ancignung) el que permite distinguir el mero abuso del uso que comprende la verdadera apropiación ¹⁰⁸¹. Tanto el ancignung como el enteignung los explicaré más adelante.

¹⁰⁷⁸ “La realización....”, p.21 y ss.

¹⁰⁷⁹ Cita del libro de De la Mata “Tutela...”, p.154.

¹⁰⁸⁰ “Tutela...”, p.184/185.

Ella define los usos ilícitos no dominicales como los actos prohibidos contractualmente al sujeto activo que conllevan el ejercicio de facultades dominicales en el sentido de que el agente actúa como si fuera dueño de la cosa, pero que no implican la apropiación definitiva de ésta o, en palabras de la autora, “el uso temporal que no le venía permitido, pero sin ánimo de retención definitiva”¹⁰⁸².

Cabe hacer presente que para ella el empleo de la fórmula “usos ilícitos no dominicales” es criticable, por cuanto “los llamados usos ilícitos no dominicales que están excluidos del artículo 535 son uso ilícitos dominicales, puesto que el agente realiza una serie de actos que le vienen prohibidos contractualmente (por eso son usos ilícitos) y que sólo al dueño competen, por tanto se trata de facultades dominicales, en el sentido de que el agente actúa como si fuese dueño. Luego hay que buscar un criterio para deslindar aquellos actos ilícitos dominicales que no constituyan delito de aquellos otros que sí son delictivos. Este criterio nos vendrá dado por la *compatibilidad o incompatibilidad de dichos actos ilícitos dominicales con la posterior devolución*, o dicho de otra forma, habrá que ver si se trata de actos que suponen apropiación definitiva o constituyen mero abuso del derecho de forma temporal”¹⁰⁸³.

Esto también queda de manifiesto cuando ella trata las apropiaciones temporales. Ella dice; “Entendemos...que las apropiaciones temporales de bienes fungibles, seguidas de la devolución, cuando procede, no son constitutivas del delito del artículo 535. Así el que recibe dinero para evacuar un encargo, si lo utiliza en beneficio propio, pero después procede a cumplir el encargo, no comete apropiación indebida. Es más, lo mismo se puede decir respecto de bienes no fungibles; el que recibe en depósito un cuadro para guardarlo y custodiarlo, si lo utiliza exhibiéndolo en su casa, no comete delito si lo devuelve una vez vencido el depósito. La razón en ambos casos es la misma: aunque el agente se haya conducido como dueño, lo ha hecho de forma temporal no incompatible con la devolución. La diferencia entre las cosas fungibles y no fungibles es que las primeras permiten una serie de actuaciones no constitutivas de delitos que, en cambio, cuando tiene por objeto las segundas, constituyen apropiación”¹⁰⁸⁴.

Entiende que la primera característica de la apropiación es que ésta no quiere decir que el sujeto activo se convierta en propietario de la cosa. La segunda característica dice relación con el hecho que existe una distinción entre los actos ilícitos dominicales no delictivos y los actos ilícitos dominicales delictivos, y dicha distinción viene dada por la compatibilidad de dichos actos con la posterior devolución. La compatibilidad o incompatibilidad de dichos actos con la posterior devolución se vincula con el requisito psicológico denominado ánimo de apropiación (o de tener la cosa como propietario)¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Ob. cit., p.188.

¹⁰⁸² Ob. cit., p.110.

¹⁰⁸³ Ob. cit., p.186.

¹⁰⁸⁴ Ob. cit., p.181.

¹⁰⁸⁵ De la Mata, “Tutela.....”, p.155 y ss.

Así, por ejemplo, si existe ánimo de apropiación habrá incompatibilidad con la posterior devolución de la cosa.

De la Mata critica a esta autora en este punto porque según él ella define la “compatibilidad o incompatibilidad de los actos ilícitos dominicales con la posterior devolución” recurriendo a un elemento subjetivo ¹⁰⁸⁶ (el denominado ánimo de apropiación), cuando dicha compatibilidad o incompatibilidad es parte integrante de la definición de la apropiación en sentido objetivo, no teniendo nada que hacer aquí un elemento subjetivo.

Otra diferencia clara entre estos dos autores esta dada por el hecho que Majón-Cabeza echa mano al elemento positivo de la apropiación, o apropiación propiamente tal (ancignung), para definir los actos apropiatorios, en cambio como se verá De la Mata invoca el elemento negativo del concepto apropiación conocido como expropiación (o enteignung) ¹⁰⁸⁷ para definir si estamos o no ante una apropiación.

De la Mata ¹⁰⁸⁸ sostiene que Majón-Cabeza en la actualidad, al tratar de las utilizaciones temporales de sumas de dinero, sigue el mismo criterio de Ferrer Sama (que De la Mata llama de la “capacidad y voluntad de restitución”).

En contra de De la Mata se pronuncia Silva Castaño, quien estima que Ferrer Sama y Majón-Cabeza postulan criterios diferentes (en casos en que el objeto material del delito sea dinero) a la hora de definir si estamos o no ante una apropiación indebida. Según ella el primero postula el criterio de la solvencia y la segunda postula el criterio de la disponibilidad limitada ¹⁰⁸⁹.

Dice De la Mata; “Ya en la actualidad adopta el mismo criterio expresamente –salvo en lo concerniente al abono de intereses- MAJÓN-CABEZA, insitiendo en que la apropiación sancionada por el art. 535 CP ha de tener carácter permanente...Afirma esta autora que “el que recibe dinero para evacuar un encargo, si lo utiliza en beneficio propio, pero después procede a cumplir el encargo, no comete delito de apropiación indebida”, puesto que aunque el agente se haya conducido como dueño lo ha hecho en forma temporal no incompatible con la devolución. Señala además que “la apropiación indebida es un delito de resultado, siendo éste el perjuicio producido por la apropiación indebida”, de modo que “hasta que ese perjuicio no se produce, el delito no se consuma” y como “en los supuestos de utilizaciones temporales el perjuicio no se produce al no haber definitiva apropiación” no puede hablarse de un delito del art. 535 CP. Sin embargo, MAJÓN-CABEZA omite pronunciarse sobre la posibilidad de considerar típico el comportamiento de quien actúa sin “capacidad y voluntad de restituir”, al margen de que la restitución se lleve o no a cabo, aunque *sensu contrario*, parece deducirse la tipicidad en tal caso” ¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ “Tutela.....”, p.156, nota al pie de página N°132.

¹⁰⁸⁷ “Tutela....”, p.157 nota al pie de pág. N°138.

¹⁰⁸⁸ “Tutela...”, p.408.

¹⁰⁸⁹ “Curso de...”, parágrafo 6°, p.118.

Por lo anterior puede concluirse que según De la Mata, Bajo y Zugaldía mantienen una postura similar a la de Majón-Cabeza en cuanto atienden a aspectos subjetivos para la definición de lo que son los actos de apropiación frente a lo que son los atentados de uso de las cosas, cuando el objeto material del delito es un bien fungible.

Según él; “Bajo señala que en muchos casos de utilización temporal de una cantidad de dinero, sin devolución posterior de la misma, es similar al simple incumplimiento de una obligación, pues el delito se apreciará generalmente frente a insolventes. De ahí que en su opinión lo que se está protegiendo al sancionar estos supuestos no es sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor. A su juicio, la aparente injusticia de la sanción de estos supuestos se suaviza entendiendo que la insolvencia es ese mayor desvalor necesario que ubica este tipo de conductas en el ámbito de lo penal, “desvalor que, unido a la deslealtad e irregularidad del comportamiento causante de la insolvencia, aleja este delito de la prisión por deudas...Zugaldía, más explícitamente, califica como apropiación indebida de uso, impune, por tanto, según él mismo lo indica, el supuesto de hecho en que un sujeto “encontrando una cartera perdida y habiendo olvidado la propia en casa, utiliza el dinero que en ella se encontraba para hacer gastos corrientes, pensando devolver ese mismo día la cartera y su contenido a su legítimo propietario”¹⁰⁹¹ .

¿Cuándo un uso abusivo y no permitido constituye delito de apropiación para Majón-Cabeza?. Habrá delito de apropiación cuando el uso suponga la apropiación definitiva de la cosa, apropiación que no puede ir acompañada de un ánimo de devolución, es decir, requiere fundamentalmente del ánimo de apropiación. En resumen, se requiere un comportamiento como dueño y una voluntad de apropiación¹⁰⁹² .

Quien sí acepta, como dije, la tipicidad de una apropiación con posterior devolución o apropiación temporal (en el caso de apropiación de cosas fungibles) es Sainz-Pardo. También De la Mata¹⁰⁹³ . Pero en el caso de Sainz-Pardo, este autor atiende a aspectos subjetivos para incriminar dicha conducta (ánimo de apropiar del sujeto activo) y De la Mata atiende a aspectos en gran medida objetivos (apropiación de la función). Digo, en gran medida, porque la función está determinada en parte por la voluntad de las cosas, en parte por su propia naturaleza.

Zugaldía sostiene que la fundamentación del ilícito en su aspecto subjetivo, o tipo subjetivo¹⁰⁹⁴ , en los delitos de hurto y apropiación indebida, o dicho en otras palabras, el disvalor de la acción y núcleo común de estos delitos es, precisamente, el acto

¹⁰⁹⁰ “Tutela...”, p.409.

¹⁰⁹¹ “Tutela...”, nota al pie de pág. N°27, p.409.

¹⁰⁹² “Nuevo enfoque...”, p.188.

¹⁰⁹³ “Tutela...”, p.170. Como se verá más adelante, De la Mata, siguiendo a la doctrina alemana, acepta la apropiación de una cosa acompañada de su posterior devolución, pero aquí hay que ser cuidadosos, porque cuando se habla de apropiación supone este autor que no hay ánimo de utilizar la cosa sino, precisamente, ánimo de apropiársela, y por tanto habrá devolución de la cosa, pero ella se encontrará privada de su función, valor o de parte de su sustancia.

apropiatorio ¹⁰⁹⁵. La diferencia que existe entre estos dos delitos se basa en el hecho de si hubo o no quebrantamiento de custodia. Para él el hurto, a diferencia de la apropiación indebida, es una apropiación acompañada de sustracción.

Como sostiene De la Mata, Zugaldía trasladó a España la discusión que se ha dado en Alemania respecto de las teorías que explican el acto de apropiación (teorías de la sustancia, valor o función), siendo la teoría dominante en Alemania aquella conocida con el nombre de teoría de la unión ¹⁰⁹⁶ (unión de las teorías del valor y de la sustancia).

Zugaldía adhiere a la teoría de la sustancia moderna, es decir, a la teoría de la sustancia corregida por Rudholpi (en “Der Begriff der Zueignung”) desde el punto de vista de la llamada “Teoría de la apropiación de la función”.

Así, Zugaldía (al seguir la teoría de la apropiación de la función) distingue el acto apropiatorio del *furtum usus* desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo.

Él dice; “La ventaja de esta construcción es, como subraya *Samson*, delimitar *en la práctica* de una manera altamente precisa, los supuestos (atípicos) de *furtum usus* y los supuestos (punibles) de apropiación al entender que la diferencia entre ambos no es simplemente cuantitativa, sino ante todo, *cualitativa*” ¹⁰⁹⁷.

Esta diferenciación cualitativa se basa en la observación de si “el uso de la cosa ha cambiado al objeto de tal manera que, por lo menos, no se pueden usar algunas funciones del objeto por parte del propietario” ¹⁰⁹⁸, si ello ocurre así, o sea, si ya no se pueden usar algunas funciones del objeto ha habido un acto de apropiación.

Zugaldía fue el primero en distinguir en España los dos elementos integrantes del concepto “apropiación”, la apropiación al menos transitoria y la expropiación permanente. “La característica de la expropiación permanente es la que permite diferenciar un delito de apropiación de lo que es un simple uso atípico de un objeto (*furtum usus*)” ¹⁰⁹⁹.

Dentro del concepto de expropiación Zugaldía distingue, a su vez, el objeto y el alcance de la expropiación permanente. Por ello desde la perspectiva de la teoría de la apropiación de la función, el objeto de la expropiación es precisamente la función del objeto y el alcance debe ser definitivo o permanente, es decir, privar definitivamente al propietario de la cosa de aquella aptitud “para el uso” a la que ésta estaba destinada ¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁴ Véase a Günter Stratenwerth, “Acción y resultado en derecho penal”, editorial Hammurabi, Bs. Aires 1991, p.65 y ss.

¹⁰⁹⁵ “Propiedad...”, p.47.

¹⁰⁹⁶ “Tutela...”, p.157 y ss.

¹⁰⁹⁷ “Propiedad...”, p.79.

¹⁰⁹⁸ “Propiedad...”, p.78.

¹⁰⁹⁹ “Propiedad...”, p.71 y ss.

¹¹⁰⁰ “Propiedad...”, p.73 y 79.

Quizás aquí se encuentra la explicación del por qué Zugaldía, ante los ojos de De la Mata, sigue los pasos de Majón-Cabeza y ésta, a su vez, sigue los pasos de Ferrer Sama en cuanto a que en los casos de sumas de dinero como objeto material de los delitos de apropiación son en definitiva, la voluntad y la capacidad económica del sujeto activo los que determinan si hay o no delito. Ferrer Sama, Majón-Cabeza, Bajo y Zugaldía estiman que si una persona se apropia de una suma de dinero recibida para un encargo (en el caso de Zugaldía, dinero encontrado), la ocupa para sus propios gastos (se la apropia) y luego la devuelve, no comete delito. Por ejemplo, para De la Mata, Bajo estima que no habrá delito atendiendo a si este obró con *animus utendi* o con *animus rem sibi habendi*, y para ello hay que ver que en el caso del hurto común el lucro procede de la incorporación de la cosa al propio patrimonio, mientras que en el de uso procede sólo del uso de la misma ¹¹⁰¹.

Sin embargo, creo que, con matices, Zugaldía estimará que no habrá delito desde el punto de vista del sujeto activo en atención a la teoría de la apropiación de la función, ya que la función de la suma de dinero encontrada y ocupada será cumplida por otra suma de dinero idéntica a ésta, en ese sentido, la suma de dinero que reemplaza a la otra tienen idéntica función (idéntico poder liberatorio).

Calderón / Choclán también definen apropiación y distracción (sin recurrir al concepto acto de disposición) recurriendo a la doctrina alemana y al momento (o elemento) de la expropiación. Ellos dicen que ambas son “conductas de apoderamiento con expropiación correlativa y pérdida de los bienes por parte del dueño” ¹¹⁰².

Cabe agregar, además, que en España el sector doctrinal mayoritario se divide entre aquellos autores para los cuales, si bien la distracción es una modalidad de apropiación, estiman que existe una diferencia entre ambos conceptos la que es puramente gramatical “y sin efectos ni trascendencia penal distinta de la calificación, (la diferencia ¹¹⁰³) estriba en que quien distrae piensa reponer la cosa, cantidad o efectos distraídos, mientras el que se “apropia” (en sentido estricto) no piensa ni por un instante en la devolución; más, repetimos, lo mismo en uno que en otro caso, la acción de apropiarse es innegable” ¹¹⁰⁴.

Disintiendo de este parecer otros autores, como por ejemplo De la Mata (que realizó un estudio acabado sobre el binomio apropiación / distracción), estiman que la diferencia entre la distracción y la apropiación no es gramatical, sino que ella proviene de la cosa sobre la que recae el comportamiento (el objeto material del delito) siendo la apropiación aplicable a las cosas no fungibles y la distracción a las cosas fungibles, esto es, reemplazables por otras.

Él sostiene que, para entender el concepto “distraer”, es necesario vincular este concepto con el criterio de la disponibilidad utilizado respecto de la apropiación ¹¹⁰⁵. Vemos que De la Mata disiente en muchos aspectos de Majón-Cabeza, pero hace suyo el criterio de la disponibilidad limitada que ella elabora en su libro, claro que con matices

¹¹⁰¹ “Tutela...”, p.184.

¹¹⁰² Ob. cit., p.823.

¹¹⁰³ Este agregado es nuestro.

1106

Él dice; “Es cierto que con la tesis de MAJÓN-CABEZA se llega a idénticos resultados que con la doctrina dominante. Esta también admite la apropiación indebida sobre dinero ante supuestos de comisión o mandato, pero sin renunciar a considerar como único bien jurídico de este delito la propiedad y aferrándose al criterio de la naturaleza del título y de la ajeneidad del objeto material como datos determinantes a la hora de valorar el comportamiento del comisionista o mandatario. Una argumentación de este tipo sólo puede mantenerse, sin embargo, desconociendo la peculiar naturaleza del dinero como bien fungible, que imposibilita su reivindicación. Es esta naturaleza la que obliga, como se ha señalado repetidamente, a valorar positivamente la tesis que desarrolla MAJÓN-CABEZA, tanto en su concepción del bien jurídico en el delito del art. 535, como en los criterios que determinan los presupuestos básicos de este delito”.

“Evidentemente la tesis tradicional no puede mantenerse si se acepta la irrevindicabilidad del dinero en cuanto soporte físico de un valor abstracto, pues en este caso, como señala BAJO o se excluyen del art. 535 CP todas las apropiaciones de dinero, o se entiende que el bien jurídico de este delito es tanto la propiedad como el derecho de crédito, derecho al cumplimiento de lo pactado o a la restitución de las prestaciones ya efectuadas, con devolución de lo entregado o de otro tanto. Pues bien, optando por esta segunda opción es cuando cabe interrogarse por el criterio a partir del cual se va a diferenciar un préstamo de un mandato de cara a la afirmación de un delito

¹¹⁰⁴ Rodríguez Devesa, ob. cit., p.409. Tal como lo hace presente Zugaldía en su libro "Los delitos.....", p.70-71, en el caso de Rodríguez Devesa hubo un giro radical en la forma de entender el concepto de apropiación, ya que en su libro "El Hurto Propio", editado en 1946, en la p.151 señala en relación al caso de tomar la cosa con el propósito de devolverla después de hacer un uso de ella que "el propósito de hacer uso de la cosa restituyéndola después a su dueño excluye el ánimo de apropiarse siempre, y con él la apropiación". Pero luego, en su libro "Derecho Penal Español", editado 1965, hace sinónimos los términos apropiación y distracción, reconociendo en la distracción el ánimo de reponer la cosa. En contra de la tesis de Rodríguez Devesa se pronuncia Zugaldía, quien si bien entiende que la distracción es un acto de disposición que constituye una verdadera modalidad de apropiación (p.83), señala categóricamente que este autor "tras afirmar que "el propósito de hacer uso de la cosa restituyéndola después...excluye el ánimo de apropiación" se ve obligado a distinguir entre un ánimo de apropiación, aunque impropio, innegable (?), consistente en apoderarse de la cosa con la intención de reponerla y una apropiación propia en la que el autor ni por un instante piensa en la devolución de la cosa".

¹¹⁰⁵ El criterio de la disponibilidad limitada de que habla Majón-Cabeza fue utilizado, con anterioridad, por Quintano Ripollés, quien lo recogió de la jurisprudencia española y lo citó en "Tratado.....", ob. cit. p.157. Él dijo: "Alto más clara, aunque no siempre satisfactoria, es la solución jurisprudencial más reciente de considerar la *disponibilidad* de la cosa como signo de la apropiación indebida, constituyendo hurto cuando el tenedor de ella carece de otro poderíos que el de la mera guarda o conservación; lo que ha servido para estimar hurtos los apoderamientos de dinero por parte de los cajeros de establecimientos.", y en p.947-948 cuando esta autor sostiene que la utilidad de este criterio para "restringir el radio de acción de la figura del artículo 535 y ensanchar correlativamente el de las de hurto, ...". Como se vea, cabe señalar que, además del criterio de la disponibilidad limitada, Majón-Cabeza se basó en los aportes de dos civilistas españoles para elaborar el principio de la identidad del título en base a los criterios débito / responsabilidad, a saber, Albadalejo y Espín, los cuales se estudiaron en el capítulo 4º sobre los títulos idóneos de este delito.

¹¹⁰⁶ "Tutela...", p.234 y ss.

de apropiación indebida”.

“Por su puesto, en tanto en cuanto objeto de apropiación sea un bien no fungible la distinción tradicional entre títulos traslativos de dominio y títulos trasmisivos únicamente de la posesión es perfectamente válida...Sin embargo, en relación a los bienes fungibles el criterio ha de ser otro...El criterio de la disponibilidad que propone MAJON-CABEZA es acertado en cuanto ofrece un sólido fundamento para no incluir en el ámbito del tipo de apropiación indebida determinados supuestos...tradicionalmente excluidos del mismo, sin necesidad de recurrir al insatisfactorio criterio de la transmisión de propiedad...Ahora bien, el criterio de la disponibilidad ha de interpretarse de acuerdo con la posición que se mantenga sobre el bien jurídico de estos delitos...”¹¹⁰⁷.

De la Mata afirma que en el marco de un concepto de apropiación entendido como la “incorporación al patrimonio de un bien, del cual se ve privado de modo definitivo su titular”, debe reconocerse lo singular que son las llamadas “apropiaciones de dinero”, porque difícilmente puede hablarse de una acción de apropiación de un bien que cuando fue entregado ingresó al patrimonio de quien lo recibió.

Para él la distracción no equivale a la denominada apropiación temporal, atípica en todos los supuestos, sino que únicamente hace referencia a los casos en que se hace entrega dinero (objeto material del delito), el cual ingresa al patrimonio de tenedor, con una disponibilidad¹¹⁰⁸ limitada o restringida, disponibilidad que se infringe al distraer este dinero de la función a la que se encontraba encomendada. Esto malamente podría denominarse un acto de apropiación (porque ese dinero ya es propiedad del tenedor). Es en relación al dinero donde el término distracción adquiere carta de naturaleza y facilita un entendimiento del término distraer que permite negar la incriminación de los usos ilícitos no dominicales”¹¹⁰⁹.

Otro aspecto que cabe hacer presente es que muchos autores, como por ejemplo Cuello Calón¹¹¹⁰, Puig Peña¹¹¹¹, Rodríguez Devesa¹¹¹², Serrano Gómez¹¹¹³,

¹¹⁰⁷ “Tutela...”, p.234 y ss.

¹¹⁰⁸ “Tutela...”, p.235. De la Mata sostiene que “El criterio de la disponibilidad que propone Majón-Cabeza es acertado en cuanto ofrece un sólido fundamento para no incluir en el ámbito del tipo de la apropiación indebida determinados supuestos –mutuo, depósito irregular- tradicionalmente excluidos del mismo, sin necesidad de recurrir al insatisfactorio criterio de la transmisión de la propiedad. Al mismo tiempo, permite incluir otros supuestos en los que la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo está condicionada por el cumplimiento de una serie de obligaciones nacidas directamente con la entrega del dinero, cuando menos, indebidamente utilizado”.

¹¹⁰⁹ “Tutela.....”, p.236.

¹¹¹⁰ Ob. cit., p.832.

¹¹¹¹ Ob. cit., p.265.

¹¹¹² “El hurto...”, ob. cit., p147-148.

¹¹¹³ Ob. cit., p.434.

Sainz-Pardo ¹¹¹⁴, González Rus ¹¹¹⁵, Conde-Pumpido ¹¹¹⁶, Majón-Cabeza ¹¹¹⁷, Castañeira Palau ¹¹¹⁸, Pérez Manzano ¹¹¹⁹, Mestre Delgado ¹¹²⁰, Corcoy Bidasolo ¹¹²¹ y De la Mata ¹¹²², al definir el concepto apropiación echan mano a la idea de “incorporación al patrimonio”

Para De la Mata, quien entiende el patrimonio desde un punto de vista funcional, la incorporación (o la pretensión de hacerlo) del objeto ajeno al patrimonio de otro, debe originar una lesión al titular legítimo de este objeto. Esta lesión debe ser en el sentido de que el titular se vea privado de una cosa (o su función) que hasta entonces le reportaba una utilidad determinada.

Obviamente, para De la Mata, determinar el momento cuándo se ha producido la incorporación del objeto al patrimonio de otro sujeto y se produce la apropiación depende de la teoría de la propiedad que se profese. Lo anterior nos permite, además, determinar cuándo se produce una apropiación temporal irrelevante a los delitos de apropiación ¹¹²³.

En contra de esta idea de “incorporación patrimonial del bien apropiado” como elemento a tener en cuenta a la hora de definir el término apropiación se pronuncia Silva Castaño, quien estima que dicha idea es un error ¹¹²⁴.

¹¹¹⁴ Ob. cit., p.76.

¹¹¹⁵ Ob. cit., p.707 y ss. Este autor, citando la STS de 14 de febrero de 1986, llega incluso a formular la idea que el delito de apropiación indebida necesita un enriquecimiento del patrimonio del sujeto activo y un empobrecimiento del patrimonio del sujeto pasivo, es decir, más que tratarlo una forma de defraudación por abuso de confianza lo hace sinónimo de una forma específica de defraudación por engaño. Esto es, consecuencia, además que el delito materia de este trabajo, para este autor, no necesita de un abuso de confianza, la cual puede presentarse eventualmente. Así, véase p.705.

¹¹¹⁶ Ob. cit., p.102.

¹¹¹⁷ Ob. cit., p.188-189.

¹¹¹⁸ Ob. cit., p.90 y ss.

¹¹¹⁹ "Compendio....", ob. cit., p.481.

¹¹²⁰ Ob. cit., p.277. Sin embargo, este autor después de definir una de las dos formas de apropiación del objeto material del delito de que habla como la incorporación (por confusión) de "esos bienes al propio patrimonio", adopta la definición de apropiación de Bajo Fernández mediante la modalidad de la apropiación por uso y disposición del objeto material por parte del autor como si estos bienes fueran propios.

¹¹²¹ Véase en "Manual Práctico.....", tomo II, ob. cit., p.108.

¹¹²² "Tutela....", p.180.

¹¹²³ "Tutela.....", p.179.

¹¹²⁴ Ob. cit., p.92.

Otros autores como Bajo Fernández ¹¹²⁵, Muñoz Conde ¹¹²⁶, Valle Muñiz ¹¹²⁷ y Luzón Peña ¹¹²⁸ no recurren expresamente a la idea de la incorporación del bien al patrimonio del autor sino que a la máxima de disponer de éste “como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución”, sin embargo no se puede entender que ellos realicen la distinción efectuada por Silva Castaño.

En realidad, Silva Castaño no deja de tener razón en su crítica a la idea de incorporación patrimonial, por cuanto da al concepto de apropiación una sensación de delito patrimonial, cuestión que constituye un proceso jurídico “ajeno completamente a lo que el sujeto activo de un delito de apropiación indebida realiza”.

Para entender a cabalidad la crítica efectuada por esta autora, como asimismo entender el concepto de apropiación, debo mencionar que encuentro muy útil recurrir al estudio efectuado en la doctrina alemana respecto del concepto apropiación ¹¹²⁹.

Hay que recordar, como ya señalé, que en Alemania el concepto apropiación puede ser entendido de dos formas distintas, por un lado como dinámica comisiva de los delitos de apropiación (wegnahme) y, por el otro, como resultado típico del delito de los delitos de apropiación (zueignung).

El wegnahme o dinámica comisiva de los delitos de apropiación, constituye un elemento descriptivo (proceso externo o físico) del delito, que permite distinguir entre los delitos de apropiación en sentido estricto (apropiación indebida o unterschlagung) y los delitos de apoderamiento (hurto o diebstahl).

El zueignung, o apropiación como resultado típico, se refiere a un proceso valorativo (proceso interno) que, en conjunto y abarcados por el dolo del autor, permiten captar la esencia del injusto típico de los delitos de apropiación ¹¹³⁰.

La doctrina alemana es unánime en considerar la acción del tipo objetivo en el delito

¹¹²⁵ "Manual...", ob. cit., p.278. También en "Manual...", 2ª edición, junto Pérez Manzano, ob. cit., p.418. Bajo parte de la base que una persona tiene la cosa en sus manos de forma lícita y, por tanto, dicha cosa se encuentra incorporada a su patrimonio con ciertas limitaciones contractuales, de forma que sólo viene a cometer delito de apropiación indebida cuando se produce la ruptura de dichos límites mediante la realización de actos de disposición dominical.

¹¹²⁶ Ob. cit., 14ª edición, p.431. Este autor define la apropiación como un acto de disposición del objeto material del delito "como si fuera propio", trasmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica.

¹¹²⁷ En "Comentarios a la parte...", 2ª edición, ob. cit., p.553.

¹¹²⁸ Ob. cit., p.88.

¹¹²⁹ En el mismo sentido de recurrir a la doctrina alemana para el estudio (comparativo en su caso) del concepto apropiación encontramos en Argentina a Edgardo Donna, ob. cit., p.371.

¹¹³⁰ Ver a De la Mata, "Tutela...", ob. cit., p.127 y ss. Este autor se basa en la obra del Alemán Rus "Leipziger Kommentar" (p.46 y ss). De la Mata afirma que el verbo rector "tomar" que utiliza el C.P. Español en el delito de hurto se refiere a la modalidad comisiva o dinámica del delito y, como tal, a un elemento descriptivo del mismo.

de apropiación indebida como apropiación, y el “concepto material de este término se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, “incorporando la cosa al patrimonio del autor” (Así Krey. En contra Silva Castaño, y en un sentido similar a ella Bajo Fernández, Pérez Manzano y Muñoz Conde), “lo que se entiende como un apoderamiento de la cosa o su valor” (Así Bockelman, Eser)”¹¹³¹.

El concepto de apropiación, entendido como zueignung (o proceso valorativo interno), distingue dos elementos¹¹³² copulativos, por un lado la apropiación propiamente tal (ancignung) y, por el otro, la expropiación permanente (enteignung).

Se entiende por apropiación propiamente tal o apropiación en sentido estricto o ancignung, “la atribución que el sujeto activo del delito hace consistente en la irrogación de un poder de disposición igual que el del propietario”¹¹³³. La apropiación en sentido estricto debe ser al menos transitoria.

Ahora, por expropiación del titular (enteignung), se entiende la “privación definitiva o duradera al sujeto pasivo de las facultades que se derivan de su condición de propietario”¹¹³⁴. Es decir, la expropiación ha de ser permanente.

Pueden presentarse diversas situaciones según concurren ambos elementos o al menos uno de ellos.

La primera de estas situaciones se presenta cuando concurren tanto el ancignung cuanto el enteignung. Como señala De la Mata, conjugándose una apropiación al menos temporal y una expropiación permanente, que dañe el objeto de protección del tipo, se dará en plenitud el concepto de apropiación¹¹³⁵.

La segunda situación se dará en los casos en que, por una parte, hay una expropiación permanente y, por la otra, no existe una correlativa apropiación (propiamente tal). Aquí la expropiación pasaría a constituir la figura básica de este tipo de delitos, constituyéndose en delitos de pura desviación. La apropiación, sería un elemento adicional que se podría sumar a este tipo de delitos. Se puede pensar que en los casos de pura desviación estamos en presencia de un delito de daño.

Finalmente, la tercera situación se presenta cuando existe la apropiación (propiamente tal) sin expropiación correlativa. Los casos de apropiación propiamente tal sin expropiación constituyen los llamados usos abusivos o usos no autorizados.

Como ya señalé, para el sector mayoritario de la doctrina española que entiende que

¹¹³¹ Silva Castaño, ob. cit., p.90. En el mismo sentido se pronuncian, citadas por la autora, Wessels, Bockelman, Zugaldía y De la Mata.

¹¹³² Majón-Cabeza, ob. cit., p.188.

¹¹³³ Véase a Silva Castaño, ob. cit., p.90.

¹¹³⁴ Véase a De la Mata Barranco en "Tutela...", ob. cit., p.148.

¹¹³⁵ "Tutela...", p.181.

el máximo común denominador de los 3 verbos rectores del delito de apropiación indebida es el acto de disposición, la distracción debe ser reconducida necesariamente a una forma de apropiación en sentido estricto (irrogación de un poder de disposición igual al del propietario), acompañada necesariamente de expropiación permanente (privación definitiva o duradera del sujeto pasivo de las facultades que se derivan de su condición de propietario).

Respecto de los casos de apropiación en sentido estricto no acompañados de expropiación permanente, los llamados uso no autorizados o usos abusivos, para poder ser típicos a la luz del delito de apropiación indebida según la doctrina mayoritaria, deben necesariamente producir una expropiación permanente, o que sin ser permanente en el tiempo afecte de alguna forma (que más adelante se estudiará) el objeto material del delito.

Sólo un acabado estudio de lo que se entiende por apropiación y, en definitiva, de lo que en realidad se apropia el sujeto activo en los delitos de apropiación nos podrá aclarar bien cuando se producirá la expropiación permanente (su objeto y alcance) necesaria para que estemos en presencia de los delitos de apropiación indebida y de hurto.

Para saber cuándo estamos ante una apropiación Zugaldía, Majón-Cabeza, Silva Castaño y Choclán / Calderón ¹¹³⁶, entre otros, recurren a la doctrina alemana, como dijimos, y, por ende, a parámetros más bien objetivos para estudiar este tema del concepto de expropiación permanente, a diferencia de la gran mayoría de la doctrina española que no acuden al concepto de expropiación permanente, sino que más bien a parámetros claramente subjetivos como el componente anímico del sujeto activo.

Un ejemplo lo encontramos en Zugaldía el cual recurre a la teoría de la apropiación función, la cual se basa en un criterio objetivo (cualitativo, no cuantitativo) que delimita con precisión la necesaria expropiación permanente. Siguiendo la línea de estudio de Rudolphi y, en consecuencia de Zugaldía, se puede llegar a la conclusión que puede existir un acto de apropiación punible sin que exista privación definitiva de la propiedad sobre la cosa. Así, si a una persona se le entrega un automóvil en depósito para su custodia y ésta lo utiliza dañando su motor (queda claro que no cualquier uso indebido sería típico, esto en consonancia al respeto de los principios fragmentarios y de mínima intervención del derecho penal, es decir, el derecho penal sólo castiga los ataques más graves a los bienes jurídicos y evita el castigo por extensión “de lo que en buena técnica sólo debe ser objeto de una reparación civil” ¹¹³⁷), impidiendo de esta forma su posterior utilización, puede afirmarse desde la perspectiva de la teoría de la apropiación de la función que esa persona se apropió del vehículo, aún cuando lo devuelva a su debido tiempo.

Zugaldía señala al tratar la apropiación indebida de uso que “Se podría afirmar, no obstante, que algunos usos indebidos y retrasos indebidos en la entrega de las cosas que se han recibido por un título que produce la obligación de entregarlas o devolverlas de alguna forma “afectan” su derecho al derecho de propiedad (v.gr. se desobedece al

¹¹³⁶ Véase "Delitos contra...", ob. cit., p.77 y ss.

¹¹³⁷ "Delitos...", p.84.

dueño al no respetar su derecho a determinar cuándo y bajo qué condiciones puede usarse de la cosa o se le hace temporalmente inefectivo el derecho a la devolución de la cosa). No obstante, la descripción de la conducta prohibida en el art.535 C.p. es indudable que pretende excluir del ámbito del derecho penal este tipo de comportamientos: no cualquier perturbación de los derechos del propietario es típica –sólo lo es la conducta que, privando al propietario de todas las facultades inherentes al dominio, suponga apropiación del sujeto activo y correlativa expropiación del propietario”¹¹³⁸ .

Zugaldía sostiene la atipicidad de este tipo de conductas, pero en atención (no a la insignificancia de la modalidad de ataque) a “la insignificancia de los bienes jurídicos en juego (el carácter fragmentario del Derecho Penal le impide intervenir puesto que la mayoría de los casos sólo cabría detectar molestias) obliga a mantener despenalizadas estas modalidades de ataques sectoriales y temporales a las facultades de dominio -en la línea de progresiva despenalización que todavía ha de presidir la reforma de nuestros delitos contra la propiedad”.

En el mismo sentido, De la Mata hace presente que en la doctrina alemana para que exista una apropiación punible no se exige “que la privación al sujeto pasivo del objeto de su propiedad sea definitiva, sino que es suficiente con que se le prive definitivamente del objeto tal y como era con anterioridad al ataque del sujeto activo. En este sentido, la conducta de éste será impune si existe una utilización del objeto con intención de devolución de la cosa sin variar esencialmente la misma. Cuándo se entiende que se ha causado una variación esencial del objeto apropiado o, dicho de otro modo, cuándo el comportamiento del sujeto representa una lesión de la propiedad es una cuestión que ha de responderse en función de las circunstancias concretas del hecho y, por supuesto, del concepto de propiedad que se mantenga, al que insisto, acaba reconduciéndose la discusión sobre el concepto de apropiación”¹¹³⁹ .

De la Mata sostiene, invocando el principio de fragmentariedad del derecho penal, la atipicidad de las apropiaciones temporales por la insignificancia de la modalidad de ataque del bien jurídico¹¹⁴⁰ . Por tanto los usos no autorizados reconducen “...., a una discusión en torno a la confirmación de la presencia de una apropiación en base a las notas que a ésta caracterizan: apropiación, al menos, temporal y expropiación permanente”.¹¹⁴¹

Queda claro que la discusión sobre cuándo un uso temporal (Gebrauchsanmabung o hurto de uso impropio) constituye un acto de apropiación corre por cursos distintos, desde el plano subjetivo en países hispano parlantes a un plano más bien objetivo en Alemania.

De la Mata señala “Sí es rica la discusión en Alemania, sin embargo, a la hora de

¹¹³⁸ “Delitos...”, p.83 y ss.

¹¹³⁹ Ob. cit., p.150.

¹¹⁴⁰ “Tutela...”, p.186 y ss.

¹¹⁴¹ Véase “Tutela...”, p.304-305.

determinar qué se entiende por uso temporal de un objeto (*GebrauchsanmaBung*), o, lo que es lo mismo, qué comportamientos de utilización temporal de una cosa pueden subsumirse en el concepto de apropiación. La respuesta ha de venir dada evidentemente por el propio concepto de apropiación y, en concreto, por el significado de su aspecto negativo, esto es, la expropiación. Sólo cuando ésta sea permanente estaremos ante una apropiación punible y no ante un uso temporal”.

Hay casos en que es difícil distinguir entre el simple uso de una cosa (utilización y devolución de ésta) del uso que ha ido más allá y ha afectado su sustancia, o su valor o su función. Este último tipo de uso, como señala Silva Castaño, se “ha expropiado, de alguna manera, al titular de la misma (la cosa) de su valor, de su sustancia o de su función. En estos casos concretos, a pesar de haberse efectuado la devolución, no queda claro si ha existido una apropiación en el sentido del artículo 252”¹¹⁴².

Por la razón anterior es que De la Mata sostiene que para el estudio del *Gebrauchsanmabung* en Alemania se suele distinguir entre el *abnutzung* (uso moderado), *zueignung* (apropiación), *gebrauch* (utilización) y *verbrauch* (gasto).

La doctrina alemana se encuentra conteste respecto del hecho que el uso moderado de una cosa (que es aquél que trae aparejado consigo un desgaste natural por el solo hecho de utilizar la cosa) o *abnutzung* no es constitutivo de apropiación. Sin embargo, el problema surge cuando –como dice Silva Castaño- el uso no es moderado sino que es más intenso y va acompañado de la posterior devolución de la cosa al titular de ésta. En este tipo de situaciones entra en juego la distinción entre *abnutzung*, *zueignung*, *gebrauch* y *verbrauch*, ya que la doctrina alemana estima que es impune la mera utilización de la cosa (*gebrauch*) y equipara –y sanciona- los casos de gasto (*verbrauch*) con los de apropiación (*zueignung*).

Kindhäuser aborda el dificultoso tema del hurto de uso impropio (o *GebrauchsanmmaBung*) impune (con excepción de los párrafos 248b y 290 del StGB) desde otro punto de vista y estima los casos de *verbrauch* (gasto de la cosa con posterior devolución) como constitutivo de daños, es decir, no los asimila a la apropiación. Señala que “Cuando el autor utiliza una cosa con voluntad de devolución, no se hace acreedor de pena a causa del mero uso –prescindiendo de las excepciones legales-: en cambio, cada disminución del valor en sí conduce a una sanción por daños. En todo caso para aquel supuesto en el que, de algún modo, un *furtum usus* punible según el párrafo 248b StGB conduce a un deterioro (privación de una posibilidad funcional), se plantea la cuestión –irrelevante en nuestro contexto- de si, en esa medida, el tipo especial impide la aplicación del párrafo 303 StGB”.

“Solamente el reconocimiento del derecho a la restitución es criterio determinante de la delimitación entre hurto y hurto de uso impropio”¹¹⁴³.

Finalmente, en Argentina, ante un texto legal que no habla de apropiación ni de distracción, si no de negarse a restituir o no restituyere, Ure¹¹⁴⁴, Ramos¹¹⁴⁵ y Romero

¹¹⁴² Ob. cit, p.96 y ss.

¹¹⁴³ Ob. cit., p..158 y ss.

¹¹⁴⁶ apelan al concepto apropiación, y Soler y Nuñez a la omisión sin ánimo de señor y dueño.

Lo que ocurre en Chile se verá más adelante.

23.2.2- En España existe también un grupo minoritario de autores

En primer lugar se podría pensar que dentro de este grupo podríamos encontrar a Cuello Calón, quien basándose en Groizard y Garraud, estima que “Existe *distracción* cuando el que habiendo recibido una cosa de su dueño y poseedor, hace de ella un uso diverso de aquel para el que fue entregada (en esto consiste la distracción en sentido estricto, en cuanto se aparta la cosa del destino a que estaba dedicada)” ¹¹⁴⁷ .

Sin embargo ello no así, por cuanto Cuello Calón impone al acto de apropiación como al de distracción un requisito común, que en definitiva los hace semejantes. Este requisito es el ánimo de señor y dueño, es decir, el autor en casos de apropiación como de distracción debe actuar con este ánimo. Dice este autor; “Pero ya se trate de una apropiación o de una distracción, en ambos casos, el delito se origina porque el agente se conduce como dueño de la cosa y se atribuye respecto de ella un poder jurídico que no le pertenece”.

Otro caso podría ser el de Vives, para quien puede haber una distracción típica (constitutiva del delito de apropiación indebida) sin apropiación. Ello ocurriría en el caso que el objeto material del delito sea dinero entregado en su carácter fungible. Sin embargo, en definitiva, unifica las 3 conductas del tipo penal (apropiar, distraer y negar haber recibido) en un máximo común denominador, el acto de disposición ¹¹⁴⁸ .

De la Mata hace presente la situación de autores como Cuello Calón y Vives, al tratar del concepto de distracción, su equiparación a la apropiación y la atipicidad de los usos abusivos no dominicales. Él dice que; “Junto a los autores hasta ahora citados (Majón-Cabeza, Bajo, Quintano, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Bustos, Ferrer Sama y Sainz-Pardo), mantienen también esta opinión, entre otros, Queralt, *Parte Especial I*, p.344; Rodríguez Ramos, *Parte Especial*, pg.339; y Vives, *Parte Especial*, pg.957. Existen, no obstante, voces aisladas en la doctrina que aprecian una diferencia entre ambas figuras, considerando en cierto modo típicas determinadas utilidades temporales de un bien ajeno. En este sentido, por ejemplo, Cuello Calón, *Parte Especial II*, pgs.961/2, afirmaba que se produce distracción...” ¹¹⁴⁹ .

¹¹⁴⁴ Ob. cit., p.116.

¹¹⁴⁵ Citado por Gladys Romero en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, N°1 Enero-Marzo, Bs. Aires 1968, p.61.

¹¹⁴⁶ Ob. cit., p.67 y ss. Cabe hacer presente que la autora escribió este trabajo después que se incluyó en el tipo penal del inc. 2° del art. 173 del C.p. Argentino a los verbos “no entregar” y “no restituyere” el verbo rector “apropiar”. Ella estima que el verbo apropiar es la núcleo común (ella dice “*un misma figura rectora*”) a los delitos de hurto (art.162) y la apropiación indebida (inc.2° art.173), y los verbos “no entregar” y “no restituyere” “carecen de trascendencia típica, dado que el hecho equivale pura y simplemente a la apropiación, siendo por tanto, un agregado estructuralmente intrascendente, y que sólo revela en última instancia, el ánimo del sujeto de adueñarse de la cosa”.

¹¹⁴⁷ Ob. cit., p.833. Cita a este autor Sainz-Pardo, ob. cit., p.72.

Personalmente creo, como dije, que Cuello Calón reconduce al igual que Vives el concepto distracción al de apropiación, el primero por la vía del ánimo de apropiación y el segundo por la vía del acto de disposición.

Ahora bien, para introducimos en la postura de este grupo minoritario de autores, ilustraré alguna de las críticas que ellos encuentran en aquellos autores que estiman que apropiación y distracción, en definitiva, la misma cosa. Para ello tomeré el caso de Sainz-Pardo y Majón-Cabeza.

El primer problema puede presentar en relación a la apropiación temporal. Sainz-Pardo, como señalé, acepta la apropiación temporal de bienes fungibles cuando dice; "La apropiación de cosas fungibles realmente es una apropiación que se consuma con el acto de disposición y en que para nada afecta el cumplimiento o devolución posterior de lo adeudado"¹¹⁵⁰. En otras palabras, este autor acepta la apropiación de bienes fungibles como un acto de apropiación con posterior ánimo de devolución. Esto reafirma, dice este autor, la idea de que el bien jurídico es la propiedad y no el derecho a la devolución o entrega –tesis de Politoff-, porque si ello fuera así, en la apropiación temporal de dinero no habría delito¹¹⁵¹.

Esta tesis la rechaza Majón-Cabeza¹¹⁵² porque, como ya expresé, "quien piensa en devolver de nada se apropia". Ella dice "El delito del art. 535 C.P. no se comete en muchos casos de extralimitación o exceso en el modo o en el tipo de uso permitido, en los que el agente se comporta como dueño o como si fuese dueño, puesto que el agente se conduce como dueño, pero sólo de forma temporal, no incompatible con la posterior

¹¹⁴⁸ Este autor en "Derecho Penal...", p.472 afirma: "En la doctrina mayoritaria y en la jurisprudencia, los términos "apropiar" y "distraer" se entienden básicamente como sinónimos. "La diferencia entre apropiarse y distraer -señala Rodríguez Devesa-, no reside en la diferente intención del sujeto en orden a disponer dela cosa como suya". Distraer es dar una aplicación diferente a la prevista...pero no hay distracción sin apropiación. "la diferencia, puramente gramatical y sin efectos de trascendencia penal...estriba en que quien distrae piensa reponer la cosa...mientras que el que se la "apropia"...no piensa ni por un momento en la devolución". En términos aún más rotundos se expresan otros autores (vid. v.g., Bajo Fernández, Sainz Pardo, etc.). O quienes consideran que la distracción es una modalidad de apropiación (De La Mata Barranco)". "Sin embargo, pese al parecer doctrinal mayoritario, puede hablarse de distracción sin apropiación: tal sucede en los supuestos, que acaban de ser analizados, en que el delito recae sobre dinero y otros bienes fungibles. Esta es, en cualquier caso, la única interpretación que permite sustentar, en tales supuestos, la tipicidad de la conducta. Y esta es la solución a la que ha llegado la jurisprudencia. Así en el caso del administrador de entidad financiera que dispone de 600 millones de pesetas sin dar respuesta admisible de su acto de disposición (STS 26 de febrero de 1998). O cuando afirma que no se requiere prueba de haberse ingresado el dinero en el patrimonio del administrador (STS 3 de abril de 1998). Naturalmente esta conducta plantea problemas concursales con el delito de administración desleal (art.295), que la jurisprudencia ha resuelto apreciando un concurso de leyes a favor de la apropiación indebida (la citada STS de 26 de febrero de 1998; y cfr. Gómez Benítez; Rodríguez Montañés)."

¹¹⁴⁹ "Tutela...", nota al pie de página N°185, p.167.

¹¹⁵⁰ Ob. cit., p.78.

¹¹⁵¹ De la Mata, "Tutela...", p.176.

¹¹⁵² Ob. cit., p.179-181.

devolución. La apropiación para ser delictiva ha de suponer la no devolución posterior cuando ello proceda”.

De la Mata también critica a Sainz-Pardo cuando señala; “No acierta este autor, sin embargo, el porqué de la incriminación de este tipo de apropiación temporal, que versa sobre bienes fungibles frente a la impunidad, reconocida por él mismo, de los usos meramente abusivos por no encajar en el concepto de apropiación”¹¹⁵³.

Como se verá más adelante, De la Mata, siguiendo a la doctrina alemana, acepta la apropiación de una cosa acompañada de su posterior devolución, pero aquí hay que ser muy cuidadosos, porque cuando se habla de apropiación supone este autor que no hay ánimo de utilizar la cosa (ya que como dijo Majón-Cabeza, quien piensa en devolver de nada se apropia) sino, precisamente, ánimo de apropiársela, y por tanto habrá devolución física de la cosa, pero ella se encontrará privada de su función, valor o de parte de su sustancia¹¹⁵⁴. La cosa será devuelta con una disminución de carácter fundamental (privación) de alguno de los aspectos que ella comprende. Esto significa que la cosa habrá sido objeto de expropiación, elemento que De la Mata estima necesario para que exista un acto de apropiación.

Muy relacionada con la crítica anterior, el segundo de los problemas se relaciona con el tema de la ajeneidad. Este grupo minoritario de autores ve en la parificación de los conceptos apropiación y distracción un problema cuando lo que se entrega es una suma de dinero (como bien fungible), por que cuando se ha entregado una suma de dinero el que lo recibe se hace propietario de ese dinero y mal puede apropiarse el receptor del dinero que le fue entregado porque ya le pertenece. Así que en los casos de bienes fungibles tanto el que se apropia como el que distrae, parificados ambos conceptos, se apropia de lo propio.

Otro efecto del problema de la ajeneidad se presenta respecto de la idoneidad del criterio de la traslación como criterio que permite determinar cuando un título es apto para configurar una apropiación indebida y cuando no. Si cuando media la entrega de una suma de dinero en un mandato el sujeto activo se apropia de ese dinero se configura una apropiación indebida, cabe preguntarse entonces por qué no ocurre lo mismo cuando el motivo de la entrega del dinero es un depósito. En ambos casos el dinero deja de pertenecer al que lo entrega y pasa a ser propiedad del que lo recibe.

En definitiva, las críticas que este grupo minoritario hace a la parificación de los conceptos apropiación y distracción nacen del problema de la ajeneidad en los casos en que el objeto material del delito es un bien fungible como el dinero.

Es necesario hacer presente que el problema de la ajeneidad se presentó en España ya en los cometaristas de los códigos penales de 1848/59 y 1870. Autores como Pacheco, Viada y Groizard lo tocaron, si bien no de forma directa como problema de ajeneidad propiamente tal, sino que respecto de las causales de exclusión del mutuo y el depósito irregular como títulos aptos para configurar un hurto o una apropiación indebida.

¹¹⁵³ “Tutela...”, p.170.

¹¹⁵⁴ “Tutela...”, p.170 nota al pie de pág. N°197; “Nuevo enfoque.....”, p.189 y ss.

Al respecto véase a Bajo ¹¹⁵⁵ .

En Alemania el tema de la ajeneidad también se trató hacia el siglo XIX en los casos de intercambio arbitrario de sumas de dinero. El tema fue tocado de forma directa.

Un ejemplo de este tipo de intercambio es la del sujeto que necesitando una cantidad de monedas o billetes de determinado importe lo toma de la caja que administra o la que tiene acceso, dejando el equivalente, en monedas o billetes de banco de importe diferente.

De la Mata ¹¹⁵⁶ se refiere a lo que sucedió en Alemania, ya que para él esta clase de intercambio “...puede considerarse paradigma de una serie de casos en los que aparentemente concurren todos los elementos descritos en un tipo penal –hurto o apropiación indebida- y que, sin embargo, no parecen presentar el desvalor material propio que da sentido a la prohibición penal”. Dice;

“También en la segunda mitad del siglo XIX, otros autores, como FINGER y SCHWARZE, indican que atendiendo a la estricta accesoriadad del Derecho Penal respecto del Derecho Civil, todos los supuestos de apropiación indebida de dinero deberían ser considerados atípicos por ausencia de ajeneidad del objeto apropiado. Conforme a esta idea, el cambio arbitrario de dinero cometido por el poseedor del mismo sería irrelevante a efectos de este delito”.

“El punto de partida de esta interpretación se encuentra en la propia legislación civil, conforme a la cual creen poder afirmar que la posesión de dinero conlleva automáticamente la propiedad del mismo –en razón de una fungibilidad extrema que impide toda acción reivindicatoria-, a no ser que exista acuerdo entre quien entrega y recibe dicho dinero contrario a la trasmisión de su propiedad” (El acuerdo a que alude De la Mata recuerda la distinción que hace Politoff al tratar del depósito irregular, en la cual menciona que si media acuerdo entre las partes, si “hay prohibición expresa”, el depositante puede entregar dinero al depositario sin medida de protección alguna y si transferir la propiedad del dinero entregado ¹¹⁵⁷).

“La irrelevancia penal del cambio arbitrario se cifra desde esta perspectiva, por tanto, en la ausencia de ajeneidad, requisito típico del delito de apropiación indebida”.

“Para sancionar penalmente este tipo de conductas habría de acudirse, conforme a esta tesis, a tipos penales como la gestión desleal (*Untreue*) o de la estafa (*Betrug*), tipos que, sin embargo, tampoco podrían ser aplicables por cuanto al movernos ya en el ámbito de los delitos patrimoniales en sentido estricto sería necesaria la causación de un daño económico que en el supuesto de cambio arbitrario, y en general en todo supuesto de compensación de lo tomado, no se producirá”.

¹¹⁵⁵ “Manual...”, p.286 y ss.

¹¹⁵⁶ “Tutela...”, p.317, 338 y ss. También de este autor ver “Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio” en “Hacia un derecho penal económico europeo”, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, Serie de Derecho Público, Madrid 1995, p.243 y ss.

¹¹⁵⁷ “El delito...”, p.198.

“Ante la imposibilidad de aplicar el tipo de apropiación indebida a apropiaciones de dinero –lo que aunque en el supuesto de cambio arbitrario se presentaba como una solución justa parecía, sin embargo, insatisfactorio de cara al tratamiento penal del resto de supuestos que tuvieran como objeto material de apropiación una cantidad de dinero- y tratando de lograr una solución más acorde con la realidad social, fue tomando cuerpo la teoría que preconizaba un tratamiento excepcional del dinero como objeto material del delito de apropiación indebida, de cara a poder declarar la relevancia o irrelevancia típica de la conducta con independencia de quien realiza la acción enjuiciada sea o no propietario civil del dinero que incorpora a su patrimonio. Estos autores proponen, no se sabe muy bien si de *lege ferenda* o de *lege lata*, desvincular el concepto de ajeneidad del correspondiente concepto civil y atender a las relaciones de hecho que sobre la conciencia de lo ajeno se tiene en los usos sociales y, en todo caso, reconocer en el propio tipo de apropiación indebida la especificidad de las apropiaciones de dinero, regulándolas expresamente de modo tal que sea posible su incriminación. La ajeneidad no vendría cifrada por el carácter de propietario del dinero en sentido jurídico estricto, sino por la consideración social de lo ajeno”.

“Sus consideraciones sobre la peculiaridad de la transmisión en propiedad de dinero se limitan a constatar un hecho que no llegan, sin embargo, a obtener conclusiones de *lege lata*. Conscientes de la necesidad de que el tipo penal de apropiación indebida sea aplicado también ante apropiaciones de dinero, van a concluir señalando cómo también la apropiación de dinero es subsumible en el tipo de apropiación indebida, salvo que se produzca una “compensación a tiempo” del daño causado. Con ello este grupo de autores, aunque inician su argumentación en base a la ausencia de ajeneidad como dato determinante para negar la relevancia penal del intercambio arbitrario, tienen que acabar recurriendo al hecho de la compensación como criterio realmente decisivo en la valoración de la conducta enjuiciada; en definitiva, al dato de la causación o no de daño económico del sujeto pasivo, que es el fondo lo que subyace al criterio de la compensación al que acuden quienes abiertamente asumen la concepción patrimonialista de los delitos de apropiación”.

El mismo De la Mata nos informa que el problema de la ajeneidad se ha tratado también en Italia; “Es interesante observar la evolución de la doctrina italiana que, sin renunciar a mantener como único objeto de protección de este delito la propiedad, intenta revisar el concepto de ajeneidad con el fin de incluir dentro del ámbito de protección del delito de apropiación indebida todos aquellos supuestos en los que los propietarios tienen determinados intereses en que un bien ajeno sea destinado para el fin para el cual se ha entregado en posesión (así, las propuestas de ANTOLISEI, *Parte Speciale I*, pgs.278 ss., en relación a bienes fungibles, y de MANZINI, *Diritto Penale IX*, pgs.116 ss.; PECORELLA, “Patrimonio”, pgs. 641 ss.; SGUBBI, “Patrimonio”, entre otros, de modo general). Tales intentos han confluído en la tesis que recientemente ha mantenido PAGLIARO, “Appropriazione indebita”, pgs.231 ss., afirmando cómo es indudable que en todos estos casos no hay una violación de un derecho de propiedad, sino de un derecho de crédito (pgs.231) y destacando cómo es indudable que donde se trata de dinero la ajeneidad de la cosa no se resuelve en la propiedad, reconociendo, por tanto, que la noción de ajeneidad no coincide con la noción civilística de “propiedad de otro” (pg.232).

De ahí que retomando una tesis defendida por él mismo en relación al conjunto de delitos patrimoniales (PAGLIARO, *altruista*, pgs.715) afirma que el criterio que permite resolver los casos límite puede ser el de considerar ajena la cosa también cuando sea objeto de otro derecho distinto al de propiedad, real o personal, que tenga en el caso concreto un valor social –no necesariamente económico- mayor que el de propiedad, proponiendo con ello como objeto de protección de la apropiación indebida un concepto de propiedad exclusivamente penal (PAGLIARO, “Appropriazione indebita”, pg.235)”¹¹⁵⁸ .

Actualmente en España se ha tocado nuevamente el tema de la ajeneidad, pero esta vez de forma directa. Comienza con Bajo (quien se cuestionaba sobre el bien jurídico protegido en la apropiación indebida en los casos en que media la entrega de una suma de dinero), pasa por Majón-Cabeza (que rechazó el criterio de la traslación de la propiedad para determinar los títulos aptos para configurar el delito de apropiación indebida, abrazando el criterio de la disponibilidad) y continúa con De la Mata.

Paradójicamente, para estos 3 autores, a pesar de presentarse el problema de la ajeneidad en el delito materia de este trabajo, los conceptos distracción y apropiación son manifestaciones en distinto grado de lo mismo.

Quizás, para ser más exacto, es De la Mata quien amarra el concepto distraer al caso del dinero como objeto material del delito y, además, no fue sino hasta él que la doctrina se preguntó; “¿es la ajeneidad un requisito básico del delito de apropiación indebida en todos los supuestos?, y respondida negativamente, ¿qué criterios son los que permiten establecer un presupuesto que con idéntica función al de la ajeneidad posibilite diferenciar los supuestos que puedan constituir un delito de apropiación indebida de los que únicamente representan un comportamiento desleal, ilícito civilmente, pero fuera del ámbito de protección del art. 535 CP?”¹¹⁵⁹ .

Para el grupo minoritario autores que entiende que son cosas muy distintas apropiar que distraer, el problema de la apropiación indebida es la ajeneidad y este se presenta cuando media la entrega de una suma de dinero.

Cañidos estrictamente a las disposiciones del ordenamiento jurídico civil (pancivilistas), para ellos los conceptos distracción, dinero y perjuicio, mencionados expresamente en el art.252 C.p. español (y también nuestro art. 470 N°1), constituyen otro delito absolutamente distinto de la apropiación indebida, a saber, la gestión desleal (o administración desleal) del patrimonio ajeno. Dentro de este grupo de autores encontramos a Esteban Mestre¹¹⁶⁰ , Mirentxu Corcoy¹¹⁶¹ , Carlos Pérez del Valle¹¹⁶² , José Jiménez Villarejo¹¹⁶³ (redactor del fallo del conocido caso Argentia Trust / Banesto) y Enrique Bacigalupo¹¹⁶⁴ .

¹¹⁵⁸ “Tutela...”, nota al pie de página N°383, p.226.

¹¹⁵⁹ “Tutela...”, p.226.

¹¹⁶⁰ Ob. cit., p.277. Este autor señala que la distracción es la “acción de canalizar el objeto del delito para su uso y disposición por un tercero que no es destinatario legítimo de aquellos bienes;”.

¹¹⁶¹ Ob. cit., p.91.

Para Silva Castaño la modalidad de distracción del art. 252 es similar a la modalidad de aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario público en el delito de malversación de caudales públicos, tipificado en los artículos 433 y 434 del C.P.

La diferencia entre la conducta de distracción del art.252 y la de los art.433 y 434 del CP español (la aplicación) se encontraría en que la penalidad de la malversación se agrava en atención a la condición de funcionario público del sujeto activo del delito y a la naturaleza del objeto jurídico de la acción que son los bienes del estado.

Entendida la distracción de la forma recién mencionada, los elementos constitutivos del concepto apropiación, a saber, la apropiación propiamente tal y la expropiación permanente no nos sirven para analizarla. Prueba de ello es que si se entiende la distracción de la forma aquí propuesta, se pueden presentar usos;

Que impliquen una apropiación sin correlativa expropiación,

Que no impliquen una apropiación al menos transitoria y una expropiación permanente.

En este segundo caso el uso va a ser típico, a pesar de no haber implicado apropiación y expropiación, y no haber conllevado disminución alguna de la sustancia, valor o función de la cosa. Sólo basta con que el uso haya sido llevado a cabo con animus rem sibi utendi y haya causado un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo. Por ejemplo, el mandante entrega dinero al mandatario para que este lo invirtiera en determinadas acciones de la bolsa de valores, porque tenía la información de que determinadas acciones iban a subir de valor, lo cual efectivamente ocurre. Sin embargo, el mandatario no invirtió el dinero recibido en las acciones y se lo gastó en un viaje. A pesar de que el mandatario devuelva al mandante la suma que le entregó, el mandante sufrió un perjuicio patrimonial consistente en la pérdida del incremento de los fondos entregados que podría haber obtenido de haber el mandatario comprado las acciones. La conducta será típica, a pesar que el perjuicio patrimonial del mandante no fue acompañado de un enriquecimiento paralelo del mandatario, requisito que esta autora no exige, como tampoco lo exige esta corriente minoritaria.

Para algunos autores dentro de esta corriente la distracción sería un acto de disposición que significa en definitiva "la separación indebida y perjudicial de un bien perteneciente al patrimonio administrado se lo apropie o no el administrador"¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² Véase en "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p.47 y ss.

¹¹⁶³ Véase en "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p.147 y ss.

¹¹⁶⁴ Véase en "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p.193 y ss.; en "Derecho Penal Económico", editorial Hammurabi, Buenos Aires 2000, p.133 y ss. y p.195 y ss., y en "Curso de Derecho Penal Económico", editorial Marcial Pons, Madrid 1998, p.97 y ss.

¹¹⁶⁵ Véase a Luis Rodríguez Ramos, en "La administración...", ob. cit., p.41.

Para otros, como Silva Castaño “El tipo delictivo descrito en los artículos 433 y 434, merece un tratamiento especial. Estos artículos describen el comportamiento delictivo de la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a su cargo.....Con esta interpretación se equipara la conducta del delito recogido en los artículos 433 y 434 del Código Penal, a la distracción de dinero recogida en el artículo 252 del Código Penal, para la que sostenemos la pretendida protección del patrimonio y no de la propiedad y la posible configuración de un comportamiento delictivo independiente de la apropiación indebida, que es la administración desleal de patrimonio ajeno. En el delito de malversación nos encontraríamos con la agravación por la condición de funcionario público del sujeto activo, y por la naturaleza jurídica del objeto de la acción que son los bienes del Estado”¹¹⁶⁶.

Cabe señalar que para Silva Castaño, como para Quintano Ripollés, el bien jurídico protegido tanto en el delito de malversación de caudales públicos como en el delito de apropiación indebida es el mismo, la propiedad, con la salvedad que Quintano R. sostenía que la conducta típica descrita como la “aplicación a usos propios o ajenos de los caudales públicos” era la prueba de que el uso temporal de cosas ajenas no se sanciona por regla general en el C.P., ya que excepcionalmente se encuentra tipificada, y ello ocurre precisamente en el delito de malversación de caudales públicos, y no así en los delitos de apropiación.

A mayor abundamiento, es menestar señalar que Silva Castaño ha propuesto la eliminación del concepto distracción del tipo de apropiación indebida, ya que “el término *distracción* no puede equipararse al de apropiación”¹¹⁶⁷.

“Esta afirmación implica que el término “distraer” debe desaparecer de la descripción típica del delito de apropiación indebida. La conducta consistente en la distracción debe configurar un tipo penal independiente que junto con el dinero, entregado de acuerdo a las exigencias de su propia naturaleza, esto es, como un bien fungible (más que bien fungible es un bien ultrafungible como sostiene Correa Bonet. A contrario sensu el dinero puede entregarse como especie o cuerpo cierto, así entregado como billetes y monedas específicas o en arca cerrada¹¹⁶⁸), configure un delito contra el patrimonio caracterizado por la causación de un perjuicio económico derivado de la administración desleal.”

Otros de los autores que adhieren a este sector minoritario de la doctrina es Bacigalupo, el cual sostiene que “El delito de administración desleal (art.295, Cód. Penal)

¹¹⁶⁶ Silva Castaño, “El delito de.....”, p.82 y ss.

¹¹⁶⁷ Ob. cit., p.74 y ss., 124 y ss., en especial p.131.

¹¹⁶⁸ Este agregado es nuestro. Véase a José Bonet Correa, “Las deudas de dinero”, editorial Civitas, Madrid 1981, p.239 y ss. Él sostiene “El dinero hecho moneda tiene otra característica que lo diferencia de las otras cosas fungibles y es la “liquidez”, no física, sino jurídica, por lo que resulta el bien más fungible que ninguno; es un bien ultrafungible, o de una fungibilidad absoluta, en cuanto es común denominador de las demás cosas o bienes (materiales o inmateriales) en la vida de las relaciones patrimoniales de las personas. La liquidez viene a ser una homogeneidad abstracta que posee el dinero en cuanto unidad contable que se hace patente a través de la moneda en curso, tal como el legislador español concibe para la compensación (art.1.196) o cuando se refiere a los productos líquidoz (arts. 186, 276 y 520)”.

siguiendo los modelos del Derecho europeo, tiene 2 alternativas típicas;

1. *El tipo de abuso*, que tiene por finalidad proteger el patrimonio social en las relaciones externas, es decir, en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros a cargo del patrimonio administrado.

2. *El tipo de infidelidad*, cuya finalidad es proteger las llamadas relaciones internas, es decir, entre el administrador y la sociedad, frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción a sus deberes”¹¹⁶⁹.

Luego, este mismo autor señala “...los elementos del tipo de la administración desleal del art. 252 CP coinciden básicamente con la alternativa típica del llamado tipo de infidelidad del art. 295 del CP.”

“Se requiere en primer lugar que el autor tenga, por decisión del titular del patrimonio o de autoridad competente poder de disponer dinero o sobre activos patrimoniales ajenos. Precisamente este poder es el que determina la posición de administrador”.

“En segundo lugar es necesario que el autor haya obrado infringiendo sus deberes de administrador, sea en forma activa u omisiva, dado que en todo caso, el depositario de poderes de disposición es siempre garante de la integridad del patrimonio ajeno administrado.”

“En tercer lugar, la infracción del deber tiene que haber producido un daño patrimonial, en el mismo sentido que la estafa, es decir, tiene que haber originado una disminución del patrimonio”.

“La única diferencia que existe entre la administración desleal societaria por disposición fraudulenta de los bienes del art. 295 CP y la general prevista en el art. 252 CP está, por lo tanto, en el *objeto* de la distracción: en el delito societario (art. 295 CP) se trata de bienes en general; es el art. 252 CP, de dinero”.

“La administración desleal del art. 252 CP es dolosa y no requiere “*animus rem sibi habendi*” ó ánimo de lucro, dado que no es un delito en que el tipo requiera que el dinero o alguna ventaja patrimonial sea incorporada al patrimonio del autor”¹¹⁷⁰.

Esta tesis ha generado muchas reacciones dentro del grupo mayoritario de la doctrina española que propone la parificación de los conceptos aquí señalados.

Estas críticas nos llevan necesariamente a tratar dos cuestiones fundamentales, una

¹¹⁶⁹ Véase “Derecho Penal...”, ob. cit., p.149.

¹¹⁷⁰ Véase “La administración...”, ob. cit., p.214. Al igual que Bacigalupo, pero dentro de un texto expreso que tipifica la administración desleal, inciso 7º del art. 173 del CP Argentino, Núñez distingue 2 casos de infidelidad defraudatoria o administración fraudulenta (administración desleal), los llamados tipos de **infidelidad defraudatoria y de abuso defraudatoria**. El **tipo de infidelidad defraudatoria** “consiste en una conducta del autor contraria a su deber en sus relaciones con el titular de los bienes o intereses que maneja, administra o cuida. Pueden ser actos u omisiones intencionalmente perjudiciales para esos bienes o intereses, como es su abandono, mal empleo o perjuicio”. El **abuso defraudatorio**, “que se concreta en la abusiva obligación patrimonial del titular de los bienes o intereses, no se manifiesta directamente en las relaciones del autor con aquél, sino en las relaciones patrimoniales del autor con terceros como representante del titular. Se trata de un uso intencionalmente dañoso del poder de representación patrimonial”.

de ellas se refiere al problema del respeto al principio de la legalidad que subyace en esta forma de interpretar el delito de materia de este trabajo y, el otro problema, se refiere al posible concurso de normas penales que existe en el C. P. Español entre el artículo 252 (que tipifica tanto las hipótesis de apropiación indebida y gestión desleal del patrimonio ajeno) y el 295 del mismo cuerpo legal (que tipifica una forma de infidelidad restringida sólo al ámbito societario), temas abordados y sintetizados por Martínez Buján.

En primer lugar cabe señalar que este autor, haciendo eco de los postulados de Gómez Benítez, estima que en el delito de apropiación indebida, ambos verbos rectores exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, aunque el apropiar exige una actuación en beneficio propio con animus rem sibi habendi y el distraer, por su parte, solo va referida a la desviación de la cosa o el dinero en beneficio de otro. Así, el acto de disposición en la apropiación indebida objetivamente supone dar a la cosa un tratamiento como si fuera propia, tratamiento que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, en cambio el acto de disposición en la administración desleal implica meros usos ilícitos no dominicales, llevados a cabo sin animus rem sibi habendi.

Por ello “las disposiciones abusivas realizadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, tanto en beneficio propio como de tercero, constituyen actos de administración desleal y, por ende, menos graves que los de apropiación indebida”¹¹⁷¹.

Es preciso hacer un alto en este punto, antes de continuar con el planteamiento de su tesis, ya que Martínez Buján, al entender que la distracción se refiere sólo a la desviación del dinero, comete el error de no admitir el hecho que cualquier entrega de dinero supone la transferencia de su dominio, convirtiéndose necesariamente el receptor o tenedor de este dinero en su propietario¹¹⁷². Por esto no puede ser la propiedad el bien jurídico que se protege en estos casos, necesariamente debe ser otro distinto. Y así, si el bien jurídico protegido es otro distinto a la propiedad (el cual si es el objeto jurídico protegido en el delito de apropiación indebida) nos encontramos ante un delito distinto. No puede un tipo penal de apropiación, que busca necesariamente la protección del bien jurídico propiedad, velar por la indemnidad de otro bien jurídico distinto que no sea ésta. Como consecuencia de lo anterior, si se sostiene que en algunos casos el tipo de apropiación no protege la propiedad sino el derecho de crédito, es necesario hacer presente que estaría faltando un elemento esencial al tipo de apropiación, que en este caso sería la propiedad, motivo por el cual el tipo penal de apropiación se

¹¹⁷¹ Ob. cit., p.302.

¹¹⁷² El problema del dinero como objeto material de este delito es una cuestión que han hecho presente al tratar del mutuo y el depósito irregular, de una u otra forma, e indirectamente, muchos autores en España. Así, ya desde los tiempos de Pacheco (p.320), Groizard y Gómez de la Serna (p.607), Viada y Vilaseca (p.516), se discutía este tema. Más recientemente Ferrer Sama (p.27), Rodríguez Devesa (p.409), Quintano (p.944), Muñoz Conde (p.429), Bajo (“Manual...”, p.286 y “La Ley” N°5229), Vives (p.954), Sainz Pardo (p.78), Majón-Cabeza (114 y ss.), De la Mata (p.92), Valle Muñiz (p.554), González Rus (p.700), Silva Castaño (p.124), Bacigalupo (“Derecho Penal...”, p.195), Gómez Benítez (“La Ley” N°4680), Rodríguez Montañez (TSJ y AP, 1998, N°3), Fernández Teruelo (“La Ley”, N°5177), entre otros, se han manifestado.

desnaturalizaría y pasaría a ser otro distinto.

Además, Martínez Buján incurre en una evidente contradicción al sostener, por una parte, que la distracción solo va referida a la desviación de la cosa o el dinero en beneficio de otro, constriñendo el *animus rem sibi habendi* al acto de apropiación, para por otra parte afirmar que ambos verbos rectores exigen un comportamiento ilícito como dueño (con *animus rem sibi habendi*) que conlleven el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver.

Hecho este paréntesis, puedo continuar con la cita de los fundamentos de sus críticas a la moderna interpretación del delito de apropiación indebida.

Al tener tal concepción de la apropiación indebida, y a pesar de no compartir casi la mayoría de los fundamentos de la sentencia dictada en el caso “Banesto” o “Argentia Trust”¹¹⁷³, STS 26-II-1998 (RJ 1196/98), Martínez Buján cree que ésta fue acertada al aplicar el art.252 porque, además de sostener que no existe una destipificación de las conductas apropiatorias a través del art.295, hubo por parte del condenado un auténtico acto de apropiación al disponer el pago de 600 millones de pesas por un “negocio vacío”, independientemente que esos 600 millones no hayan ingresado a su patrimonio, por cuanto basta que el dinero se incorpore al patrimonio de otro, aunque cuando no se pueda concretar quién fue el beneficiario, para que exista un auténtico acto apropiatorio.

Sin embargo, para él las razones que convierten en inapropiada esta novedosa interpretación del art.252, “se pueden resumir en las que a continuación se pormenorizan. El delito de apropiación indebida (en adelante, A.I.) resulta inaplicable en muchos supuestos (en especial, en el ámbito bancario) en los que no tiene lugar, o no se puede probar, la existencia de una auténtica apropiación de fondos sociales, dado que se trata de puras conductas de distracción provisional, cuyo título previo suele estar revestido, además, del carácter de préstamo de mutuo. En tales casos el T.S. ha negado tradicionalmente el delito de A.I., con la excepción de los supuestos en los que se pudo probar que se trataba de “negocios vacíos” (vid. R.MOURULLO, 1984 y 1988; MARTÍNEZ PÉREZ, 1994, 314 ss.)”.

Cree que a pesar de ser absolutamente claro que la apropiación indebida (a través de sus dos verbos rectores) contempla sólo los casos que importan una verdadera “apropiación”, el Tribunal Supremo Español ha sometido a la apropiación indebida a “una paulatina interpretación extensiva...hasta llegar a incluir casos de “asunción de facultades de disposición que sólo competen al dueño”, aunque ello no comporte una “apropiación”, y casos en que simplemente se ocasiona un “perjuicio patrimonial al titular del patrimonio administrado, como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas” (STS de 16-1-1987 (RJ 398/87), 21- VI-1993 (RJ 5274/93), 24-II-1994 (RJ 1121/94), 7-III-1994 (RJ 1858/94) y recientemente la STS 26-II-1998 (RJ 1196/98), caso Argentia Trust); esta interpretación extensiva ha sido respaldada por Silva Castaño, 1997”.

¹¹⁷³ Martínez Conde, que fue el Presidente del Consejo de Administración de Banesto y a quien le habían sido delegadas las más amplias facultades de administración, consecuencia de lo cual se suponía debía ser el más celoso gestor de los intereses del banco, dispuso el pago de 600 millones de pesetas al grupo Argenta Trust sin justificación alguna, infringiendo sus deberes (de administración) y violando la confianza en él depositada.

Martínez Buján postula que “frente a esta interpretación hay que oponer, ante todo, con la doctrina dominante que semejante extensión resulta muy criticable desde un escrupuloso respeto al principio de legalidad....(cfr, Faraldo, Gómez Benítez, 1997 (a), Martínez-Buján, 1998, Muñoz Conde, P.E., Nieto, Queralt, Terradillos, 1987 y 1997, Valle)”.

Además, “Por añadidura, la opinión mayoritaria dentro del sector dominante estima que el tipo de A.I. nunca podrá ser aplicado al supuesto central de la administración desleal, o sea, el de los negocios de riesgo. Y es que, en efecto, esto último nos pone en contacto con uno de los problemas centrales del delito societario de administración desleal, a saber, castigar las conductas de peligro concreto para el bien jurídico (castigo solicitado por la doctrina mayoritaria, vid. *infra* 8.6)”.

Por esta razón, para este autor “el tipo tradicional de la A.I. no permite castigar conductas que resultarían típicas en otros Ordenamientos extranjeros, como son; el autopréstamo, es decir, la abusiva utilización del crédito en favor del grupo de control del Banco, bien directamente a los propios administradores, bien a personas o sociedades vinculadas a ellos, en situaciones que puedan causar un perjuicio en la entidad bancaria; la autocartera encubierta, esto es, adquisición de acciones del banco con fondos del propio banco, restando así efectividad al capital social, con el fin de mantener artificialmente la cotización en bolsa (vid. estos y otros ejemplos en R. MOURULLO, 1984, 683 s., 1988, 294 s.; TERRADILLOS, 1987, 94 s.; G. DE ENTERRÍA, 97 y ss.; BAJO 1997, 278)”.

Para Martínez Buján como para Gómez Benítez la apropiación indebida y la administración desleal “pueden ser perfectamente diferenciadas aunque esta última se configure como un delito de resultado lesivo”.

Por ello, para Martínez Buján (en palabras de Nieto Martín), “el delito de apropiación indebida empieza allí donde termina el delito de administración desleal, frase que puede inducir a que ambos se excluyen mutuamente”.

Martínez B. cita a Gómez Benítez quien distinguió 3 grupos de casos en que la administración desleal se distingue de la apropiación indebida, a saber;

(1) Aquellos casos en que la administración desleal se distingue claramente de la apropiación indebida, y al efecto cita a Gómez Benítez quien extrajo de la práctica forense española estos casos y los agrupó en 3 categorías distintas:

(1.1)préstamos a los administradores o a las sociedades controladas por ellos,

(1.2)prestación de garantías con bienes sociales para el afianzamiento de deudas personales de los administradores,

(1.3)pago de comisiones a sociedades vinculadas o controladas por administradores,

(2) Aquellos casos en que la administración desleal y la apropiación indebida son compatibles. Aquí Martínez-Buján, haciendo eco de Faraldo, Martínez Pérez y Quinteros, sostiene que esto ocurre “en supuestos de pluralidad de acciones, a la vista de la diversidad de bienes jurídicos protegidos y también, sobre todo, a la vista de la diversidad de sujetos pasivos”¹¹⁷⁴.

(3) Finalmente, existen casos en que la administración desleal y la apropiación indebida se “solapan” y ello ocurre porque ambos delitos representan “meramente dos estadios de agresión al mismo bien jurídico”, con la diferencia que la apropiación indebida contiene la lesión de mayor entidad frente a la figura de la administración desleal del art. 295, por lo que “parece obvio que toda apropiación indebida (en cuanto agresión total o más perfecta del bien jurídico) encierra ya todo el desvalor de la administración desleal, mientras que obviamente no puede formularse la hipótesis inversa”.

Hay que hacer presente la contradicción que aparentemente existe en este autor cuando habla de los casos de compatibilidad (p.270) que se fundan, entre otras cosas, en la “diversidad de bienes jurídicos protegidos”, ya que después habla de casos de concurso de normas (p.305), basados en que ambos delitos no representan nada más que dos estadios de agresión al “mismo bien jurídico”.

Cerrado este paréntesis cabe señalar que en esta última hipótesis, de “solapamiento”, se presenta un problema concursal, ante el cual este autor postula que debe primar el principio de la consunción (según el cual, como explica Jescheck y Mir Puig, un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye o “consume” ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad) “entre dos normas que constituyen formas de ataque a un mismo bien jurídico, en el ámbito de la cual el precepto de mayor gravedad (el art.252) absorbe al de menor gravedad (el art.295), como sucede en general en todas las hipótesis de progresión criminal”.

Sin embargo, él reconoce que, para estos casos, perfectamente puede invocarse el principio de la subsidiariedad (según el cual, como señalan Jescheck y Mir Puig, un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal, siendo el primer precepto subsidiario respecto del segundo, el cual queda desplazado por éste) concebida en base a la “regla “ubi maior minus cessat”, y no en el sentido tradicional, anclado a presupuestos de carácter lógico”, como lo hace García Albero.

El principio de la subsidiariedad, según Martínez B., también puede ayudar a solucionar casos de “unidad fáctica”, como “cuando en un primer momento el autor ejecuta un delito de administración desleal sobre determinados bienes y en un instante posterior decide realizar una apropiación indebida sobre los mismos”. La razón para no aplicar ambos tipos penales reside en que se estaría reiterando una desvalorización ya comprendida en la norma aplicable, ya que como sostiene García Albero “la razón de ser de la figura subsidiaria no es otra que la de posibilitar la intervención penal en fases más remotas de agresión al mismo bien jurídico”.

Por ello, Martínez Buján comparte la opinión del T.S. Español en cuanto a que el art.295 no es una ley especial respecto del art.252.

Cabe hacer presente que la tesis de la especialidad (principio de la especialidad que, según Mir Puig, se aplica cuando existen varios preceptos aparentemente concurrentes, pero uno de ellos contempla el hecho más específicamente) es compartida por un sector minoritario de la doctrina española, a saber, Gómez Benítez, L. Garrido / García Arán,

¹¹⁷⁴ Ob. cit., p.310.

González Rus y Del Rosal, este último eso sí, pasó de la relación de especialidad al de la subsidiariedad¹¹⁷⁵.

Bacigalupo sostiene en atención al supuesto concurso de normas que se presenta entre estos dos artículos y a la solución adoptada por la jurisprudencia a la luz del artículo 8º causal 4ª -gravedad de la pena- del mismo cuerpo legal (art. que trata de solucionar los casos de concursos aparentes de normas penales en base a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y gravedad de la pena, correlativamente) que “esta claridad no puede ocultar el problema introducido por el legislador: ¿es posible considerar como concurso de normas un supuesto en el que no se da ningún criterio de exclusión de alguna de las normas concurrentes? La respuesta parece ser clara: si las normas no se excluyen por alguno de los criterios expresados en los números 1, 2 y 3 del art. 8 CP, la única conclusión posible es que las normas en cuestión concurren, es decir, que ambas son aplicables y que, por tanto, el nº4 del art. 8 CP contiene, en realidad, un supuesto de *concurso ideal* en sentido estricto. El problema general consiste en saber, por lo tanto, cómo armonizar penológicamente lo establecido en el art. 8.4.º CP con lo dispuesto por el 77 del mismo Código”.

Continúa Bacigalupo señalando que “La tesis que quiero no depende de la solución de este problema, probablemente nada fácil; lo que se debe subrayar es que no hay un concurso de normas ni un concurso ideal entre los arts. 252 y 295 CP: se trata de tres tipos diversos que no se superponen”.

“No hay un concurso de normas porque la norma que está detrás de los tipos que contienen los arts. 252 y 295 CP es en todos los casos la misma: “*si eres administrador de patrimonio ajeno no debes perjudicarlo*”. Los tipos que protegen esta norma, por el contrario difieren entre sí, pero sólo establece diversas formas de vulneración de la misma norma”.

a) El art. 252 CP contiene un supuesto de administración de dinero, o sea que incrimina la disposición de *dinero* o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber.

b) El art. 295 CP, a su vez, contiene dos supuestos diferentes; el primero es la disposición de *bienes de una sociedad* mediante *abuso* de la función de administrador.

c) La segunda alternativa típica del art. 295 CP consiste en *causar un perjuicio* económicamente evaluable a la *sociedad administrada*, también mediante *abuso* de la función del administrador mediante la celebración de negocios jurídicos”.

“Como se ve es el propio texto del art. 295 CP el que no incluye expresamente el

¹¹⁷⁵ Véase a Del Rosal en " I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico", Dir. Carlos Martínez Buján, Edición Universidade da Coruña, La Coruña 1998, p.137 y 138. Este autor señala que "En relación con esta conducta de disposición fraudulenta de bienes, tienen razón quienes señalan que difícil es su diferenciación con la contenida en el tipo de apropiación indebida del art.252..., y aunque en una ocasión anterior opté por entender que la situación debía decantarse en favor de la aplicación de la administración desleal del art.295, por creer que era la ley especial respecto de la apropiación indebida (art.8, regla 1ª del CP), lo cierto es que dicha solución resulta harto insatisfactoria, tanto técnica como político-criminalmente, y habría que optar por darle preferencia a la apropiación indebida por la vía de entender que es la ley principal y el tipo del art.295 la ley subsidiaria para cuando no concurren los elementos de la apropiación indebida".

dinero entre los objetos sobre los que puede recaer el perjuicio, ya que sólo se limita a enunciar los “bienes, valores o capital” que se administren. De esta forma se elimina la posibilidad de superposición de los art. 252 y 295 en el caso en el que el perjuicio ha sido causado mediante disposición de sumas de dinero”¹¹⁷⁶ .

Silva Castaño, al igual que Bacigalupo, sostiene respecto al art.295 y su relación con la apropiación indebida que”...Este artículo (295), sin embargo, no resuelve el problema con el que nos encontramos en la legislación española en este momento, ya que, por su ubicación sistemática y por su propia redacción el comportamiento delictivo queda reducido al ámbito societario, y la responsabilidad penal, a administradores de sociedades mercantiles, por ello los casos de administraciones fraudulentas que afectan a patrimonios individuales, no parecen poder ser acogidos por dicho supuesto. La única posibilidad de buscar su tipificación es a través del art. 252 en la parte que regula la Gestión desleal de patrimonio ajeno”¹¹⁷⁷ .

Las críticas a la postura de Bacigalupo, Silva Castaño y al grupo minoritario de autores que representan, también las ha formulado Valle Muñiz cuando sostiene “En otros términos se ha renunciado a la criminalización de la administración desleal del patrimonio ajeno...Como ya se ha apuntado, el nuevo Código Penal ha decidido no incorporar un tipo de administración desleal del patrimonio ajeno...La inclusión de un tipo genérico de administración desleal ha venido siendo postulada por la doctrina, en la medida en que determinados supuestos especialmente graves podían permanecer impunes, sin duda, por las dificultades de aplicación de los clásicos delitos patrimoniales.....Se consolida, por tanto, una situación no deseable. Hasta el punto de que ya alguna línea jurisprudencial, en una afán por otra parte loable de acomodar la resolución del caso a los parámetros de la justicia material, parece penetrar peligrosamente en el ámbito de la interpretación extensiva prohibida. Esto es, se va más allá del sentido literal de la ley, con un posible cercenamiento de las exigencias de taxatividad en los tipos penales, y se irrumpe en el terreno de una verdadera creación del derecho. Ciertamente, no es admisible la posible violación del principio de legalidad penal en aras a colmar ciertas lagunas punitivas, por muy indeseables que nos pudieran parecer”¹¹⁷⁸ .

Sin embargo, este mismo autor, páginas más adelante, parece contradictorio, cuando sostiene “Sea como fuere, lo cierto es que la técnica legislativa utilizada en la tipificación del delito de administración social desleal (art.295), que recoge como modalidad típica la disposición fraudulenta de los bienes sociales y exige la constatación de un perjuicio patrimonial directamente derivado de ella, parece abonar la tesis de un cierto solapamiento con el delito de apropiación indebida”¹¹⁷⁹ .

Valle Muñiz ve que la utilización por parte del legislador de la conducta consistente

¹¹⁷⁶ Véase “La administración...”, ob. cit., p.207 y ss.

¹¹⁷⁷ Ob. cit., p.128 y ss.

¹¹⁷⁸ “Comentarios...”, ob. cit., p.553 y ss.

¹¹⁷⁹ En un sentido similar Rodríguez Ramos en “La administración...”, p.43 y ss.

en la disposición de bienes en la descripción del tipo del delito de administración societaria desleal puede causar problemas con el delito de apropiación indebida, por cuanto el máximo común denominador de las 3 modalidades comisivas de este último delito es, precisamente, el acto disposición de los bienes entregados, razón por la cual ambos tipos se encuentran en una relación de círculos secantes.

Pero ante ello, Valle Muñiz advierte que no todo acto de disposición (fraudulento) de los bienes sociales calza o “colma” el acto de disposición propio del delito de apropiación indebida: En primer lugar, porque el objeto jurídico tutelado en los arts. 252 y 295 es distinto. Mientras “en el delito societario se protege el patrimonio de los socios y demás titulares, en la apropiación indebida se tutela el derecho de propiedad (bienes muebles), o el derecho al cumplimiento de la obligación (objeto material fungible)”. En segundo lugar, porque (citando a Martínez Buján), el acto de disposición en el delito societario no tiene porque coincidir con el acto de disposición del delito de apropiación indebida, ya que puede que el administrador disponga con perjuicio (en el patrimonio) de los sujetos pasivos enumerados en la ley de los bienes sociales “sin que ello implique una atribución definitiva de dominio (“usos ilícitos no dominicales)”, cuestión que es fundamental para que se dé un acto de disposición propio del delito de apropiación indebida. Sostiene este autor que “En otros términos, el acto de disposición no presenta un contenido idéntico en ambos ilícitos, lo que parece razonable a partir del diverso bien jurídico protegido; mientras que la lesión del derecho de propiedad requiere una disposición de una cosa mueble que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, el perjuicio económico en el patrimonio de los socios podrá devenir mediante disposición de bienes sociales no necesariamente atributiva de dominio”.

Este autor reconoce, sin embargo, que existirían casos en que es “perfectamente posible que unos mismos hechos de disposición de bienes sociales colmen los presupuestos típicos tanto del delito societario, cuanto de la apropiación indebida”.

En estos casos plantea la posibilidad de que estemos en presencia o de un concurso ideal o de un concurso aparente de delito.

Él rechaza la hipótesis del concurso ideal, por cuanto no existe diversidad de bienes jurídicos tutelados, ya que el derecho de propiedad sobre los bienes integrantes del patrimonio social, integra, a su vez, el patrimonio de los socios o demás titulares de los bienes administrados.

Para él, en estos casos existe “un concurso aparente de normas penales que, por mor del artículo 8 CP, deberá ser resuelto con arreglo a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o mayor gravedad...En definitiva, y con independencia del mayor o menor reproche que deba imputarse a la técnica de nuestro legislador, parece que nos encontramos ante una hipótesis de alternatividad que deberá ser resuelta, tal y como prevé el artículo 8.4ª CP, de modo que el precepto penal más grave excluya al que castiga el hecho con pena menor...No cabe duda, que desde un punto de vista técnico no nos encontramos ante la mejor de las soluciones imaginables. Sin embargo, la aparente exclusión del patrimonio social del ámbito de protección del delito de administración desleal ¹¹⁸⁰, así como su configuración como un tipo de resultado de lesión, parecen abocarnos a la resolución que se mantiene. De todas formas, desde la óptica de la

justicia material no parece totalmente insatisfactoria. En otros términos, cualquier otra solución que convirtiera en preferente al delito societario supondría una configuración privilegiada del mismo carente de argumentos. No sería, desde luego, fácilmente explicable el tratamiento más benigno de una apropiación indebida determinada, por el simple hecho de que se realice por el administrador o socio de una sociedad mercantil y recaiga sobre bienes, valores o capital de la sociedad”.

Al igual que Valle Muñiz, en la línea de estimar que estamos frente a un concurso de normas penales y que la solución pasa por el principio de la alternatividad encontramos a Conde-Pumpido¹¹⁸¹.

Toda esta problemática que existe entre los arts. 252 y 295 del C.p. español presenta una solución un poco más pacífica en el resto del derecho penal europeo donde existe la figura de la administración desleal del patrimonio ajeno no circunscrita, como en España, sólo al ámbito societario.

Esos son los casos del artículo 224 del Código Penal de Portugal y parágrafos 159 del Código Penal Suizo, 153 del Código Penal Austríaco y 266 del StGB. Este último contempla la figura de la Untreu, infidelidad o administración desleal y que sanciona al que “ I. Quien abuse del encargo administrativo o de la competencia concedida, por medio de la ley, para un negocio jurídico, para disponer u obligar a otro sobre un patrimonio ajeno, o quien quebrante un encargo administrativo, un negocio jurídico o un compromiso vinculante de una relación de fidelidad para velar intereses ajenos y, con ello, cause perjuicio a aquel por cuyos intereses patrimoniales deba velar, será castigado con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa. II. En casos de especial gravedad la pena será de privación de libertad de uno a diez años. III. Procederá aplicar los parágrafos 243 , apartado 2º (hurto agravado de cosas protegidas en dispositivos de seguridad) , así como los parágrafos 247 (hurto doméstico) y 248 (robo y apropiación indebida de cosas de escaso valor)¹¹⁸² ”.

El párrafo 159 del C.P. Suizo dice “1. El que lesione el patrimonio de otro, que tiene el deber de cuidar establecido por la ley o aceptado contractualmente, será sancionado con prisión. 2. Si el autor obra con ánimo de lucro, la pena será de prisión de hasta cinco años y multa. 3. La administración desleal en perjuicio de un pariente o de un pariente político sólo será perseguido si se interpone contra él querella”.

El párrafo 153 del C.P. austríaco dice: “El que a sabiendas abusa de las facultades que le han sido conferidas por ley, comisión de la autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno y, de esta manera, ocasione al otro un perjuicio patrimonial será sancionado con pena privativa de libertad de hasta seis años o con pena de multa de hasta 360 días”. “El que mediante el hecho provoca un perjuicio superior a

¹¹⁸⁰ Esta afirmación nace de que la redacción del tipo descrito en el art. 295 del C.p. español se utiliza la frase que a continuación paso a destacar: “Los administradores de hecho o de derecho o lo socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta **causando directamente un perjuicio avaluables a los socios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, será sancionado.....**”.

¹¹⁸¹ “Apropiaciones...”, p.52.

5000 Schellings será punible con privación de libertad de hasta tres años y si el perjuicio supera los 100.000 Schellings con privación de libertad de hasta diez años.”

Finalmente, el artículo 224 del Código Penal de Portugal tipifica la infidelidad de la siguiente forma; “1. Quien habiéndole sido confiado, por ley o por acto jurídico, el encargo de disponer de intereses patrimoniales ajenos o de administrarlos o fiscalizarlos, causa a esos intereses, intencionalmente y con grave violación de los deberes que le incumben, perjuicio patrimonial importante, será castigado con la pena de prisión....”.

Teniendo presente estos arts., queda en evidencia la defectuosa técnica legislativa de la gestión desleal del patrimonio ajeno que ha existido en España, la cual reconoce raíces ya desde el tiempo de las Partidas de Alfonso X El Sabio, pasando por el C.P. de 1822 (dentro de un marco regulador casuístico), para finalmente, en 1848, refundirse en un solo artículo junto con el delito de apropiación indebida.

Estos tipos penales son más amplios que la figura de la administración desleal societaria en España, ya que sancionan por igual casos de administración desleal de patrimonios individuales como colectivos. Sin embargo, es esa amplitud la que causaría la difuminación del tipo, su imprecisión y amplitud que se les critica.

En conclusión: mayoritariamente en España el hurto de uso no es típico (teoría de la impunidad), y por las razones antes expuestas si el hurto de uso no es típico, con mayor razón la apropiación indebida de uso es atípica.

Existe en España un grupo minoritario de autores, que haciendo eco de la doctrina

¹¹⁸² La Untreu es un tipo penal de larga data en su evolución que no ha dejado ser casuística. Ni en el derecho romano ni en el alemán se conoció un la infidelidad como tipo especial contra el patrimonio. Así, por ejemplo, en la en la Constitución Carolingia, art.170, en el tipo de malversación se contenía tanto una figura de apropiación indebida como de infidelidad. Pero es en el C.P. de 1871, parágrafo 266, donde si bien aún la regulación es casuística, presenta una tipificación con rasgos muy similares a los actuales abarcando únicamente tres supuestos específicos de administración desleal los cuales conformaban un tipo que delimitaba a los posibles autores (tutores, curadores, subastadores). En 1933, en la ley de 26 de mayo de ese año, se elaboró un nuevo tipo penal que no sufrió importantes modificaciones hasta el día de hoy. En este parágrafo pueden observarse dos tipos penales, uno es el tipo de abuso y, el otro, de infidelidad. El tipo de abuso se refiere a las facultades de disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro, excediendo jurídicamente el marco del poder jurídico (dice relación a las llamadas relaciones externas). Por su parte el tipo de infidelidad presupone el incumplimiento del deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos causando perjuicio (se refiere a las llamadas relaciones internas). En Alemania, una parte de la doctrina consideraba (desarrollada por Binding y la que adhirió Frank) que la esencia de este parágrafo se encontraba en el abuso de la representación conferida con perjuicio patrimonial. Otro sector veía la esencia de éste en el quebrando de la confianza depositada en el administrador o gestor (Tribunal de IReich). Pero, sea cual sea la esencia de este parágrafo, se ha sostenido que adolece de un grave defecto como es su excesiva indeterminación, que raya en el quebranto del principio de legalidad y, por tanto, de la inconstitucionalidad. Por ello se ha planteado su reforma de modo de concretarlo, o en lo que dice relación a la autoría o en lo que dice relación a la relación de confianza (que en el texto actual puede derivarse de situaciones de hecho). Así, el tipo de abuso abarca aquellos casos en que el administrador va más allá de las instrucciones recibidas del titular del patrimonio, por ejemplo, el dependiente que hace a un cliente un descuento no autorizado por su superior. Otro problema que presenta este tipo penal es el de los llamados "negocios de riesgo", ya que se discute si éstos la relevancia de estos en la exclusión la tipicidad o de la antijuridicidad, o sencillamente tener relevancia en el plano del dolo. (Véase a López Barja de Quiroga en "La administración...", p.125 y ss., y a Mezger en "Derecho Penal...", p.277 y ss.)

alemana –Zugaldía, De la Mata y Silva Castaño¹¹⁸³ - estiman que en los casos de hurto de uso y apropiación indebida de uso (que son casos en los cuales se devuelve la materialidad de la cosa), si hubo realmente un acto de apropiación (acto que definen en base al elemento negativo de este concepto, es decir, en atención a la expropiación permanente), estas conductas serán típicas y, por tanto sancionadas.

En sentido contrario, adhiriendo a la idea de sancionar los uso temporales y no autorizados de las cosas Carrara¹¹⁸⁴, Groizard¹¹⁸⁵ y Puig Peña¹¹⁸⁶.

En Chile, el comentarista Robustiano Vera¹¹⁸⁷ dijo que nuestro C.P. es calcado del español de 1848. En la misma línea encontramos a Groizard cuando (al tratar de la negativa del deudor de haber recibido una cantidad o cosa fungible en préstamo mutuo) señala “hay Códigos que, por el contrario, exigen claramente, para que la estafa pueda estimarse, que la cosa haya sido recibida mediante título que no sea traslativo de dominio ó que pertenezca en propiedad á otro. (1) Hay alguno que al copiar nuestro texto ha suprimido la última parte del mismo...”, haciendo alusión al art. 470 de nuestro código penal¹¹⁸⁸.

Así las cosas, si se acepta un concepto formal de propiedad, lo que supone un apego a los postulados civiles, en especial en lo que dice relación a la idea de ajeneidad, podrá sostenerse que el artículo 470 N°1 de nuestro código penal contempla al igual que el español 2 tipos penales, por un lado el delito de apropiación indebida referido única y exclusivamente al verbo rector apropiación (apropiación de cosas muebles no fungibles) y, por el otro, el delito de administración desleal o gestión desleal del patrimonio ajeno referido a la distracción (término que puede ser entendido en el concepto de Bunster como la aplicación transitoria a usos propios o ajenos de los caudales públicos –en este caso del dinero entregado-, usos que se encuentran inspirados en un ánimo de restitución¹¹⁸⁹) de sumas de dinero entregadas –como bien fungible- en casos determinados (patrimonio que es ajeno porque la entrega de una suma de dinero traspasa su propiedad del tradens al accipiens), estos casos determinados son aquellos en que existe un deber de administrar adecuadamente y conforme a un fin específico el dinero entregado.

Al respecto sostiene Silva Castaño; “Es preciso señalar que, en los casos en los que

¹¹⁸³ Ob. cit., p.101.

¹¹⁸⁴ Ob. cit., p.376 y ss. Para Carrara es punible tanto el furtum usus como el abuso de confianza de uso (tapropiación indebida).

¹¹⁸⁵ Ob. cit., tomo VI, p.604.

¹¹⁸⁶ Ob. cit., p.643.

¹¹⁸⁷ Ob. cit., p.48. Véase también a Politoff en “El delito...”, p.40.

¹¹⁸⁸ Ob. cit., p.611. Véase también a Politoff, “El delito...”, p.47.

¹¹⁸⁹ Alvaro Bunster, “El Delito de Malversación de Caudales Públicos”, p.76 y ss.

median entregas de dinero, entendido como bien fungible, en virtud de un título como es la administración, las conductas consistentes en la distracción del mismo, no son irrelevantes para el derecho penal. Configuran un comportamiento delictivo diverso de la apropiación indebida de cosas muebles, que se caracteriza por la administración desleal del patrimonio ajeno...Por lo que respecta al contrato de Depósito irregular.....se pueden distinguir dos hipótesis diferentes, según que, en la figura contractual de que se trate, prime la utilidad primordial del depositante, de manera que la traslación de la propiedad sea un instrumento de custodia y el depositante conserve la libre disponibilidad....frente a los casos en que la finalidad de custodia se haya desvanecido y lo sustancial sea exclusivamente la restitución del tantumdem en el que el contrato de depósito pierde su carácter de contrato de depósito”; concluimos que en ninguna de estas dos hipótesis puede plantearse la tipificación de apropiación indebida o de administración desleal. Por lo que se refiere a la primera de las figuras no cabe “apropiación” de una cantidad de dinero que es propio. Por otra parte, el dinero no se ha entregado para un fin predeterminado, en interés del que lo entrega, por tanto no puede realizarse una “distracción” sobre el mismo. Díez-Picazo sostuvo que en el depósito irregular, como subespecie del depósito “la obligación de custodia queda sustituida por la del depositario de administrar diligentemente el patrimonio del titular para asegurar la restitución o en la de tener siempre una cantidad de cosas igual a la recibida. De aquí se deduce que la obligación alcanza sólo al momento en el que debe procederse a la devolución, y no durante la vigencia del contrato. Por tanto si el que recibió el dinero no ha administrado correctamente su propio Patrimonio y llegado el momento de la devolución no puede efectuarla, el incumplimiento generará exclusivamente responsabilidades civiles”¹¹⁹⁰.

La virtud de esta postura es que, por un lado, soluciona el problema del paralelismo insalvable de que el artículo 470 N°1 contenga dos verbos rectores que describan una misma forma de conducta, la apropiación, y por el otro permite entender adecuadamente el verdadero sentido del delito de apropiación indebida como delito de apropiación. El problema se presenta por el pancivilismo de esta postura, el cual llevaría a la aplicación de los conceptos civiles por sobre de los penales cuando éstos se superpongan.

Más que preguntarse si esta tesis respeta el principio de legalidad, es necesario cuestionarse, a la luz de la frase de A. Torio (“La originación de un daño patrimonial, por grande que sea, sin que medie un desvalor específico de acción como puede suceder en el incumplimiento de un contrato carece de relevancia penal”¹¹⁹¹) si el administrar de forma desleal una suma de dinero recibida representa un desvalor mayor que el no restituir una suma de dinero a la que se estaba obligado devolver.

Partiendo de una concepción formal del concepto propiedad puede sostenerse que aquí se encuentra el verdadero desvalor específico que existe detrás de algunos casos de distracción de sumas de dinero, a saber, la administración desleal del patrimonio ajeno que se subyace en el manejo de dicho dinero, y no la apropiación indebida de dicha suma de dinero, porque entendiendo la ajeneidad desde un punto de vista civil malamente

¹¹⁹⁰ Ob. cit., p.183-184.

¹¹⁹¹ Cita hecha por Sainz-Pardo, ob.cit., p.72, del libro “El deber objetivo de cuidado”, p.40.

podrá hablarse que hay “apropiación” indebida de lo que con la entrega pasó a ser propio.

Sea desde el punto de vista formal o material de la propiedad, el delito de apropiación indebida es, por antonomasia, un delito de apropiación de cosa mueble ajena y, por tanto, el bien jurídico que protege es la propiedad.

Desde un punto de vista formal no se puede proteger a través de la apropiación indebida otro bien jurídico que no sea la propiedad (entendida como una relación de dominio). Se corre el riesgo que si se acepta un concepto material de la propiedad, se pueden introducir al concepto propiedad elementos, como por ejemplo el económico, que conviertan a los delitos contra la propiedad en delitos de enriquecimiento.

Podremos ver que, adhiriendo a la doctrina mayoritaria alemana que entiende la propiedad desde un punto de vista formal, esta tesis sólo habría sido sostenida recientemente en Chile por el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez.

Para la doctrina y jurisprudencia dominante, en cambio, existe un vacío de punibilidad frente a los casos de administración desleal del patrimonio ajeno.

Un punto de vista cercano a la interpretación del concepto distracción aquí propuesto lo encontramos en los comentarios de Alejandro Fuensalida. Al tratar del binomio apropiación / distracción este autor señala, de forma textual; “Se sigue que en este número se comprenden dos especies de estafas, una que consiste solo en distraer la cosa, en usarla en lugar del propietario i la otra apropiársela”.

Continúa Fuensalida diciendo que; “La palabra “distrajere” se eligió precisamente por su latísima significacion que comprende todos los casos que pueden imaginarse, desde el uso que un prendista haga de las cosas empeñadas o del empeño que verifique un comisionista de las cosas dadas en comision de venta, hasta el hecho de tomar un capitán de buque dinero á la gruesa sobre el casco i quilla del buque fuera de los casos i solemnidades legales”.

“1437. Mas, ¿cuándo se consideran consumadas estas clases de estafas?: conformes en este punto con la opinion de Merlin (1) opinamos que este delito se consuma, en jeneral, desde que se dé a la especie un uso distinto al de su destino. Desde este momento, en efecto, desde que un comisionista dá en prenda de sus propias obligaciones la cosa entregada en título de comision de venta, comete un abuso de confianza, causa daño a la sociedad i especialmente al comercio, i espone al comitente a la pérdida o deterioro de su cosa. Esta interpretación, por otra parte, es la única conforme con el sentido de la palabra “distrajere”; i, tratándose de comisionistas, la que esta de acuerdo con el art. 252 del Código de Comercio que califica de abuso de confianza el mero hecho de que hablamos que debe castigarse por este código”¹¹⁹².

Cabe señalar que ni Pedro J. Fernández (en la primera edición de su obra¹¹⁹³) ni Robustiano Vera¹¹⁹⁴ se hicieron cargo del estudio de los conceptos apropiación y

¹¹⁹² Ob. cit., p.221 y 222.

¹¹⁹³ "Código Penal de la República de Chile, explicado i anotado", Imprenta de la Librería del Mercurio, Santiago 1877, p.121.

distracción. Sin embargo, en la 2ª edición de su libro, Fernández ¹¹⁹⁵ hizo un estudio casuístico (y jurisprudencial) de lo que se debe entender por apropiación indebida, pero sin alcanzar a discernir ni esbozar definición de ambos conceptos.

Más recientemente, Etcheberry (al igual que como lo hizo Fuensalida) entiende ambos verbos rectores como dos modalidades distintas de comisión del delito no reconducibles a la sola idea de apropiación.

Así, para Etcheberry el concepto de apropiación en el delito de apropiación indebida es el mismo que el del hurto ¹¹⁹⁶ en cuanto este concepto entraña, en ambos delitos, dos elementos; uno material u objetivo (que en el hurto se tratará de una sustracción y que en la apropiación indebida se refiere al ejercicio de un acto material o ejercicio de actos propios de dominio) y el otro subjetivo o elemento subjetivo del tipo (el ánimo de señor y dueño). Cabe hacer presente que Etcheberry divide el concepto apropiación en estos dos elementos, uno material y otro psicológico, siguiendo a Jaime Vivanco en su libro "El delito de robo con homicidio" ¹¹⁹⁷.

A mi entender –sin perjuicio de las profundas diferencias teóricas que los separan– puede verse, por un lado, que existe una cercanía entre Silva Castaño y Etcheberry, ya que éste entiende por distracción el dar a la cosa un uso o destino diferente (uso o destino acompañados de animus rem sibi utendi) al asignado, con devolución de ésta, distracción que será típica sólo en cuanto cause un perjuicio ¹¹⁹⁸. Esta forma de entender la distracción es similar a la modalidad de aplicación a usos propios o ajenos del delito de malversación de caudales públicos del art.235 de nuestro Código penal. Sin embargo existe una gran diferencia entre estos dos autores porque Etcheberry concibe la tipificación de los usos temporales (que causen daño patrimonial) dentro de la forma de la

¹¹⁹⁴ Ob. cit., p.692 y ss.

¹¹⁹⁵ Ob. cit., p.270 y ss.

¹¹⁹⁶ Ob. cit., tomo III, p.425 en relación a la p.296.

¹¹⁹⁷ Ob. cit., editorial jurídica Conosur, Santiago 2000, p.24 y 65. En esta obra Vivanco construye el verbo rector apropiación en torno a un concepto positivo de ajeneidad (es decir, que la cosa es ajena porque pertenece a otro, a contrario sensu de una idea negativa de ajeneidad en la cual la cosa es ajena porque no le pertenece al sujeto activo del delito independientemente que le pertenezca a otro) y a la involuntariedad por parte del sujeto pasivo del delito en que el objeto material de la acción le sea sacado de su poder. Así, este verbo rector será sinónimo de sustracción. Él define la apropiación (en sentido genérico) como "tomar una cosa que no es de nuestra propiedad con ánimo de comportarnos de hecho como propietarios de ella" y la apropiación ilícita (delictual) como "sustraer una cosa de la esfera de resguardo de otra persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella". Etcheberry hace eco de la idea de Vivanco cuando al tratar del hurto sostiene; "Así vista, la acción de apropiación aparece desdoblada en un aspecto puramente externo u objetivo: el acto material de sustraer, y otro interno o subjetivo: el ánimo o intención de actuar como si se fuera dueño de lo sustraído."

¹¹⁹⁸ Véase que en la misma línea que Etcheberry que sostiene que el ánimo de restituir el objeto material del delito excluye el ánimo de señor y dueño, a Rodríguez Devesa, en la nota al pie de página N°114. También piensa adopta similar posición Majón-Cabeza, al rechazar la teoría de la apropiación temporal de cosa fungible de Sainz-Pardo, quien es categórica al señalar que quien piensa devolver de nada se apropia (p.179 a 181), aun cuando para ella la distracción es una modalidad de apropiación.

apropiación indebida, lo que no podría ocurrir; en primer lugar porque la apropiación indebida es un delito de pura apropiación. En segundo lugar, porque de esta forma se desborda los límites del delito llegando incluso éste a penalizar el mero incumplimiento (retardo incluso temporal) de las obligaciones civiles, lo que atenta en contra del principio de legalidad.

Politoff, por su parte y al igual que la doctrina y jurisprudencia española mayoritaria, reconduce el verbo rector distraer a la idea de apropiación cuando señala; “En suma, la distracción es una modalidad de la apropiación, caracterizada por el propósito secundario de atribuir a la toma de posesión un alcance restringido de tiempo” (es decir, que exista por parte del sujeto activo del delito el ánimo de restitución)¹¹⁹⁹.

Labatut nos dice que el verbo rector distracción requiere de la concurrencia de 2 elementos; la presencia de animus rem sibi habendi y el carácter temporal de esta forma o modalidad de apropiación. Dice de forma textual; “A la palabra distracción hay que darle la significación que tiene en los arts. 235 del Código Penal y 251 del Código de Comercio, esto es, debe ser entendida en sentido de aplicar la cosa, con ánimo de dueño y con intención de reponer, a uso propios y ajenos...tendremos que llegar a la conclusión de que la distracción es una forma, una modalidad que puede revestir la apropiación.”¹²⁰⁰. Etcheberry señala que la tesis de Labatut es una evidente contradicción porque para él el animus rem sibi habendi supone necesariamente la no devolución de la cosa (como vimos esta crítica es similar a la que formula Zugaldía a Rodríguez Devesa).

J.P. Matus y M^a Cecilia Ramírez se pronuncian partidarios de la tesis de Labatut¹²⁰¹.

Garrido Montt también comparte la opinión de Politoff y Labatut, eso sí al modo que lo hace en España Bajo Fernández y Rodríguez Devesa, es decir, que apropiación y distracción son dos conceptos que importan “disponer de la cosa como propia”, y que la diferencia es sólo gramatical. Para Garrido Montt el ánimo de devolución en caso de distracción, “en nada hace variar la situación de haber previamente *dispuesto de ella como señor y dueño*”¹²⁰², es decir, acepta la modalidad de distracción con ánimo de devolución.

Garrido Montt sostiene dos conceptos distintos de apropiación según se trate del delito de hurto¹²⁰³ o se trate del delito de apropiación indebida. Etcheberry divide el concepto apropiación en dos, una parte es la objetiva y otra la subjetiva. Para él el concepto apropiación es uno sólo sea que se trate del delito de hurto sea que se trate del delito de apropiación indebida. Sin embargo, el elemento objetivo cambia según se trate

¹¹⁹⁹ Ob. cit., p.271. Cabe hacer presente que este autor acepta la apropiación temporal de cosas (que él llama distracción) al igual que en España lo hace Sainz-Pardo, ob.cit., p.78.

¹²⁰⁰ Ob. cit., p.235.

¹²⁰¹ Ob. cit., p.183.

¹²⁰² Ob. cit., p.368.

¹²⁰³ Ob. cit., p.149 y ss.

de un delito o del otro ¹²⁰⁴ .

El concepto de apropiación debe ser unívoco dentro de nuestro Código penal, y lo que es un acto de apropiación en la apropiación indebida debe ser un acto de apropiación en el delito de hurto. No se pueden manejar dos conceptos de apropiación distintos para ambos delitos, los cuales se encuentran tratados dentro del mismo título del Código Penal.

Etcheberry y Garrido manejan dos conceptos distintos de apropiación según se trate de un hurto o de una apropiación indebida. En el caso del hurto, el plano objetivo de la apropiación conlleva para ambos autores un acto de sustracción. En el caso de la apropiación indebida la apropiación conlleva actos de disposición.

Así la apropiación en un caso es una sustracción (según Mezger, indica dos acciones, la de alejar por un lado y la de incorporar por el otro, es decir, es el quebrantamiento de una custodia ajena y fundamentación de una nueva custodia ¹²⁰⁵) y en otra un acto de disposición. Esto es irreductible mentalmente a un concepto único como debiera ser en un país como el nuestro en que el texto legal ocupa el mismo verbo rector en el caso del hurto como en el de la apropiación indebida. En España y en Alemania la cosa es distinta. En el art. 234 (hurto) el Código penal español utiliza el verbo rector “tomare” y en el art. 252 (apropiación indebida) utiliza el verbo “apropiarse”. El StGB utiliza en el párrafo 242 (diebstal o hurto) el verbo “wegnimmt” y en el 246 (unterschlagung o apropiación indebida) el verbo “zueignung”.

Esto nos lleva a preguntarnos, como Zugaldía, si el hurto es una “sustracción con ánimo de apropiación o una apropiación a través de una sustracción”. De la respuesta a esta interrogante saldrá la luz a la hora de establecer un concepto único de apropiación para nuestro Código penal. Zugaldía estima que el hurto es una apropiación a través de una sustracción y, en consecuencia, estima que “la apropiación es el *núcleo* común de la acción en los delitos de hurto y apropiación indebida” ¹²⁰⁶ .

En nuestro país Miguel Soto P. mantiene al respecto la misma posición que Zugaldía. Él dice; “En el delito de hurto el verbo rector, “apropiarse”, alude conjunta e indisolublemente, imbricándolas, tanto a la apropiación propiamente tal, cuanto a la “sustracción” o “apoderamiento”, que necesariamente debe preceder a aquélla; en la apropiación indebida tal imbricación no existe, el acceso a la tenencia o posesión de la “materialidad de la cosa”, aparece en el tipo nítidamente desligado, como antecedente preexistente, de la “apropiación de la cosa”.

“Consecuentemente, el establecimiento de lo que la “apropiación típica” sea, debe hacerse antes que nada en relación y en función de aquel tipo penal que expurga de todo elemento extraño la descripción de dicha conducta como típica, debe hacerse en relación al delito de apropiación indebida, que se sitúa así, al menos a este respecto, como tipo

¹²⁰⁴ Ob. cit., t.III, p.298.

¹²⁰⁵ “Derecho...”, p.180.

¹²⁰⁶ “Delitos...”, p.47.

base de la clase. Sin perjuicio de estar contestes con la doctrina dominante, en la necesidad de suprimir los tipos de “hurtos agravados por abuso de confianza”, lo expuesto precedentemente no se ve necesariamente alterado por la tenencia material de la “cosa”, que (eventualmente) puede ostentar en ellos el sujeto activo del delito, pues la misma no altera, hasta la realización de la acción típica, la esfera de resguardo o custodia a que se encuentra sujeta la “cosa”, que se mantiene dentro del ámbito de “voluntad de acción” de su titular, aunque éste no tenga la “tenencia material” de la misma”¹²⁰⁷ .

Este autor entiende que existe una “identidad o identificación” que en algunos casos se da entre “distracción” y “apropiación, para luego realizar un estudio de esta identidad según se trate de casos de cosas consumibles y no fungibles (aquí el uso no autorizado se identifica con la apropiación) versus casos de cosas consumibles y fungibles (cuando la acción desplegada por el sujeto activo, sea que obre con dolo directo o eventual, conlleve o importe una apropiación de la cosa que impore incumplir la obligación de entregar o devolver). Establece que la razón para que existan de forma paralela dos verbos rectores que se identifican es que “el “uso indebido”, el “mal uso” penalmente relevante, que está siempre prohibido, “penalmente prohibido”, el “uso no autorizado típico”, es aquel que importa infringir o desconocer (imposibilitando su cumplimiento) de la obligación de “entregar” o “devolver”, en los mismos términos que en la “apropiación”, con la que se identifica....Tal “uso”, en cuanto trae necesariamente aparejado el citado incumplimiento, será siempre un “uso prohibido”, penalmente prohibido, que constituye una “apropiación”, suceptible de ser designada para mayor exactitud “distracción”.”.

Luego el autor señala, con toda precisión, la razón del paralelismo de conceptos que se identifican; “Expresión que, además de su caracter denotativo de la “materia de prohibición” a que se hará referencia a continuación, se adapta mejor, expresa o capta con más propiedad que su alternativa típica, la otra situación límite a que puede dar lugar las “cosas consumibles”, cuando a diferencia del caso anterior son esencialmente “fungibles”.¹²⁰⁸ ”

A nivel jurisprudencial encontramos diferentes opiniones al respecto.

Así, en un fallo de la I.C.A. de Valdivia de 08 de febrero de 1985 en la causa contra Julio Segundo Vidal Arriagada se estimó en el considerando tercero del voto de mayoría que los verbos apropiar y distraer son cosas distintas; “La circunstancia que el reo también era dueño del referido bien, desde luego no desvirtúa la ilicitud del objeto de la enajenación, y no lo exime de la comisión del delito, claro está que en su forma de “apropiación”, sino en la de “distracción”. La palabra “distrajere” fue usada por el legislador en razón de su altísima significación, no siendo en ella de su esencia el ánimo de apropiación o “animus rem sibi habendi”...Una interpretación diferente que identifique a ambos verbos rectores –apropiar y distraer- con la intención del agente de hacer propia la cosa, equivaldría a aceptar que el legislador en este caso ha utilizado simples sinónimos, lo que ciertamente no se aviene con lo que ha sido la tradición y la técnica jurídica de nuestro positivo”.

¹²⁰⁷ Ob. cit., nota al pie de página N°29, p.46.

¹²⁰⁸ Ob. cit., 54 y ss.

En el voto de minoría sostiene todo lo contrario; “Que por último y relativamente a este capítulo, es preciso reseñar que, como lo han definido sabedores del derecho, las palabras “apropiación o distracción indican el acto del agente por el cual dispone de la cosa *como si fuera suya*” (lo que efectivamente ocurrió en el caso sub-lite en el que el querellado dispuso de un bien embargado, *pero* precisamente porque era de su propiedad) y que “la conciente voluntad de apropiarse de la *cosa mueble ajena* constituye el dolo genérico de la apropiación indebida” ¹²⁰⁹ .

En cambio, en un fallo de la I.C.A. de Santiago ya citado, de 10 de diciembre de 1984, en el considerando primero se hizo sinónimos los términos apropiación y distracción; “Que el delito de apropiación o distracción indebida consiste, precisamente, en un acto de disposición, en perjuicio de otro, de dinero o cualquier otra cosa mueble...; como se sabe, requiere del elemento material del apoderamiento unido al psicológico del ánimo de comportarse como dueño de ella (*animus rem sibi habendi*) y, es por eso que el simple retardo en la devolución de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no es punible” ¹²¹⁰ .

Así también en un fallo de la I.C.A. de San Miguel de 30 de junio de 2003 se sostuvo una similitud en la esencia de los conceptos apropiar y distraer. Este fallo dice; “Segundo: Que, los verbos rectores “apropiar” y “distraer” utilizados por el legislador para definir las conductas punibles en este caso, se materializan cuando el agente se atribuye respecto de los bienes ajenos que ha recibido por alguno de los títulos señalados en el artículo 470 N°1 del Código Penal, poderes o facultades autónomas de disposición, realizando, en perjuicio del sujeto pasivo, actos que el título no autoriza” ¹²¹¹ .

24.-El dolo, el animus rem sibi habendi, el ánimo de

¹²⁰⁹ Gaceta Jurídica N°58, p.153 y ss.

¹²¹⁰ Gaceta Jurídica N°54, p.121 y ss.

¹²¹¹ Gaceta Jurídica, año 2003, junio, N°276, p.180 y ss. En este fallo en que la ltma. Corte absolvió al acusado por cuanto el propósito de hacerse pago de un crédito constituyó una causal de exclusión de la antijuridicidad del ánimo de apropiación, ya que se estimó estar en presencia de un ejercicio arbitrario del propio derecho en el cual no concurrió violencia del art. 494 N°20 del C.P. Los hechos fueron los siguientes: El acusado, en su calidad de Presidente de la sociedad “Comprando Juntos Unión Lioca”, depositó, con conocimiento y consentimiento de otros socios de esa entidad, la suma de \$493.000, proveniente de un baile a beneficio efectuado anteriormente, en una libreta de ahorros que abrió en el Banco del Estado a su nombre, al no ser posible abrirla a nombre de la sociedad aludida, siendo utilizada posteriormente dicha suma de dinero para la formación de otra sociedad, a la cual se integraron el querellado Cisternas y otras personas, algunas de las cuales habían pertenecido hasta ese momento a la sociedad “Comprando Juntos Unión Lioca”. Luego, la nueva directiva de la persona jurídica en cuestión, presidida por Edilio Herrada Herrada, le pidió cuenta a Cisternas de la suma de dinero mencionada, quien no la entregó, aduciendo que los fondos eran de todos los socios y que la primera sociedad mantenía en su poder mercaderías por un valor de \$1.700.000, además de varias especies, como romanas, tambores y otras, que pertenecían a todos los ex miembros de aquella entidad, que se ha negado a dar lo que corresponde a quienes no forman ya parte de la misma.

lucro y el ánimo de apropiación.

“El dolo típico –conocer y querer, aceptar, o al menos resignarse o contar con- debe abarcar en cuanto dolo natural, la totalidad de los elementos objetivos típicos del delito de que se trate. Presupone, por tanto, el conocimiento y la voluntad de realización de todos los elementos que configuran el tipo objetivo y, en definitiva, conocer y querer la lesión del bien jurídico tutelado...El elemento cognoscitivo del dolo comprende el conocimiento, actual y no meramente potencial, de la realización de los elementos descriptivos y normativos de la parte objetiva. El elemento volitivo consiste en querer la realización de los elementos del tipo, volición que no equivale a un mero desear, a una mera expectativa, esperanza o ilusión, sino que presupone “una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo”...No integra el dolo típico, sin embargo, el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, aspecto que forma parte de la culpabilidad en cuanto presupuesto de la imputación subjetiva, aunque sí el del significado del acto y, por ello, el de su ofensividad para el bien jurídico”¹²¹².

“Tradicionalmente, el dolo se ha entendido compuesto por el elemento cognitivo y volitivo que en el delito de apropiación indebida se traduce, en primer lugar, como el conocimiento del autor de que se está apropiando de una cosa mueble ajena, la cual tiene en su poder en virtud de un título que le obliga a devolverla o entregarla; y en segundo lugar, que quiere hacerlo. O como expone Bajo Fernández, conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño, lo que entraña exclusión absoluta de los demás, incluido el propietario, y admisión de todos los perjuicios que de ahí se deriven”¹²¹³.

“En el Derecho Penal Alemán es unánime la consideración de que el tipo subjetivo del delito de apropiación indebida se compone exclusivamente por el dolo. Se caracteriza por la voluntad consciente de apropiarse antijurídicamente de cosa ajena. El dolo debe abarcar el conocimiento del autor de estar realizando un apoderamiento sobre una cosa en una forma que es objetivamente reconocible, para lo que es suficiente con dolo eventual, a diferencia de cómo ocurre con el delito de hurto del parágrafo 242”¹²¹⁴.

En cuanto al dolo eventual De la Mata es claro en su exposición; “no hay razón para exigir que el dolo requerido como elemento típico de los delitos de apropiación haya de ser de primer grado. Es suficiente un dolo de segundo grado o, incluso, un dolo eventual, lo cual dependerá del elemento típico al que se esté refiriendo dicho dolo; así, por ejemplo, en cuanto a la apropiación en sentido estricto difícilmente podrá encontrarse un supuesto en que el sujeto actúe con dolo eventual, pero ello será frecuente en cuanto a la expropiación en supuestos, por ejemplo, de gestiones ilícitas de negocios en las que por el carácter aleatorio de la operación no pueda afirmarse el dolo directo del sujeto”¹²¹⁵.

Al tratar el ánimo de apropiación De la Mata señala; “..., la discrepancia surge a la

¹²¹² “Tutela...”, p.239.

¹²¹³ Silva Castaño, ob. cit., p.152-153.

¹²¹⁴ Silva Castaño, ob. cit., p.153.

hora de establecer el significado dogmático de esta exigencia, es to es, a la hora de concretar si representa o no un elemento subjetivo adicional al dolo, así como cuando se indaga su relación con el ánimo de lucro”¹²¹⁶ .

Dice Miguel Soto, haciendo alusión al *animus rem sibi habendi*; “No basta entonces con que el autor conozca y quiera la acción que realiza y el que dicha acción lo coloca en la imposibilidad o importa el incumplimiento de la obligación de “entregar” o “devolver” (que objetiva y subjetivamente, explica, justifica y define su previa tenencia o posesión), es necesario además que el autor actúe animado animado por el propósito de ejercer el contenido del derecho de dominio sobre la cosa, cuando menos y en todo caso en lo relativo a los derechos correlativos a su obligación de entregar o devolver...Vale decir, para la afirmación de la tipicidad de la conducta, en su aspecto subjetivo, se requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo: “el ánimo de apropiación”. ”¹²¹⁷ Así encontramos el fallo de la I.C.A. de San Miguel de 27 de junio de 1989 en el proceso en contra de Margarita González en el cual la arrendadora retuvo especies de su arrendataria para garantizar el pago de rentas, reconociendo el dominio ajeno de estas especies en todo momento, lo cual no permitió configurar el delito de apropiación indebida por faltar el ánimo de apropiación¹²¹⁸ . Lo mismo vemos en el fallo de un recurso de amparo de la I.C.A. de Santiago, confirmado por la E.C.S., en el proceso en contra de María Paz Velasco Ramdohr de 25 de marzo de 1992, sentencia en la cual se dejó sin efecto el auto de procesamiento dictado en contra de esta persona. El hecho se trataba de que la procesada vivía en un inmueble arrendado (ella no lo había arrendado) y se habría apropiado de especies muebles de propiedad del arrendador, lo que la Corte estimó no era así por cuanto existió ánimo de devolución y no ánimo de apropiación¹²¹⁹ .

Para algunos autores el ánimo de apropiación es sinónimo de dolo. Así, por ejemplo, Castañeira Palau señala; “El ánimo de apropiación, como se verá más adelante, no es un elemento subjetivo del injusto, sino que forma parte del dolo. Si el dolo requiere conocer y querer la parte objetiva del tipo, y la acción típica consiste en apropiarse de una cosa mueble ajena, es obvio que para que se pueda afirmar que existe dolo el sujeto ha de querer realizar la acción típica, o sea ha de querer apropiarse de la cosa”¹²²⁰ .

En este mismo sentido se pronuncia Bajo Fernández; “En contra de la posición doctrinal dominante que exige un elemento subjetivo configurado de diversas formas (ánimo de lucro, ánimo de apropiación, *animus rem sibi habendi*, ánimo de defraudación o perjuicio, etc.), entiendo que el dolo en el delito de apropiación indebida es el único

¹²¹⁵ “Tutela...”, p.240.

¹²¹⁶ “Tutela...”, p.247.

¹²¹⁷ Ob. cit., p.58-59.

¹²¹⁸ Gaceta Jurídica N°108, p.79 y ss.

¹²¹⁹ Gaceta Jurídica N°142, p.88 y ss.

¹²²⁰ Ob. cit., p.106.

elemento subjetivo necesario para la consumación. En efecto, ha de observarse que cifrándose la consumación desde el punto de vista objetivo en el acto de disposición de la cosa, es decir, en operar con ella como dueño, el dolo consistente en el conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño, lo que entraña exclusión absoluta de los demás, incluido su propietario, y admisión de todos los perjuicios que de ahí se deriven. En este sentido, el dolo incluye cualquiera de los elementos subjetivos que Doctrina y Jurisprudencia exigen haciendo innecesaria su concurrencia. El ánimo de lucro, el ánimo de aumentar el propio patrimonio antijurídicamente a costa del ajeno, el ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*, etc., se convierten en este caso en simples formas más o menos literarias de explicar el mismo fenómeno subjetivo a que se refiere el dolo”¹²²¹ .

Similar a la anterior postura, pero no igual, encontramos a Sainz-Pardo, quien señala; “Considero que es suficiente en la apropiación indebida como elemento subjetivo, el “animus rem sibi habendi”, y entiendo éste no como elemento subjetivo fundamentador del injusto, sino como elemento subjetivo de la acción, que en sí misma lo lleva y exige...Con esta fundamentación, el dolo, como es natural, sería el componente básico del tipo subjetivo de la A.I., que abarcaría todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo, claro está, la acción de apropiarse con sus dos componentes: material y subjetivo”¹²²² .

Silva Castaño, siguiendo la doctrina alemana¹²²³ , entiende que el delito de apropiación indebida “se exige la apropiación de la cosa, y no el mero propósito de apropiación. Por ello no es suficiente la mera voluntad de quedarse con la cosa, la voluntad debe expresarse más bien por medio de una acción de apropiación manifestada externamente y reconocible con claridad. Por tanto el ánimo de apropiación, considerado como ánimo de tener la cosa para sí y de expropiar al titular de la misma en forma definitiva, es en realidad una exigencia del propio concepto de apropiación, considerado desde el punto de vista de lo objetivo. La voluntad de apoderarse de la cosa, no es configuradora de la tipicidad subjetiva como una entidad diferenciada de las exigencias del dolo, lo relevante es que el sujeto manifieste objetivamente dicha voluntad”¹²²⁴ .

De la Mata ha tratado de sistematizar las posturas relativas al ánimo de apropiación; “A diferencia de lo que ocurre con el delito de hurto, en el art. 535 pfo. 1ª CP no se alude expresamente al ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto típico. Ello ha motivado la discusión, de un lado, sobre la necesidad de seguir exigiendo como requisito típico, implícito, el ánimo de lucro, y de otro, sobre la obligación de requerir junto a él, o

¹²²¹ “Manual...”, p.287-288.

¹²²² Ob. cit., p.139.

¹²²³ En “Tutela...”, p.247, sostiene De la Mata; “En los delitos de apropiación, al contrario, únicamente el dolo y la intención de apropiación ilícita forman parte del hecho injusto como elementos subjetivos del tipo y ni el ánimo de lucro, ni la voluntad de enriquecimiento, ni la voluntad de dañar el patrimonio ajeno se tienen en cuenta para valorar la conducta del sujeto activo del hecho. Es ésta una postura ampliamente dominante hoy en día en la doctrina alemana”.

¹²²⁴ Ob. cit., p.165.

en su lugar, un ánimo de apropiación como elemento subjetivo adicional...Las opiniones de los autores a este respecto se formulan básicamente a partir de las tres posturas que describo a continuación”¹²²⁵ .

Una primera postura requiere como elementos subjetivos del delito de apropiación indebida el dolo y el ánimo de lucro, e incorpora el ánimo de apropiación a la definición del ánimo de lucro, postura dentro la cual De la Mata menciona a Ferris, Sainz-Pardo (en cierto modo similar a esta tesis) y Vives.

La segunda postura establece como exigencias subjetivas de la apropiación indebida el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación, identificando a este último con el dolo, mencionando como representantes de esta postura a Ferrer Sama y Quintano.

Finalmente, existe una tercera postura que exige el dolo como único elemento subjetivo del tipo de apropiación indebida, absorbiendo este dolo el ánimo de apropiación. Entre ellos destaca De la Mata a Bajo, Castañeira, Majón-Cabeza y en el delito de hurto Zugaldía.

De la Mata sostiene la identificación del ánimo de lucro con el ánimo de apropiación, entendiendo que el ánimo de lucro se define como el “provecho obtenido con la incorporación de la cosa al propio patrimonio, rechazando al mismo tiempo una valoración estrictamente económica del lucro, tanto en el delito de hurto como en el de apropiación indebida, la diferenciación entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro no tiene ningún interés, por cuanto ya la propia definición de éste se recoge aquí”¹²²⁶ . Por ello para el basta el dolo de apropiación como único elemento subjetivo del injusto.

En cuanto al ánimo de lucro, existen 3 acepciones de éste, según no indica De la Mata¹²²⁷ .

La primera es un concepto amplio. Él dice; “La Jurisprudencia y un amplio sector de la doctrina conciben el ánimo de lucro de un modo amplio y lo definen como la intención del sujeto activo de obtener cualquier tipo de beneficio, ventaja, utilidad o provecho, aunque sean de carácter meramente contemplativo”. Esta postura ha sido aceptada por Cuello Calón y Luzón Domingo.

La segunda postura entiende el ánimo de lucro como un concepto económico subjetivo, y ha sido sostenida por Rodríguez Devesa; “La concepción de RODRÍGUEZ DEVESA, a diferencia de la anterior, define el concepto de lucro en función de parámetros económicos, si bien la alusión al punto de vista del agente hace que su posición se sitúe en un punto intermedio entre la que propugna un concepto amplio de lucro y la que lo reconduce únicamente a criterios puramente económicos”¹²²⁸ .

¹²²⁵ “Tutela...”, p.255.

¹²²⁶ “Tutela...”, p.265.

¹²²⁷ “Tutela...”, p.242 y ss.

¹²²⁸ Celia Sainz de Robles, “El ánimo de lucro, ensayo de aproximación histórico-material al concepto”, Estudios de Derecho Penal y Criminología, t.II, Universidad Nacional a Distancia, Facultad de Derecho, 1989, p.304-305.

La tercera postura es la que entiende el lucro como un concepto económico objetivo, postura que sostienen Rodríguez Mourullo, Bajo, Antón, Rodríguez Ramos, Bustos y Vives. Por todos daremos la definición proporcionada por Bajo; es “la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”, lo que implica concebir el ánimo de lucro como una “tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”.

Silva Castaño prescinde del ánimo de lucro como exigencia típica subjetiva del delito de apropiación indebida.

En un fallo de la I.C.A. de Punta Arenas en el proceso en contra de Juan Almonacid González y María Velásquez Almonacid de 13 de julio de 1992 en los cuales fueron absueltos. Sin embargo, lo que interesa aquí es que en la parte final del considerando 10º se señaló que no existía por parte de los procesados “ánimo de enriquecimiento”, en alusión a que es un elemento requerido por el tipo penal ¹²²⁹. Esta interpretación conllevaría a patrimonializar absolutamente el delito de apropiación indebida.

25.- El rol y función del perjuicio.

El perjuicio puede ser entendido de dos formas distintas en el caso de la apropiación indebida.

La primera de ellas es entender al perjuicio como una condición objetiva de punibilidad ¹²³⁰.

Sin entrar en la discusión sobre si existen reales diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas legales absolutorias y el tipo de injusto, y siguiendo los pasos de Schmidhäuser, Mezger y otros (quienes buscan encontrar las diferencias existentes), entiendo como Stratenwerth que la condición objetiva de punibilidad es un presupuesto material de la punibilidad, que atiende a razones político-criminalmente importantes por las cuales la necesidad de intervención punitiva resulta fundamentada por circunstancias que van más allá de lo ilícito y de la culpabilidad ¹²³¹.

La finalidad de estas condiciones es restringir el injusto culpable punible ¹²³². Para establecer esta finalidad se ha recurrido en la doctrina alemana al binomio merecimiento de pena / necesidad de pena. Sin perjuicio de las críticas que se puedan efectuar a lo

¹²²⁹ Gaceta Jurídica N°144, p.106 y ss.

¹²³⁰ S. Politoff, "El delito....", ob. cit., p.260 y ss. Miguel Soto Piñeiro, ob. cit., p.67. Jean Pierre Matus y M^a Cecilia Ramírez, "Lecciones....", ob. cit., p.183.

¹²³¹ G. Stratenwerth, "Derecho Penal...", p.72 y ss.

¹²³² Octavio García Pérez, "La Punibilidad en el Derecho", Editorial Aranzadi, Pamplona 1997, p.34.

superfluo de esta distinción ¹²³³, se entiende que el merecimiento de pena atañe a todos los aspectos de desvalor del delito, es decir, encierra un juicio global de desvalor (aspecto valorativo). La necesidad de pena, en cambio, acoge o reúne; todas las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia (aspecto teleológico) respecto de la aplicación de la sanción penal cuando los fines de la pena ya se han alcanzado, todos aquellos casos en que existen medios menos gravosos que la pena a los que se puede recurrir para enfrentar un caso y aquellas situaciones en que la pena no es idónea para hacer frente a la conducta desviada. En otras palabras, la necesidad de pena es la pregunta que debe formularse ante un injusto culpable; ¿es necesaria la aplicación de la pena para hacer frente a determinadas conductas? ¹²³⁴

A esta última categoría pertenece el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad y aquí puede encontrarse la finalidad de la restricción del injusto punible.

Cabe agregar que el binomio merecimiento / necesidad de pena puede ser visto de 3 formas distintas: en primer lugar se puede entender que existe una relación de implicación en la cual la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena. En segundo lugar, se puede entender que existe una relación de implicación en la cual el merecimiento de pena presupone la necesidad de pena. Finalmente, puede entenderse que no existe en este binomio una relación de implicancia sino que estima que ambos conceptos se encuentran en un mismo plano.

Finalmente es del caso mencionar a Jakobs cuando dice "...las condiciones no pertenecen al tipo de injusto del mismo modo que la descripción de la acción. Justamente es misión de las condiciones abarcar una materialización del resultado, con independencia de la relación subjetiva con ella,....Está fuera de discusión que estos elementos son componentes del tipo de garantía en el sentido del artículos 103.2 GG, párrafo 1 StGB". ¹²³⁵

¹²³³ Enrique Bacigalupo, "Delito y Punibilidad", Editorial Civitas, Madrid 1983, p.112 y ss. Bacigalupo sostiene "La cuestión del doble juzgamiento se plantea también en base a la dualidad "acción merecedora de pena" (Strafwürdigkeit) y "acción que requiere punibilidad" (Strafbedürftigkeit). Como las restantes, esta doble instancia de juzgamiento respecto del mismo objeto presupone también dos órdenes normativos distintos a los que se referencia el juicio concreto. El primero, para determinar el merecimiento de pena y, el segundo, para establecer la necesidad de la misma. Estos órdenes normativos, en principio, no deberían coincidir totalmente, pues de ser de otra manera, es decir, si coincidieran totalmente, la distinción carecería de todo sentido. El doble juzgamiento presupone precisamente la posibilidad de la divergencia de los dos juicios. Si esto es así, el orden normativo que determina el merecimiento de pena debería ser diferente del orden jurídico, que es el único que constitucionalmente puede decidir sobre la necesidad de castigo o sanción. Fuera del orden jurídico, sólo existe otro orden normativo referido a los comportamientos humanos y este es ético. Por esta razón, en el caso concreto de los fundamentos que excluyen la pena habría que distinguir entre aquellos que son una excepción de las reglas éticas, que serían las causas de justificación y las de inculpabilidad, y aquellos otros que constituirían un "simple" presupuesto de la exclusión de las consecuencias jurídica referida a la infracción de una norma prevista en la ley penal."

¹²³⁴ Octavio García, ob. cit., p.50.

¹²³⁵ "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Fundamentos y Teoría de la Imputación", Marcial Pons editores, Madrid 1997, p.403 y ss.

Es decir, a pesar de que estas condiciones son ajenas al injusto culpable (y al dolo), forman parte de lo que Bacigalupo ¹²³⁶ denomina “tipo de garantía”, o sea, aquel tipo del que forma parte de todos aquellos presupuestos que condicionan la aplicación de la pena y que responden al principio de legalidad.

La segunda es entender a este como un elemento del tipo ¹²³⁷ . Dentro de esta corriente existe dos variantes, aquella que estima que el perjuicio cumple una función a nivel objetivo de la conducta, y la otra que entiende que la conducta cumple una función a nivel subjetivo.

Conde-Pumpido señala que la fórmula “en perjuicio de otro” presenta cuestiones interpretativas en orden a si es suficiente la mera existencia anímica de la intención o conciencia de que la acción causará tal perjuicio o es exigible que el mismo sea efectivamente producido.

Silva Castaño señala que existe discusión respecto a si el delito de apropiación indebida es un delito de pura actividad o, por el contrario, es un delito de resultado ¹²³⁸ .

De ser el perjuicio un elemento subjetivo del tipo, la apropiación indebida sería un delito de mera actividad (porque su sola presencia perfeccionaría la acción que se comete con dicha finalidad). De lo contrario, de ser el perjuicio un elemento objetivo del tipo, el delito de apropiación indebida ya no sería de mera actividad sino de resultado. Conde-Pumpido señala que la fórmula “en perjuicio de otro” es interpretada por un sector doctrinal, en base a que el uso de la proposición “en” y no “con” como referencia a un elemento subjetivo o tendencial de la acción, sin que se exija un resultado objetivo de la misma. ¹²³⁹

Bajo Fernández y Pérez Manzano ¹²⁴⁰ , al igual que Sainz Pardo ¹²⁴¹ , entiman que en la apropiación indebida no caben los supuestos de tentativa y frustración, porque para ellos el perjuicio sería consustancial al acto de disposición ¹²⁴² , es decir, el delito se consumaría en el momento en que se produce la disposición. Así, para ellos, el delito sería de mera actividad.

González Rus habla de que para estos autores el perjuicio sería consustancial al acto de disposición.

Este perjuicio no podría ser patrimonial, ya que Bajo Fernández señala

¹²³⁶ “Principios de Derecho Penal”, Parte General, editorial Akal / Iure, 5ª edición, Madrid 1998, p.146.

¹²³⁷ Etcheberry, “Manual de Derecho...”, ob. cit., tomo III, p. 428; Garrido Montt, “Derecho Penal..”, ob. cit., tomo IV, p.370; Majón-Cabeza, ob. cit., p.161; Labatut en “Derecho...”, ob. cit., p.237. Estos autores exigen un perjuicio patrimonial.

¹²³⁸ M^a Luisa Silva Castaño, ob. cit., p.93 y ss.

¹²³⁹ Candido Conde-Pumpido, “Apropiaciones...”, ob. cit. p.129.

¹²⁴¹ J. Sainz Pardo, ob. cit., p.133 y ss.

¹²⁴² Ob. cit., p.701 y ss.

expresamente que “nada existe en la ley que permita suponer una exigencia de perjuicio patrimonial”. A juicio de este autor, la apropiación indebida, al igual que los delitos de apoderamiento, se consuma con la “simple lesión del derecho de propiedad con independencia de que el autor se hay o no enriquecido con este hecho”.¹²⁴³

Queralt también comparte la idea de que el delito se consuma cuando tiene lugar la apropiación, pero a diferencia de los mencionados autores, admite las formas imperfectas de ejecución.¹²⁴⁴

Por su parte González Rus estima que si como consecuencia de la apropiación se precisa la causación efectiva de un detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo, estaremos en presencia de un delito de resultado. Para este autor el perjuicio es, junto con la apropiación, el resultado de la conducta, y por tanto constituye un elemento objetivo del tipo.

Por esta última tesis se pronuncian, además de este autor, Cuello Calón, Puig Peña, Vives, Serrano Gómez, Bustos, Rodríguez Ramos, Quintano Ripollés, Mestre Delgado, Ferrer Sama, Rodríguez Devesa, Conde-Pumpido, Muñoz Conde, Moreno Verdejo-Marchen Gómez, Valle Muñiz, Majón-Cabeza, Calderón-Choclán, Luzón-Peña, Castañeira Palau, Paredes Castañón.¹²⁴⁵

Caso distinto es lo que ocurre en Argentina, ya que ante la redacción del artículo 173 inciso 2º del código penal que habla de “en perjuicio de otro negarse a restituir o no restituyere a su debido tiempo”, la doctrina discute si el delito de apropiación indebida se trata de un acto positivo (de apropiación) o de un acto negativo consistente en una

¹²⁴⁰ Véase a M. Bajo Fernández en “Manual...” (1987), ob. cit., p.281; También junto a M. Pérez Manzano y C. Suárez González en “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Delitos Patrimoniales y Económicos, 2ª edición, Editorial Ceura, Madrid 1993. Mercedes Pérez Manzano, obra conjunta con Díaz-Maroto y otros, en “Compendio de Derecho ...” (coordinación de Bajo Fernández), ob. cit., p. 483. Aquí la autora señala de forma textual que “5. Discute la doctrina si es posible diferenciar tentativa y consumación. La doctrina mayoritaria sostiene que la apropiación indebida requiere como resultado material la producción de un perjuicio económico, de manera que la realización de la apropiación -acto de disposición como dueño- da lugar solo a la tentativa del delito. Otro sector defiende que no es necesaria la producción del perjuicio económico, sino que la apropiación indebida se consuma con el acto de disposición. Pues bien, hay que entender que ambas posturas no son tan opuestas, dado que parten de un distinto concepto de perjuicio patrimonial. Para los que defienden la necesidad de producción de perjuicio para la consumación del delito, éste es sólo el valor económico que pierde el sujeto pasivo con la apropiación. Para quien considera que el perjuicio no es resultado material, el perjuicio es la diferencia de valor patrimonial considerado en su totalidad. Desde esta perspectiva ambas posturas tienen razón. De un lado, la apropiación indebida en cuanto delito contra la propiedad no requiere un perjuicio en el sentido de la estafa, esto es, como disminución del valor del patrimonio globalmente considerado. Ahora bien, ello no excluye que la realización del acto de disposición puede suponer en sí mismo un cierto perjuicio. De otro lado, hay que tener en cuenta que es posible y coherente distinguir entre la apropiación en el sentido de la acción, y la expropiación en cuanto resultado de la apropiación (De la Mata). Aunque normalmente ambas se producen de forma simultánea, ello no es obligado y puede dar lugar a casos de tentativa diferenciables.”.

¹²⁴³ Bajo Fernández, “Manual de Derecho...”, ob. cit., p.281.

¹²⁴⁴ J. J. Queralt, “Derecho Penal...”, ob. cit., p.337. Aquí, la consumación se produce al ingresar la cosa mueble ajena al propio patrimonio del sujeto activo en perjuicio del pasivo.

omisión ¹²⁴⁶. Dentro del primer grupo se encuentra Ernesto Ure ¹²⁴⁷, y en el otro grupo encontramos a Sebastián Soler ¹²⁴⁸ y Ricardo Nuñez ¹²⁴⁹. Sin embargo, para todos estos autores es necesario la existencia de un perjuicio, perjuicio que será patrimonial al concebir este delito como una forma de defraudación, motivo por el cual el delito será de resultado ¹²⁵⁰. Caso aparte es Edgardo Alberto Donna ¹²⁵¹ para quien la apropiación indebida es un delito de omisión impropia y de resultado, es decir, por acción u omisión (Para entender esto debe analizarse la cuestión desde la perspectiva de la posición del

¹²⁴⁵ Véase a Cuello Calón en "Derecho Penal", tomo II, Parte Especial, 11ª edición, editorial Bosch, Barcelona 1961, p.834; Federico Puig Peña en "Derecho Penal", tomo IV, Parte Especial, volumen 2º, ediciones Desco, p.264; T.S. Vives en la coordinación dirigida por él mismo elaborada en conjunto con Cobo del Rosal, Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, en "Derecho Penal.....", ob. cit., p.959. También véase de este mismo autor en obra conjunta con Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu y González Cussac, "Derecho Penal....", ob. cit., p.475 y en "Comentarios...." (Vives-González Cussac), p. 1249 y ss; Serrano Gómez, "Derecho Penal....", ob. cit., p.416; J. Bustos Ramírez, "Manual de....", ob. cit., p.208; Rodríguez Ramos en obra conjunta con Cobos Gómez de Linares y López Barja de Quiroga, "Manual de....", ob. cit., p.307; Quintano Ripollés, "Tratado de la....", ob. cit., p.893 y 894; Esteban Mestre Delgado en obra conjunta con Carmen Lamarca, Avelina Alonso e Ignacio Gordillo, "Manual de....", ob. cit., p.279; José Mª Rodríguez Devesa en "Derecho Penal....", ob. cit., p.410 habla de un **resultado brifonte**, por un lado el perjuicio en el patrimonio ajeno y, por el otro, la apropiación; Candido Conde-Pumpido Ferreiro en "Apropiaciones Indebida", editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, p.131; Francisco Muñoz Conde en "Derecho Penal, Parte Especial", 10ª, ob. cit., p.319 y en 14ª edición p.434; Jaime Moreno Verdejo y Manuel Marchena Gómez en "El delito de apropiación indebida en el Código Penal de 1995", editorial Colex, Madrid 1998, p.91 y ss.; José Manuel Valle Muñiz en "Comentarios a la Parte Especial...." (dirección de Quintero Olivares y coordinación de Morales Prats), ob. cit., p.553; A. Calderón- J.A. Choclán, "Derecho Penal", ob. cit., 825; Diego Luzón-Peña, "Enciclopedia...", ob. cit., p.89; Castañeira Palau, "Ventas a plazo.....", ob. cit., 104 y ss; José Manuel Paredes Castañón, en "Lesión del bien.....", texto cit., p.250 y ss.

¹²⁴⁶ Enrique Bacigalupo en "Estafa de seguros....", ob. cit., p.37 y ss.

¹²⁴⁷ Ernesto Ure, "El Delito de Apropiación Indebida", editorial Ideas, Buenos Aires 1947, p. 121.

¹²⁴⁸ Sebastián Soler en "Derecho Penal.....", ob. cit., p.436.

¹²⁴⁹ Ricardo Nuñez en "Manual de Derecho.....", ob. cit., p.249.

¹²⁵⁰ Ure, ob. cit, p.135, hace consistir el perjuicio en "la simple disminución, sacrificio o restricción de un bien", perjuicio que será de carácter patrimonial; Edgardo Alberto Donna, en ob. cit., p.376, citando a Creus, y a pesar de entender el delito de apropiación indebida como una defraudación, sostiene que el perjuicio se consuma con la "mera privación temporal del bien por parte de quien tuvo que disponer legítimamente de él en un momento determinado y no logró adquirir ese poder"; Soler, ob. cit., p. 436, sostiene que el perjuicio se produce por la acción de no restitución (llama la atención que aquí Soler llame a la no restitución "acción", si para él es una omisión) y, no especifica cual es el perjuicio. Por ello hay que tener presente que para este autor la apropiación indebida es una forma de defraudación por abuso de confianza y, por tanto, el perjuicio es una "lesión patrimonial producida por fraude" (p.338); Nuñez, ob. cit., p.249, al igual que Soler especifica el momento en que se produce el perjuicio como aquel en que "falta la restitución o ella ocurre en mora". Siguiendo la línea de análisis anterior, debemos bucear cual es este perjuicio para Nuñez y este se encuentra en el hecho de ser la apropiación indebida una forma de defraudación por abuso de cofianza y, pr tanto, como defraudación el perjuicio consiste en el empobrecimiento del patrimonio del afectado (p.236).

¹²⁵¹ Edgardo Alberto Donna, "Derecho....", ob. cit., p.368 y ss.

autor y los deberes de su cargo. Así, partiendo de esta base, y teniendo presente el derecho del sujeto pasivo y el deber del autor de devolver la cosa en el plazo debido, si éste no lo hace, su conducta es un equivalente a la acción, en el sentido que defrauda la condianza, similar a la administración fraudulenta y ocasiona un perjuicio).

En España fue Zugaldía (siguiendo en Alemania a Samson en "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch", p.55 y ss.; a Welzel en "Das Deutsche Strafrecht", p.342 y ss.; y, muy especialmente, Schmidhäuser en "Strafrecht", p.76) quien introdujo, no conocida en ese entonces por la doctrina y jurisprudencia de ese país, la división del concepto de apropiación en los delitos de apropiación indebida y hurto en dos partes, por un lado "la apropiación" (al menos transitoria) y, por el otro, la "expropiación que conllevan"¹²⁵², la cual priva al propietario del ejercicio de todas las facultades inherentes al dominio atribuyéndoselas el que se apropia de la cosa. Esta segunda parte del concepto apropiación sería el resultado del delito de apropiación indebida. Zugaldía entiende que la apropiación es el núcleo del delito de apropiación indebida o "la clave de bóveda" de todo este tema cuando afirma "Hasta donde el uso de una cosa suponga su efectiva apropiación, nos encontraremos ante auténticos delitos de hurto o apropiación indebida. Allí donde el uso de una cosa no integre su apropiación, nos encontraremos ante uso impunes por atípicos"¹²⁵³. El perjuicio, del que aquí hablamos, no es para este autor un elemento propio de la apropiación indebida por cuanto el se ciñe estrictamente a la doctrina alemana en donde el parágrafo 246 del StGB no lo exige. En el mismo sentido, en cuanto al sólo apoderamiento como el momento consumativo de la apropiación indebida, Mezger¹²⁵⁴.

En honor a la verdad, cabe hacer presente que en 1976 Bajo Fernández, sin entrar a efectuar esta división del concepto de apropiación, introdujo en la dogmática española a través de su conocida obra "La realización arbitraria del propio derecho" el análisis del concepto apropiación desde el punto de vista de la doctrina alemana conocida como "Zueinung" y, además, las teorías elaboradas en ese país referidas a la apropiación y conocidas como "sachsubstanztheorie" -formal-, "sachwerttheorie" -material- y "vereinigungstheorie" -mixta-¹²⁵⁵.

A Zugaldía le siguieron en esta división del concepto "apropiación" Araceli Majón-Cabeza¹²⁵⁶ (en el caso de esta autora la apropiación indebida protege dos bienes jurídicos distintos, por un lado la propiedad cuando el objeto de la acción en un bien no fungible y el patrimonio cuando el objeto de la acción recae sobre un bien fungible. Así, el resultado afectará la propiedad cuando el objeto de la acción sea un bien no fungible, en cuyo caso el resultado será la expropiación del bien). Luego, De la Mata Barranco,

¹²⁵² "Delitos....", ob. cit., p.32.

¹²⁵³ "Delitos....", ob. cit., p.70 y p.81.

¹²⁵⁴ Edmund Mezger, "Derecho....", parte especial, ob. cit., 186.

¹²⁵⁵ Ob. cit., p.21 y ss.

¹²⁵⁶ Ob. cit., p.188.

posteriormente M^a Luisa Silva Castaño ¹²⁵⁷ (esta autora distingue, como más adelante se pasará a analizar, dos delitos distintos dentro del texto del artículo 252 del Código Penal Español, por un lado el delito de apropiación indebida como auténtico delito de apropiación y, por el otro, tratándose de la modalidad de acción “distraer” y recayendo el objeto de la acción en “dinero” el delito es el de administración desleal) y, actualmente, Mirentxu Corcoy ¹²⁵⁸. Para todos ellos el delito de apropiación indebida es un delito de resultado cual es la lesión del objeto de la acción, esto es, la expropiación del titular del bien objeto de la apropiación. En Chile, ha seguido la senda de Zugaldía, el profesor Miguel Soto ¹²⁵⁹.

Cabe hacer presente respecto de De la Mata ¹²⁶⁰, que él (siguiendo en Alemania a Rus en “Leipziger Kommentar”, p.46 y ss) entiende la apropiación en un doble sentido, por un lado como la acción (modalidad comisiva) del delito de apropiación indebida y, por el otro, el resultado de éste delito. Este resultado es el componente negativo del concepto apropiación, la llamada expropiación del objeto que experimenta el sujeto pasivo del delito. Sin embargo, a diferencia de Silva Castaño, y como los sostienen Quintano Ripollés y otros autores ya citados, dicho resultado si sería patrimonial, eso sí, bajo el prisma de un concepto dinámico y funcional del patrimonio.

Haciendo eco de los aportes de Zugaldía, Majón-Cabeza, De la Mata (con las salvedades indicadas), Silva Castaño y Soto Piñeiro creo que es criticable la tesis de Bajo Fernández al entender que el delito de apropiación indebida es un delito de mera actividad en que se consume en el mismo momento en que se produce el acto de disposición “sin que sean necesarios ulteriores resultados...”. ¹²⁶¹ El problema se produce

¹²⁵⁷ Silva Castaño, ob. cit., p.96 y 145 afirma que la “expresión en perjuicio de otro” es un residuo de la continúa repetición histórica del error de vincular la apropiación indebida con la estafa, y por tanto para ella el perjuicio consiste en la privación de la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad al titular de la cosa mueble. La autora, en la nota N°239 del pie de página 96 sostiene que en el mismo sentido se pronuncia De la Mata Barranco, “Tutela...”, ob. cit., p.191.

¹²⁵⁸ Primeramente Mirentxu Corcoy Bidasolo directora de la obra conjunta de Gallego Soler, Gómez Martín y Hortal Ibarra en “Sistema de casos prácticos. Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia 1999, p.367 y ss. señalaban que dentro de la estructura típicas y cuestiones probleáticas del delito de apropiación indebida la consumación del delito se producía con el incumplimiento definitivo de la obligación de devolución, es decir, la apropiación como resultado típico. Luego, la misma autora dirigió la obra conjunta de Cardenal Montraveta, Fernández Bautista, Gallego Soler, Gómez Martín y Hortal Ibarra en “Manual práctico de Derecho Penal, Parte Especial”, tomo II, Derecho Penal de la Empresa, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia 2002, p.90 y ss., y en ella al referirse nuevamente a la estructura típicas y cuestiones problemáticas del delito en referencia señala que la consumación se produce por el incumplimiento definitivo de la obligación de devolver, es decir, (y aquí hace eco de las ideas que De la Mata introdujo en España) “apropiación/expropiación” como resultado típico. Pero, luego, distinguen, en la p.108, bajo el epígrafe “Soluciones” entre la **conducta** de apropiación y la negativa de recepción **el resultado** es la incorporación en el propio patrimonio y la **conducta** de distracción (gestión desleal del patrimonio ajeno) el **resultado** perjuicio ocasionado por la mala gestión.

¹²⁵⁹ Miguel Soto Piñeiro, ob. cit., p.67, también distingue la apropiación como acto propio del tipo objetivo de la apropiación como resultado.

¹²⁶¹ Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, ob. cit., p.421.

en la distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Los primeros requieren la producción precisa de un resultado consecuencia precisa de la acción, en cambio los delitos de mera actividad requieren únicamente para su consumación la ejecución o inexecución de una determinada acción¹²⁶². La distinción entre este tipos de delitos es "difícil", como señala Bacigalupo, porque hay casos en que los delitos de peligro difícilmente pueden diferenciarse de los de actividad¹²⁶³. Cabe hacer presente que en los delitos de pura actividad, como señala Roxin, el tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separado de ella¹²⁶⁴. Respecto de esta última afirmación, debe tenerse presente que en el caso de los delitos de resultado, además, existe una importante restricción cual es que el resultado debe ser "la lesión del objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculada a ésta. La lesión del objeto de la acción debe distinguirse, como ya hemos sostenido, de la lesión del objeto de la protección, que esta constituida por la lesión del bien jurídico. Todo delito (inclusive los de pura actividad) se puede caracterizar como lesión de un bien jurídico (la injuria, por ejemplo, lesiona el bien jurídico honor), pero no todo delito requiere la lesión de un objeto determinado. Los delitos de lesión serían, entonces, aquéllos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de la lesión de un objeto protegido"¹²⁶⁵.

¹²⁶⁰ Es importante hacer presente una salvedad respecto de este autor, la cual no hace Silva Castaño, y ello puede crear cofusiones. De la Mata, en "Tutela...", ob. cit., 88-89, p.100-101, p. 128 y ss., p.178 y ss., p.191 y p. 305 letra i), desde un concepto funcional y dinámico del patrimonio, entiende que existen 2 tipos de lesiones patrimoniales, por un lado lesiones al patrimonio en un sentido global y, por el otro, lesiones a aspectos concretos del patrimonio. Dentro de esta segunda clase de lesiones patrimoniales, De la Mata incluye la propiedad. Por ello este autor se manifiesta partidario de englobar los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio bajo un mismo título. A mayor abundamiento, el mismo autor señala, en la p.101 de su libro, que existen en relación al delito de apropiación indebida 3 comportamientos; el primero se refiere a actuaciones desleales que lesionan o ponen en peligro la propiedad de un sujeto en su significación penal (esto se refiere a cosas muebles no fungibles). El segundo comportamiento desleal es aquel que lesiona o pone en peligro el patrimonio de un sujeto (en concreto, un derecho de crédito, como parte integrante de dicho patrimonio, cuando se refiere a un bien ultrafungible como el dinero) y, en tercer lugar, comportamientos desleales con los que *ex ante* no existe ni lesión de propiedad ni perjuicio patrimonial ni puesta en peligro del patrimonio ajeno. En opinión de De la Mata, quien invoca el principio de ultima ratio, sólo las dos primeras conductas pueden tener relevancia penal mediante su subsunción en determinados tipos penales. Por esta razón De la Mata (p.191) sostiene que si se concibe el perjuicio como un menoscabo de una relación de propiedad (relación que para él es de carácter patrimonial) es evidente que ello constituya un requisito típico del delito de apropiación indebida, por cuanto ello es obligado porque en eso justamente consiste este delito, en la irrogación de un perjuicio patrimonial. En otras palabras, las dos modalidades de apropiación indebida que reconoce este autor, sea respecto de bienes no fungibles o de bienes ultrafungibles, lesionan el patrimonio, ya sea través de la expropiación en el caso de bienes no fungibles o de la lesión del derecho de crédito en el caso de bienes fungibles.

¹²⁶² Carlos Suárez-Mira, Angel Judel y José Ramón Piñól en "Manual de Derecho Penal, I, Parte General", editorial Civitas, Madrid 2002, p.184 y ss.

¹²⁶³ "Manual de Derecho Penal, Parte General", editorial Temis, Bogotá 1994, p.85.

¹²⁶⁴ Claus Roxin, "Derecho Penal...", ob. cit., p.328 y ss.

¹²⁶⁵ Enrique Bacigalupo en "Principios de Derecho Penal", Parte General, editorial Akal/lure, 5ª edición, Madrid 1998, p.172 y ss.

Así, creo que para Bajo en el delito de apropiación indebida el tipo coincide con el último acto de la acción y, por tanto, no se produce resultado separado de ella. Sin embargo, si uno escinde el concepto de apropiación en las ideas de aneignung (apropiación) y enteignung (expropiación) el resultado del delito pasa a ser este último, es decir, la expropiación del propietario y ello es la privación definitiva o duradera del sujeto pasivo de las facultades que se derivan de su condición de propietario.

26.- El sujeto activo.

Si bien la redacción del tipo no sugiere que nada de especial en relación con el sujeto activo del delito, y da la impresión de que a través de “El que...”, cualquiera puede ser sujeto activo, en realidad las cosas no son así.

En esta parte nos remitiremos al profesor Miguel Soto, quien señala; “Con independencia de su dominio o control del hecho típico, sólo el titular, el obligado por el “especial deber extra-penal de entregar o devolver”, está en posición de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo, “la propiedad”, en la forma descrita y requerida por éste: “apropiándose” de la cosa, cuya tenencia o posesión detenta, condicionada por el especial deber extra-penal, que infringe al apropiársela...Vale decir, la norma prohibitiva o imperativa subyacente en este tipo penal, se concreta en lo que es relevante para este último, en un preciso titular, que es el único habilitado para realizar la conducta descrita en el tipo...En síntesis, el “delito de apropiación indebida” es un “delito especial” en que por expresa exigencia típica sólo pueden ser autores quienes sean titulares del “especial deber extra-penal de entregar o devolver”¹²⁶⁶ .

27.- El sujeto pasivo.

Realizando un paralelo entre apropiación indebida y furtum possessionis, el profesor Miguel Soto delinea el sujeto pasivo del delito materia de este trabajo. Él dice; “En definitiva, las calidades de “dueño” y de “legítimo tenedor o poseedor” de la cosa, sobre las que supuesta la disociación se construye lo injusto y se condiciona el acceso a la posición de “sujeto activo” y “sujeto pasivo”, respectivamente, en el “hurto de posesión”, cumplen una función análoga en la “apropiación indebida”, pero lo hacen ordenados en sentido inverso; invirtiendo su repercusión dogmática en materia de autoría, pues la calidad de “legítimo tenedor o poseedor” de la cosa habilita el acceso a la calidad de autor, mientras que el “dueño no poseedor” podrá ser sujeto pasivo de la apropiación y habitualmente víctima del perjuicio”¹²⁶⁷ .

¹²⁶⁶ Ob. cit., p.74 y ss.

¹²⁶⁷ Ob. cit., p.78.

Capítulo Sexto. Conclusiones.

1.- Después de analizado el título de los llamados “Delitos contra la propiedad”, después de que hemos visto cada una de las figuras contenidas en aquel título noveno, queda de manifiesto que en este título existen tipos penales que no pueden -en un sistema que dice buscar la protección de bienes jurídicos- propender a la salvaguarda, o dicho en otras palabras, que no encuadran dentro de un sistema de protección de los llamados delitos contra la propiedad. Se hace evidente que en tipos penales como el hurto de posesión, en que el sujeto activo del delito es el propietario, no es la propiedad el bien jurídico protegido. Lo mismo puede sostenerse de delitos como la usurpación, el alzamiento de bienes, o el incendio cuando el que incendia es el propio propietario del bien objeto del delito.

2.- Teniendo presente esta circunstancia, se hace necesario, al igual que lo hace la doctrina alemana y en España autores como Bajo o más recientemente, y de forma exhaustiva, De la Mata, estudiar el concepto propiedad desde los dos puntos de vistas que se puede hacer como son la perspectiva formal y la perspectiva material.

3.- Debemos entender el concepto formal de propiedad como la protección de la titularidad del dominio, de la relación de señorío, por lo que la lesión del derecho de propiedad se produce no por su eliminación, porque el derecho no perece, sino que por su menosprecio.

4.- Por su parte, un concepto material de propiedad, apunta al contenido de la relación entre el sujeto y el objeto, al contenido de la propiedad, “que unos identifican con el conjunto de facultades que emanan de una titularidad jurídicamente reconocida,

mientras otros lo definen desde una perspectiva material atenta a los intereses sustanciales –también jurídicamente reconocidos- que subyacen en dicha titularidad”. Estos intereses pueden apuntar al aspecto económico (el valor de la cosa o el valor que se puede obtener de la comercialización de la cosa) o al aspecto funcional, es decir, que atiende a la función.

5.- Estos dos conceptos nos permiten analizar de mejor forma el bien jurídico que se busca proteger en cada tipo contenido en el mencionado título noveno.

6.- Hecho este análisis podría crearse el consenso necesario para reestudiar la clasificación de los actuales delitos contra la propiedad. Opciones podrían ser, por ejemplo, reclasificar los delitos de este título en delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, o englobar todos los delitos del título noveno en delitos contra el patrimonio (maneja un concepto funcional de patrimonio).

7.- De otra parte, teniendo claro el bien jurídico que se dice protegen los llamados delitos contra la propiedad, se puede saber también cuál es el bien jurídico protegido por el delito de apropiación.

8.- Actualmente, como se puede ver, en Chile el delito de apropiación indebida es entendido como un delito contra el patrimonio. Ello queda en evidencia, sobre todo, en los casos en los cuales el objeto material del delito es el dinero.

9.- Si bien en España lo anterior se ha entendido con mayores luces, por cuanto reconocen que cada vez que se entrega una suma de dinero quien lo recibe se hace propietario de dichos billetes o monedas y, por tanto, en los casos en que el dinero es el objeto material del delito el bien jurídico ya deja de ser la propiedad y pasa a ser el derecho de crédito. En Chile, en cambio, se estima que quien entrega la suma de dinero sigue siendo propietario de dichos billetes o monedas, es decir, no se reconoce los principios básicos aplicados por el derecho privado que señalan que la ultrafungibilidad del dinero conlleva el traspaso de su propiedad a quien lo recibe.

10.- Es ante esta situación –el reconocimiento del derecho de crédito como bien jurídico protegido- que en España algunos autores han tratado de buscar razones adicionales al derecho de crédito para poder sustentar la punibilidad de la apropiación indebida cuando el objeto material del delito es el dinero, razones que encuentran en la insolvencia, la irregularidad y la deslealtad de la conducta. Otros, por su parte, tratan de encontrar esas razones en el entendimiento funcional del concepto propiedad, específicamente, en la función de la deuda de valor del dinero (De la Mata cuando aplica la teoría de la deuda valor del dinero de Roxin).

Y, ¿por qué hacen esto?. El motivo lo encuentran en el hecho que deben apartar los casos de apropiaciones indebidas de sumas de dinero de la prisión por deudas.

11.- Otro grupo de autores ha reconocido en España, bajo un entendimiento formal, pancivilista, que el dinero cuando es entregado es recibido en propiedad, valga la redundancia, por el receptor. En ese contexto, dicen estos autores (al igual que los anteriores), ya no es la propiedad el bien jurídico cuando el dinero es el objeto material del delito. Mas, aquí se presenta la gran diferencia con los anteriores autores, ya que no admiten que el delito de apropiación indebida pueda reconocer una dualidad de bienes

jurídicos protegidos, sino que entienden que el bien jurídico protegido por este delito es único, es la propiedad. Consecuencia de lo anterior es que, en los casos en que media la entrega de una suma de dinero, sostienen que el delito que se configura es otro, muy distinto a la apropiación indebida y a al bien jurídico que protege éste, cual es la administración desleal del patrimonio ajeno o infidelidad, delito en el cual el bien jurídico ya no es la propiedad sino el patrimonio. Por ello postulan que la actual redacción del delito de apropiación indebida contempla dos delitos, la apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno.

12.- En España esta última teoría ha causado polémica a la luz del nuevo Código penal, ya que el legislador creó un tipo de administración desleal dentro del marco societario, por lo cual muchos autores han sostenido que lo anterior demuestra que de antes del Código penal vigente no existía un tipo de administración desleal, que se tuvo que crear un tipo de administración desleal especial y que de existir un tipo de administración desleal genérico, el legislador lo habría creado al efecto en un tipo específico, no junto -en el mismo artículo- a la apropiación indebida.

13.- Por su parte en Alemania el delito de apropiación indebida es un delito de apropiación, un delito contra la propiedad, que conoce dos modalidades, una básica y otra calificada por la confianza. Paralelamente, la legislación penal alemana conoce un delito de infidelidad, la *untreu*, no circunscrita al ámbito societario.

14.- En Chile es dominante la tesis, como se señaló en el punto N°8, que estima el delito de apropiación indebida como un delito contra el patrimonio. Marcadamente vemos en la jurisprudencia una tendencia a aceptar la tesis formulada por Politoff que el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es el derecho a la restitución de lo entregado. Esta tesis es muy peligrosa porque acerca, de sobre manera, el delito de apropiación indebida a la punición del incumplimiento de contratos, como muy bien explica Sainz-Pardo al respecto. Debe sumarse a esto un postura poco clara entorno al reconocimiento de la fungibilidad del dinero, que en contratos como el mandato, comisión y algunos depósitos es reconocida (tesis que a la que en Argentina adhiere Donna) y en otros no.

15.- Tampoco existe en Chile, como en España, unanimidad jurisprudencial y doctrinal en cuanto al entendimiento de las voces apropiar y distraer. Creo que en parte ello puede superarse gracias al correcto entendimiento del bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida.

16.- En este contexto, y como es evidente, el ánimo de lucro no ocupa un lugar en la tipificación del delito de apropiación indebida. Este sólo aparece mencionado en el delito de hurto. Así las cosas, el ánimo de lucro puede ser entendido de diversas formas, y la ubicación que encuentre dentro del tipo de hurto dependerá de que se entienda por lucro. Dentro de las interpretaciones más interesantes se encuentra aquella que entiende el lucro como sinónimo de ánimo de apropiación. Dimetralmente opuesto a esto se encuentra aquella interpretación que da al lucro una significación de provecho económico. Esto hace que los delitos de apropiación pasen a tener un sentido económico. En nuestro país es tal la confusión reinante en esta materia que en un fallo de la Corte de Punta Arenas sobre un delito de apropiación indebida se llegó a exigir ánimo

de enriquecimiento.

17.- Lo mismo ocurre en cuanto al perjuicio, que para algunos en Chile es elemento del delito de apropiación indebida y para otros una condición objetiva de punibilidad (Soto y Politoff). En Chile la jurisprudencia es mayoritaria en cuanto a entender el perjuicio como un elemento del delito.

Si se siguiera la tesis de la doble naturaleza del delito de apropiación indebida, como delito de apropiación o como delito de administración desleal, el perjuicio pasaría a ser elemento integrante de este segundo delito, no del primero.

18.- Todo el correcto entendimiento del delito de apropiación indebida requiere definir, de forma urgente, el bien jurídico protegido por este delito. Es el bien jurídico el que nos podrá iluminar la mayor parte del camino en el correcto entendimiento de este delito, sin necesidad de ahondar demasiado –aunque no es menos importante- en el tema de la accesoriedad o autonomía del derecho penal.

Bibliografía

- 1) Abeliuk René, "Las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, t.I, 3ª edición, Santiago 1993.
- 2) A. Alessandri y M. Somarriva, "Tratado de los Derechos Reales", tomo I, 5ª edición, Santiago 1993.
- 3) Alessandri, Somarriva y Vodanovic, "Tratado de las Obligaciones - De las Obligaciones en general y sus diversas clases", 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001.
- 4) Alessandri, Somarriva y Vodanovic, "Derecho Civil-Parte Preliminar y Parte General", tomo II, Editorial Conosur, Santiago 1991.
- 5) Alessandri, "Similitud del concepto de cosa mueble en el derecho civil y en el derecho penal", Revista de Ciencias Penales, 2ª época, septiembre de 1945, tomo VIII, N°3.
- 6) Antón Oneca en "Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia", Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1957.
- 7) Asua Batarrita, "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales" (subvenciones, donaciones, gratificaciones), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLVI, fascículo I, enero-abril, MCMXCIII.
- 8) Bacigalupo Enrique, "Estudios sobre la parte especial de derecho penal", Akal / Iure, Madrid 1991, p.171 y ss.

- 9) Bacigalupo Enrique, "La Administración Desleal", Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002.
- 10) Bacigalupo Enrique, director, "Derecho Penal Económico", editorial Hammurabi, Buenos Aires 2000.
- 11) Bacigalupo Enrique, "Curso de Derecho Penal Económico", editorial Marcial Pons, Madrid 1998.
- 12) Bacigalupo Enrique, "Delito y Punibilidad", Editorial Civitas, Madrid 1983.
- 13) Bajo Fernández, "La Realización Arbitraria del Propio Derecho", Civitas, Madrid 1976.
- 14) Bajo Fernández, "Manual de Derecho Penal (parte especial)", Delitos Patrimoniales y económicos, Editorial Ceura, Madrid 1987.
- 15) Bajo Fernández, M. Pérez Manzano y C. Suárez González en "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Delitos Patrimoniales y Económicos, 2ª edición, Editorial Ceura, Madrid 1993.
- 16) Bajo Fernández, director, "Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)", volumen II, Editorial Ceura, Madrid 1998.
- 17) Baratta Alessandro, "CRIMINALOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL, Introducción a la sociología jurídico-penal", Siglo XXI editores Argentina, 1ª edición argentina, Buenos Aires 2003.
- 18) Bascuñán Rodríguez Antonio, "El Robo como Coacción", Revista de Estudios de la Justicia, N°1, Santiago 2002.
- 19) Bascuñán Valdés Antonio, "El delito de incendio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1974.
- 20) Beccaria Cesare, "De los delitos y de las penas", Alianza Editorial, 8ª reimpresión, Madrid 1995.
- 21) Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), "Comentarios al Código Civil", Editorial Aranzadi, Navarra 2001.
- 22) Bonnacase Julien, "Tratado Elemental del Derecho Civil", Editorial Colección Clásicos del Derecho, México D.F. 1993.
- 23) Bonet Correa José, "Las deudas de dinero", monografía de la editorial Civitas, Madrid 1981.
- 24) Bustos Ramírez Juan, "Manual de Derecho Penal, Parte General", 3ª edición, Barcelona 1989.
- 25) Bustos Ramírez Juan, "Manual de Derecho Penal", parte especial, 2ª edición, Editorial Ariel Derecho, Barcelona 1991.
- 26) Bustos Ramírez Juan, "Introducción al Derecho Penal", Ediar Conosur, Santiago 1989.
- 27) Bustos Ramírez Juan, "BASES CRÍTICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL", Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1994.
- 28) Calderón A. / Choclán J.A., "Derecho Penal", tomo I Parte General, tomo II Parte Especial, Bosch Editores, Barcelona 1999.
- 29) Carrara Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, volumen VI,

Editorial Temis.

- 30) Castañeira Palau María Teresa, "Ventas a plazos y apropiación indebida", Bosch Editores, Barcelona 1983.
- 31) Cerezo Mir José, "Curso de Derecho Penal Español (Parte General)", II, Teoría Jurídica del Delito, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1999.
- 32) Cobo, Gómez y Rodríguez en "Manual de Derecho Penal", parte especial II, 2ª edición, Akal/lure, Madrid 1990.
- 33) "Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora", Editorial Edeval, 1974.
- 34) Conde-Pumpido Ferreiro Candido, "Apropiaciones Indebidas", editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.
- 35) Corcoy, Cardenal, Fernández, Gallego, Gómez y Hortal en "Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- 36) Cuadrado Ruiz Ángeles, "La comisión por omisión como problema dogmático" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de Publicación) y Boletín Oficial del Estado, t.L MCMXCVII, Madrid 2000.
- 37) Cuello Calón en "Derecho Penal", tomo II, Parte Especial, 11ª edición, editorial Bosch, Barcelona 1961.
- 38) Cuesta Pastor Pablo, "DELITOS OBSTÁCULOS, Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico", Editorial Comares, Granada 2002.
- 39) Cury Enrique, "Derecho Penal", Parte General, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1982.
- 40) Cury Enrique, "Derecho Penal, Parte General", t.2, 2ª ed., Editorial Jurídica, Stgo 1992.
- 41) De la Mata Barranco Norberto, "La realización arbitraria del propio derecho", Editorial Ceura, Madrid 1995.
- 42) De la Mata Barranco Norberto, "Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio", "Hacia un derecho penal económico europeo", Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Estudios Jurídicos, Serie de Derecho Público, Madrid 1995.
- 43) De la Mata Barranco Norberto, "Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación", PPU S.A., Barcelona 1994.
- 44) Diez-Picazo y Gullón, "Sistema de Derecho Civil", volumen I, II y III, 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2002.
- 45) Donna Edgardo Alberto, "Derecho Penal (Parte Especial)", tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.
- 46) Donna Edgardo Alberto, "Teoría del delito y de la pena", editorial Astrea, Buenos Aires 1992.
- 47) Eiranova E. Emilio, "Código Civil Alemán Comentado", Editorial Marcial Pons, Madrid 1998.
- 48) Etcheberry O. Alfredo, "Derecho Penal (Parte Especial)", tomos I, II, III y IV, 3ª

- edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.
- 49) Evans Enrique, "Los Derechos Constitucionales", tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999.
- 50) Fuensalida Alejandro, "Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno", Imprenta Comercial Calle de Huallaga, Lima 1883.
- 51) Fernández Pedro Javier, "Código Penal de la República de Chile, Explicado i Concordado por Pedro Javier Fernández", 1ª y 2ª edición, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago 1875 y 1899; "Código Penal de la República de Chile, explicado i anotado", Imprenta de la Librería del Mercurio, Santiago 1877
- 52) Ferrer Sama Antonio, "El delito de apropiación indebida", Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Murcia 1945.
- 53) Fiandaca Giovanni / Musco Enzo, "Diritto penale, Parte speciale, vol. II, t.II, Il delitti contro el patrimonio", 2ª edición, Bologna 1996.
- 54) Frisch Wolfgang, "La Imputación Objetiva: El Estado de la Cuestión", en "Sobre el estado de la teoría del delito" (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), editorial Civitas, Madrid 2000.
- 56) Gaceta Jurídica.
- 57) Gallego Soler José Ignacio, "Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial", Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia 2002.
- 58) García Pérez Octavio, "La Punibilidad en el Derecho", Editorial Aranzadi, Pamplona 1997.
- 59) Garrido Montt Mario, "Derecho Penal", Parte Especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.
- 60) Gimbernat Enrique, "La Omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de Publicación) y Boletín Oficial del Estado, t.L MCMXCVII, Madrid 2000.
- 61) Gómez Benítez José Manuel, "Teoría Jurídica del Delito (Derecho Penal Parte General)", Editorial Civitas, Madrid 1984.
- 62) González Rus Juan José, "Derecho Penal Español" (Parte Especial), t. I, obra dirigida por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1996.
- 63) Groizard y Gómez de la Serna Alejandro, "El CODIGO PENAL DE 1870, CONCORDADO Y COMENTADO", 2ª edición, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J.A. García, Madrid 1914, t.IV.
- 64) Guzmán Dalbora José Luis, "El delito de amenazas", Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago 1999.
- 65) Hernández Basualto Héctor, "Aproximación a la problemática de la estafa", en Problemas Actuales de Derecho Penal, edición de la Universidad de Temuco, mayo 2003.
- 66) Herrero Herrero César, "Los Delitos Económicos", Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid 1992.
- 67) Hormazábal Héctor, "Bien Jurídico y Estado Social Democrático de Derecho", El

- objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, Santiago 1992.
- 68) Huerta Tocildo Susana, "Protección Penal del Patrimonio Inmobiliario", Editorial Civitas, Madrid 1980.
- 69) Jakobs Günther, "Bases para una teoría funcional del Derecho Penal", traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti y Carlos J. Suárez González, Palestra Editores, Lima 2000.
- 70) Jakobs Günther, "El concepto jurídico penal de acción", traducción de Manuel Cancio Meliá, cuadernos de conferencia y artículos N°41, Universidad del Externado de Colombia, marzo de 1998.
- 71) Jakobs Günther, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Fundamentos y Teoría de la Imputación", Marcial Pons editores, Madrid 1997.
- 72) Jakobs Günther, "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL", Günther Jakobs, traducción al castellano y Estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones, editorial Civitas, Madrid 1997.
- 73) Jakobs Günther, ¿QUÉ PROTEGE EL DERECHO PENAL: BIENES JURÍDICOS O LA VIGENCIA DE LA NORMA?, traducción de Manuel Cancio Meliá, publicación de Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001.
- 74) Jakobs Günther, Libro homenaje a Hans Welzel, G. Jakobs / E. Struesse, ver a G. Jakobs, "Problemas capitales del derecho penal moderno", El sistema de imputación jurídicopenal, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- 75) Jescheck Hans-Heinrich, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, 4ª edición, Editorial Comares, Granada 1993.
- 76) Jescheck / Weigend, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, 5ª edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002.
- 77) Kindhäuser Urs, "La apropiación en el hurto: objeto y límites", Poder Judicial, España, N°54.
- 78) Künsemüller Carlos, "Texto y Comentario del Código Penal Chileno", t.I., Libro Primero, Parte General, obra dirigida por Sergio Politoff y Luis Ortiz, Coordinación J.P. Matus, Santiago 2002.
- 79) Kiverstein H. Abraham, "Síntesis del Derecho Civil", tomo II, De los Objetos del Derecho-Bienes, editorial Universitaria, Santiago 1964.
- 80) Labatut Glenda, "Derecho Penal", tomo II, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- 81) López Barja de Quiroga, "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", tomo III, editorial Akal / Iure, Madrid 1992.
- 82) Luhmann Niklas, "Sistemas sociales (*Lineamientos para una teoría general*)", 2ª edición en español, Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Centro Editorial Javerino, Barcelona 1998.
- 83) Luzón Peña Diego-Manuel, "Enciclopedia Penal Básica", Comares editorial, Granada 2002.

- 84) Majon-Cabeza Olmeda Araceli, "Nuevo Enfoque de la Apropiación Indebida", Editorial Civitas, Madrid 1988.
- 85) Martínez Buján Carlos, "Derecho Penal Económico", Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- 86) Martínez Pérez Carlos, "El Delito Fiscal", Editorial Montecorvo S.A., Madrid 1982.
- 87) Matus Acuña Jean P. y Ramírez Guzmán Cecilia, "Lecciones de Derecho Penal (Parte Especial)", 2ª edición, Editorial de la Universidad de Talca, Talca 2002.
- 88) Maurach, Heinz y Zipf, "Derecho Penal", parte general, volumen 2, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995.
- 89) Mera Figueroa Jorge, "Fraude Civil y Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2ª edición, Santiago 1994.
- 90) Mera Figueroa Jorge, "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1995.
- 91) Mestre Delgado Esteban, coord. Lamarca Pérez, "Manual de Derecho Penal", parte especial, Editorial Colex, Madrid 2001.
- 92) Meza Barros Ramón, "De las Obligaciones", colección de Manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de 8ª edición, Santiago 1994.
- 93) Meza Barros Ramón, "Manual de Derecho Civil-De las Fuentes de las Obligaciones", tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987
- 94) Mezger Edmund, "Derecho Penal-Parte Especial", Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. Aires 1959.
- 95) Mezger Edmund, "Tratado de Derecho Penal", volumen XII, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid 1946.
- 96) Mir Puig Carlos, "Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal", Colección de Derecho Penal de J. M. Bosch editor, Barcelona 2000.
- 97) Mir Puig Santiago, "Derecho Penal", Parte General, 5ª edición, Tecfoto, Barcelona 1998.
- 98) Mir Puig Santiago, "El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho", Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona 1994.
- 99) Mir Puig Santiago, "Introducción al Derecho Penal", Julio César Faira, B de F Ltda., Buenos Aires 2001.
- 100) Moccia Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en "Política criminal y nuevo Derecho Penal", Libro Homenaje a Claus Roxin, editor Jesús Mª Silva Sánchez, J.M. Bosch editor, Barcelona 1997.
- 101) Moccia Sergio, "EL DERECHO PENAL ENTRE SER Y VALOR (Función de la pena y sistemática teleológica)", Julio César Faira Editor, Buenos Aires, Buenos Aires 2003.
- 102) Mommsen Teodoro, "Derecho Penal Romano", Editorial Temis, Bogotá 1976.
- 103) Moreno Verdejo Jaime y Marchena Gómez Manuel, "EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995" (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Consultas de la Fiscalía General del Estado), Cuadernos de Jurisprudencia, editorial Colex, Madrid 1998.

-
- 104) Muñoz Conde Francisco, "Derecho Penal (Parte Especial)", 10ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995.
- 105) Muñoz Conde Francisco, "Derecho Penal (Parte Especial)", 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- 106) Muñoz Conde Francisco, "EDMUND MEZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO", Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2002.
- 107) Müssig Bernd, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal (Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría jurídico crítica hacia el sistema)", traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, una publicación del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001.
- 108) Náquira Riveros Jaime, "Derecho Penal, Teoría del Delito", t.I., Mc Graw Hill, Santiago 1998.
- 109) Nino Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", 2ª edición ampliada y revisada, 7ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995.
- 110) Nuñez Ricardo C., "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, Marco Erner Editora Córdoba, 2ª edición, 1ª reimpresión 1988.
- 111) Octavio de Toledo y Ubieto Emilio y Huerta Tocildo Susana, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Teoría Jurídica del Delito, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid 1986.
- 112) Octavio de Toledo y Ubieto Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLIII-1, enero-abril 1990, Madrid.
- 113) Pacheco Joaquín Francisco, "El Código Penal concordado y comentado por", 4ª edición, t.III, Imprenta de Manuel Tello, Madrid 1970.
- 114) Pérez Manzano Mercedes, "Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena", Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1990.
- 115) Polaino Navarrete Miguel, "El Injusto Típico en la Teoría del Delito", Mave, Bs. Aires 2000.
- 116) Politoff Lifschitz Sergio, "Derecho Penal", t.I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1997.
- 117) Politoff Lifschitz Sergio, "El delito de apropiación indebida", nueva edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1992.
- 118) Puig Peña Federico, "Derecho Penal", tomo IV, Parte Especial, volumen 2º, ediciones Desco, 5ª edición.
- 119) Puga Vial Juan Esteban, "DERECHO CONCURSAL. DELITOS DE LA QUIEBRA", Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago 1994.
- 120) Queralt Jiménez J.J., "Derecho Penal Español", Parte Especial, 2ª edición, J. Mª. Bosch, Barcelona 1992.
- 121) Quintano Olivares Gonzalo, "Comentarios a la Legislación Penal", tomo V,

- volumen 2º, La Reforma del Código Penal de 1983, Editorial de Revista de Derecho Público, dirigida por Cobo del Rosal.
- 122) Quintano Olivares Gonzalo, director, "Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal", 2ª edición, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Navarra 1999.
- 123) Quintano Olivares Gonzalo, "La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal Español", Estudios Penales y Criminológicos III, Universidad Santiago de Compostela 1979.
- 124) Quintano Ripollés Antonio, "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", t.II, Infracciones Patrimoniales de Apoderamiento, 2ª edición puesta al día por Carlos García Valdés, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1977.
- 125) Rodríguez Devesa José Mª, "Derecho Penal Español", Parte Especial, Dykinson, Madrid 1991.
- 126) Rodríguez Devesa José Mª, "El hurto propio", Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1946.
- 127) Paredes Castañón José Manuel, "Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida (A propósito de la STS de 19 de diciembre de 1995 y de otra jurisprudencia reciente)", Revista del Poder Judicial Nº46, Aranzadi.
- 128) Pastor Nuria, "Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa", en EL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL, LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR GÜNTHER JAKOBS, tomo II, Universidad Externado de Colombia
- 130) Planiol M. y Ripert G., "Derecho Civil", Colección Clásicos del Derecho, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México D.F. 1996.
- 131) Revista Fallos del Mes.
- 132) Revista de Derecho y Jurisprudencia.
- 133) Ripert George, "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno", editorial Comares, Granada 2001.
- 134) Rodríguez Mourullo Gonzalo, "Derecho Penal (Parte General)", Editorial Civitas, Madrid 1978.
- 135) Rodríguez Navarro Manuel, "Doctrina del Tribunal Supremo", tomo 3º. M. Aguilar Editor, Madrid 1947.
- 136) Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos "Manual de Derecho Penal, parte especial II", 2ª edición, Akal/lure, Madrid 1994.
- 137) Romero Gladys, "Delito de Estafa", Análisis de modernas conductas típicas de estafa – Nuevas formas de ardid o engaño, 2ª edición, editorial Hammurabi, Bs. Aires 1998.
- 138) Romero Gladys, "Revista de Derecho Penal y Criminología", Nº1 Enero-Marzo, Bs. Aires 1968.
- 139) Roxin, Arzt y Tiedemann en "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal", Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona 1989.
- 140) Roxin Claus, "Derecho Penal, Parte General"-, t.I., editorial Civitas, traducción de

- la 2ª edición alemana, Madrid 1997.
- 141) Rozas Vial Fernando, "Los Bienes", Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1998.
- 142) Ruiz-Tagle Vial Pablo, "Revisión Crítica del Derecho", Cuadernillos Universitarios, Series Manuales, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1990.
- 143) Sainz de Robles Celia, "El ánimo de lucro, ensayo de aproximación histórico-material al concepto", Estudios de Derecho Penal y Criminología, t.II, Universidad Nacional a Distancia, Facultad de Derecho, 1989.
- 144) Sandoval L. Ricardo, "Manual de Derecho Comercial", t.I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1981.
- 145) Sandoval L. Ricardo, "Nuevas Operaciones Mercantiles", Editorial Jurídica Conosur, 3ª edición actualizada, Santiago 1996.
- 146) Serrano Gómez Alfonso, "Derecho Penal", Parte Especial, 7ª edición, Dykinson, Madrid 2002.
- 147) Silva Castaño Mª Luisa, "El Delito de Apropiación Indevida y la Administración Desleal de Dinero Ajeno", Dykinson, Madrid 1997.
- 148) Silva Castaño Mª Luisa, "El delito de apropiación indevida y la administración desleal" en "Curso de Derecho Penal Económico", editorial Marcial Pons, Madrid 1998.
- 149) Silva Silva Hernán, "Las Estafas (Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado)", Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1996.
- 150) Silva Sánchez Jesús Mª, "Aproximación al derecho penal contemporáneo", Jesús Silva Sánchez, J.M. Bosch editor, Barcelona 1992.
- 151) Silva Sánchez Jesús Mª, "El Nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales", Biblioteca de Derecho penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997.
- 152) Somarriva Manuel, "Tratado de las Caucciones", editorial Ediar-Conosur.
- 153) Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", TEA, 10ª reimpresión, 1992.
- 154) Soto Piñeiro Miguel, "La Apropiación Indevida" (Acción, autor y resultado típico), Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago 1994.
- 155) Stratenwerth Günter, "Acción y resultado en derecho penal", editorial Hammurabi, Bs. Aires 1991.
- 156) Stratenwerth Günter, "Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible", traducción de Gladys Nancy Romero a la 2ª edición Alemana de 1976, por Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires 1999.
- 157) Struensee Eberhard, "Actuar y omitir (Delitos de comisión y de omisión)", Cuadernos de conferencias y artículos N° 10, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- 158) Suay Celia, "LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LOS DELITOS Y FALTAS DE DAÑOS", ediciones PPU, 1ª edición, Barcelona 1991.
- 159) Tejedor C. César, "Historia de la Filosofía en su marco cultural", ediciones s m, Madrid.
- 160) Tiedemann Klaus, "Poder Económico y Delito", Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona 1985.

- 161) Velásquez Jaramillo Luis, "Bienes", 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá 1989.
- 162) Vera Robustiano, "Código Penal de la República de Chile, Comentado por Robustiano Vera", Imprenta de P. Cadot i Ca., Santiago 1883.
- 163) Viada y Vilaseca Salvador, "Código Penal reformado de 1870, concordado y anotado", 4ª edición, tomo IV, Fernando Fe, A. San Martín y Donato Guío, Madrid 1890.
- 164) Vives Antón T.S., "Comentarios al Código Penal de 1995", Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.
- 165) Vives Antón T.S., "Derecho Penal", Parte Especial, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1990.
- 166) Vives Antón T.S., "Derecho Penal", Parte Especial, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.
- 167) Vives Antón T.S., "FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL", editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.
- 168) von Beling Ernst, "Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo", Librerías El Foro, traducción de la 11ª edición alemana, Buenos Aires 2002.
- 169) von Listz Franz, "Tratado de Derecho Penal", editorial Reus, 4ª edición, Madrid 1999.
- 170) Welzel Hans, "EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Una introducción a la doctrina de la acción finalista, editorial B de F, reimpresión de la 1ª edición en castellano, Buenos Aires 2001.
- 171) Welzel Hans, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición castellana, Santiago 1987.
- 172) Zaffaroni Eugenio Raúl, "Derecho Penal, Parte General", 2ª edición, editorial Ediar, Buenos Aires 2002.
- 173) Zugaldía Espinar J., "Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio", Akal / Iure, 1988.