

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

Por el DR. ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho Penal

Nuestro vigente Código Penal no conoce el delito de apropiación indebida como figura específica de infracción a la manera en que las modernas legislaciones la vienen definiendo. No obstante, la conducta que constituye la esencia de tal delito es objeto de penalidad, si bien bajo rúbricas que no responden a la naturaleza del delito sancionado.

En el artículo 523, apartado 5.º, se define como estafa la modalidad que en buena doctrina viene denominándose apropiación indebida común y con el mismo extraviado criterio se coloca en el artículo 505, apartado 2.º, la apropiación indebida de cosa perdida, bajo la rúbrica de hurto.

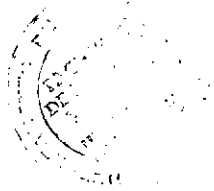
Al destacar los caracteres de ambas formas de apropiación a través de las siguientes páginas, quedarán pa-



tentizadas las profundas diferencias que separan a este delito de los de estafa y hurto con los que resulta confundido en nuestro Derecho positivo.

A su vez, dentro del amplio concepto de la apropiación indebida distinguimos dos modalidades, con caracteres propios, razón por la cual hemos de estudiar separadamente la que puede denominarse apropiación indebida común y aquella que recae sobre cosa perdida.





APROPIACION INDEBIDA COMUN

Noción general y su confusión en el antiguo Derecho con otras infracciones

Según el número 5.º del artículo 523, incurren en las penas que señala el 522 «los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla o negaren haberla recibido».

A reserva de las indicaciones que más adelante formularemos, puede concretarse el concepto de la apropiación indebida considerando como tal, con CARRARA, la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño por un título no traslativo de dominio o para un uso determinado (1).

El delito en estudio no ha sido reconocido como figura propia hasta tiempos relativamente recientes, siendo de gran interés el apreciar las fases por las que ha pasado hasta adquirir caracteres de independencia respecto al hurto, la falsedad y la estafa, entre los cuales vino confundido en las antiguas legislaciones.

En el primitivo Derecho romano el actual delito de apropiación indebida quedaba comprendido en el amplio marco del «furtum», ofreciéndose como una variedad del mismo derivada de la diversa forma en que la «contrae-tatio» podía presentarse.

Partiendo de la conocida definición de PAULO en el co-

(1) CARRARA. Programma del Corso di Diritto criminale. 1875. v. IV. Paragrafo 2.284, pág. 466.



mentario al Edicto a tenor de la cual «furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam ejus possessionisve» (2), los modernos comentaristas discuten a propósito del delito de apropiación indebida el punto referente a cuántas sean las formas de «contrectatio» contenidas en dicha definición, o lo que es lo mismo a cuáles sean según ella las maneras en que la cosa puede pasar al área de disponibilidad del agente.

Para unos, el verdadero significado de la voz «contrectare» es el de posesionarse, usurpar todos los derechos inherentes a la cosa, o bien sólo su uso o la posesión de la misma, viniendo a descubrir tres formas de «contrectatio», cuales son la «contrectatio rei», la «contrectatio usus rei» y la «contrectatio possessionis».

La «contrectatio rei» es aquella en que, mediante «amotio», la cosa pasa de manos del poseedor a las del culpable, viniendo a coincidir tal noción con la del actual hurto.

La «contrectatio usus» se da, según la generalidad de los autores, cuando se hace un uso ilegítimo de la cosa ajena, contra la voluntad de su dueño. Pero otros comentaristas concretan más la noción del «furtum usus» reduciéndola al caso en que la persona que detenta la cosa legítimamente hace un uso ilícito de la misma, aunque sin ánimo de apropiársela (3).

En cuanto al «furtum possessionis», los autores no están de acuerdo, pudiendo señalarse dos interpretaciones distintas.

La mayor parte de los escritores entiende que el «furtum possessionis» se da en aquellos casos en que el propietario de la cosa sustrae ésta a la persona que la posee legítimamente. Como ejemplo del mismo se citan el del

(2) Dig. lib. XLVII, De furtis, 1, 3.

(3) FERRINI. Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano. En Enciclopedia Pessina, v. I, pág. 186.



deudor que sustrae la cosa al acreedor pignoraticio o el del propietario que la sustrae al usufructuario (4).

Frente a esta interpretación, FERRINI estima que el «furtum possessionis» consiste en la apropiación de la cosa por parte del poseedor sin la voluntad del dueño.

A base de tal criterio estima FERRINI que en la definición de PAULO no se contienen tres modos o formas de «contractatio», sino tan sólo dos: de una parte, la «contractatio rei», y de otra, la «contractatio possessionis», estimando comprendida dentro de esta última forma el caso de «furtum usus». La «contractatio rei» es la que recae directamente sobre la cosa y significa sustracción de la misma, material usurpación de ella. La «contractatio possessionis» se dará siempre sobre el supuesto de que el autor tenga la posesión de la cosa y puede consistir ya en el uso ilícito de la misma («furtum usus»), ya en la apropiación de ella («furtum possessionis» en sentido estricto) (5).

El punto que más interesa destacar en la posición de FERRINI, a los efectos del delito de apropiación indebida, es el hecho de que, según el mismo, el «furtum possessionis» no es el cometido por el propietario que sustrae la cosa al poseedor legítimo, sino, por el contrario, el perpetrado por el poseedor que sin la voluntad del propietario se apropia de la cosa. Cita FERRINI en apoyo de tal tesis el índice de las Instituciones, en cuanto se dice: «Hay «furtum possessionis» en el caso en que yo comience a

(4) Vid. DESJARDINS. *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain*, pág. 91. Igualmente: L. EUSEBIO. *Apropriazione indebita*, en *Digesto Italiano*. Análogamente, KLEIN, UNTERHOLZNER, VANGEROW, WINDSCHEID, WAECHTER y MOMMSEN, citados por FERRINI (pág. 189; nota 5).

(5) FERRINI. Trabajo citado, pág. 185. Refuerza sus argumentos este autor con la cita de la expresión de GAYO contenida en el Índice griego de las Instituciones: «Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amouet sed generalitér cum quis rem alienam invito domino contractat».



poseer a modo de dueño lo que yo detenaba como prenda o depósito» (6).

Frente a tal interpretación de FERRINI oponen algunos escritores: ¿Cómo se puede decir que usurpe la posesión el acreedor pignoraticio que ya la tiene sobre la cosa y nada más adquiere con su criminoso proceder? A ello responde FERRINI indicando cómo en el caso del acreedor pignoraticio éste posee «ad interdicta», pero el dueño sigue poseyendo «ad usucapionem» y esta posesión «ad usucapionem» es la que se viola si el acreedor dispone de la cosa como dueño (7).

De tal forma concebido el «furtum possessionis», es patente el entronque entre tal figura y la actual de apropiación indebida, y a ello se refiere FERRINI al escribir: «...yo no quiero sostener que en la distinción entre «furtum rei» y «furtum possessionis» se halle la clave de la distinción entre el hurto y apropiación indebida, mas es cierto que el concepto no es muy diferente y un caso recibe luz del otro» (8).

En la época del Imperio surgen, dentro del amplio marco de la falsedad, varios casos de fraude que vienen a adquirir la denominación de «stelionatus», por la acción a que daban lugar y que originan la punición «extra ordinem». Entre los ejemplos que se citan en las fuentes tenemos algunos que coinciden con la apropiación indebida, tal como el hecho de dar en prenda una cosa ajena. La «actio stelionatus» tuvo carácter subsidiario, no dándose sino en defecto de otra que pudiera resultar concretamente procedente (9).

En referencia al Derecho germánico, puede observarse cómo las diferentes leyes sancionaron variedad de casos

(6) FERRINI. Trab. cit., pág. 188.

(7) FERRINI. Trab. cit., pág. 189.

(8) FERRINI. Trab. cit., pág. 192.

(9) FERRINI. Trab. cit., pág. 403, y MOMMSEN, 'Das römische Strafrecht. Traduc. española de D. Montero, pág. 149.



de apropiación indebida con la penalidad del hurto a la manera del Derecho romano, fenómeno explicable teniendo en cuenta que la noción del hurto germánico es coincidente, como afirma GIUDICE, con la romana. Así la «lex Baiuwaiorum» castiga el hecho de vender la cosa ajena sin la voluntad del propietario y en la «Wisigothorum» se pena al artífice que se apropia de parte del oro que le fué confiado para el trabajo que se le encomendó, mezclando en la obra metal vil (10).

Fué el Derecho penal canónico el primero en conocer el delito de apropiación indebida como distinto del hurto, conforme afirma SCHIAPPOLI, encontrándose recogido en algunas disposiciones del Decreto y en una Constitución comprendida en la Clementina. Cita SCHIAPPOLI, como caso recogido en las fuentes, el del seglar que se negase a restituir, o lo hiciese con dificultad, las oblaciones a la Iglesia, penados con excomunión, al igual que aquéllos que se apropiaren cosas en ellos depositadas. Desde el siglo XIII es considerado como un delito de oficio de los eclesiásticos el hecho de apropiarse o invertir en provecho propio los bienes de la Iglesia y las rentas eclesiásticas que se encuentran en sus manos con ocasión de su oficio (11).

Según autorizados escritores (12), fué la doctrina alemana la que perfiló los dos conceptos diferenciados de hurto y apropiación indebida al distinguir el «Diebsthal» (hurto) de la «Unterschlagung» (apropiación indebida). Tales nociones pasaron a través de los Prácticos del siglo XVII a Francia e Italia, y en la actualidad el delito que estudiamos se ofrece como figura específica con caracteres propios que hemos de pasar a examinar.

(10) GIUDICE. Diritto penale germanico. En Enciclopedia Pessina, v. I, páginas 563, 571 y 572.

(11) SCHIAPPOLI. Diritto penale canonico. En Enciclopedia Pessina, v. I; páginas 926 y 927.

(12) Vid. PAMPALONI. Abbozzo di un lavoro intitolato la teorica del possesso ed il cosiddetto furto improprio, 1884, págs. 6 a 9.



Presupuesto del delito

Así como en el hurto la conducta consumativa consiste en el hecho de conseguir el sujeto apoderarse de la cosa sustrayéndola a quien la detentaba y en la estafa se obtiene la entrega del objeto mediante engaño, la apropiación indebida se cualifica por el hecho de que el autor se apropia de una cosa cuya posesión tenía legítimamente.

Es, pues, la previa posesión de la cosa en el sujeto activo el presupuesto básico del delito de apropiación indebida. Ahora bien, hablar de posesión es hablar de un concepto jurídico que sale del área de la disciplina penal y que, sin embargo, por constituir el fundamental presupuesto de la noción delictiva debemos precisar con exactitud.

Dos tendencias se observan entre los penalistas respecto al concepto de posesión como base del delito de apropiación indebida: una, sustentada por ANGELOTTI (13) entre otros, en el sentido de que debe entenderse por posesión la posesión del Derecho civil, y otra, defendida por PETROCELLI (14), y en la que abundan numerosos escritores, estimando que el sentido penal del término posesión aplicable al delito que nos ocupa es distinto del que formulan los civilistas.

Sin ánimo de extendernos en el delicadísimo problema del concepto de la posesión, es imprescindible hacer unas someras indicaciones referentes a la misma si intentamos llegar a comprender la polémica entablada entre los citados autores y alcanzar el conocimiento de cuál sea el presupuesto del delito de apropiación indebida.

El hecho fundamental que al penalista interesa es la distinción que se marca entre posesión y detentación y que en la denominada teoría subjetiva o clásica defendida por

(13) ANGELOTTI. *Le appropriazioni indebite*, 2.^a edic., 1933.

(14) PETROCELLI. *L'appropriazione indebita*, 1933.



SAVIGNY se asienta sobre la concurrencia de los dos elementos precisos para que exista la posesión: «corpus» y «animus», dándose tan sólo la mera detentación cuando existe el primero pero falta el segundo, es decir, la intención de poseer.

La distinción entre simple tenencia y posesión se hace más difícil en la teoría objetiva, tal como fué sustentada por IHERING, ya que éste niega la necesidad de todo elemento anímico en la posesión, viniendo a considerar que el «corpus» lleva implícito el «animus», con lo cual se llega, como indica CASTAN, a afirmar que toda detentación es posesión. Modernamente, la teoría objetiva viene a ser admitida por la mayoría de los autores, mas con nuevos caracteres, toda vez que si bien va perdiendo importancia el distingo entre posesión y detentación asentado sobre el «animus», por otra parte se establece la diferencia entre poseedor y detentador dependiente de otra persona, el cual tan sólo tiene la cosa como instrumento inteligente al servicio ajeno (15). La diferencia entre estos servidores de la posesión de otro (Besitzdiener), como los llamó BEKKER, o bien «gerentes de la posesión» (Besitzhalter), como los denomina ENDEMAN, y el verdadero poseedor, se halla en que este último tiene la cosa con independencia económica, independencia que falta a los primeros. En este sentido es en el que el párrafo 855 del Código civil alemán considera como meros instrumentos de posesión a los criados y empleados en la industria y el comercio respecto a las cosas entregadas por sus amos o patronos, incluyendo en la misma categoría a cuantos encontrándose en una situación análoga deben atenerse a las instrucciones de otro con respecto a las cosas que de ellos detentan.

(15) Vid. sobre la materia: SALEILLES, La posesión de bienes muebles. Traduc. de CASTÁN, 1927, especialmente págs. 31 a 59. También ENDEMAN, Lehrbuch des burgerlichen Rechts, II, párrafo 33.



Las anteriores distinciones de los civilistas han influido de manera inmediata en la doctrina penal, concretamente en cuanto a los delitos de hurto y apropiación indebida.

Un grupo de autores se manifiesta en el sentido de que la tenencia de la cosa por parte del autor ha de ser en concepto de verdadera posesión para que pueda decirse que el delito sea el de apropiación indebida, y que por tanto en aquellos supuestos en que una persona se apodere de una cosa que tuviere en su mano a manera de simple tenencia o detentación material, el delito perpetrado sería el de hurto. En tal dirección se manifiesta MANZINI al afirmar que la detentación puramente material que no implique señorío alguno sobre la cosa... no confiere la posesión en sentido jurídico y por ello no concreta el presupuesto de la noción del delito de apropiación indebida. En tales casos, sigue diciendo MANZINI, manteniéndose la posesión en el dueño, el hecho de tomar posesión de la cosa el detentador constituye hurto (16). IRURÉTA GOYENA acepta la distinción de FORTI entre tenencia material y tenencia fiduciaria, dándose la primera cuando la cosa, aun habiendo pasado materialmente a manos de otra persona, se encuentra bajo la esfera de vigilancia del dueño, citando varios fallos de los Tribunales italianos en tal sentido (17). Análogamente escribe CARRARA: «La entrega por parte del propietario debe ser hecha con ánimo de desprenderse de la posesión; si alguno conversando con otro le hace ver un objeto y le 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» (18).

(16) MANZINI. Trattato di Diritto penale. Parágrafo 2.655, II.

(17) IRURÉTA GOYENA. Delitos de Apropiación indebida, Daño, etc. Conferencias orales, 2.^a edic., 1929, págs. 45 y 46.

(18) CARRARA. Programma. Parágrafo 2.285, 1.^o extremo.





Por la misma razón aducida por CARRARA, el Tribunal Supremo español ha calificado, en repetidas sentencias, de delito de hurto y no del de estafa del número 5.º del 523 la conducta de los criados y dependientes que se apropian de cosas entregadas por sus dueños o principales, si bien con evidente contradicción, ya que no existen fundamentales diferencias entre uno y otro caso, ha castigado como autor de estafa en otras ocasiones al portero de una pensión que cobra de los huéspedes unas facturas quedándose con su importe (19).

En contra del anterior criterio, se expresan más o menos decididamente otros escritores. «No se podría pretender—dice GIURIATI—que la apropiación indebida subsista sólo cuando intervenga una verdadera y propia transmisión de posesión en el sentido del Código civil. Si así fuese —añade—, el juez debería abandonarse a una sutil investigación mientras que la ley penal se preocupa principalmente del hecho material de que para apropiarse de la cosa el agente no haya tenido necesidad de extender la mano codiciosa sobre lo ajeno» (20). Para BERNER, SCHUTZE y la mayoría de los escritores alemanes, la palabra posesión no ha de tomarse en el sentido del Código civil, basando la simple detentación, esto es, *aquella relación de una cosa con una persona por la cual la tenga en su poder*, añadiendo HAUS cómo el hurto al consistir en el hecho de posesionarse de una cosa ajena no puede cometerse por aquel que tiene entre sus manos esta cosa. Es más, los

(19) Sentencias de 14 de junio de 1876, 12 de diciembre de 1906, 6 de febrero de 1913, 14 de febrero de 1922, 23 de abril de 1926, 13 de octubre de 1928 y 29 de diciembre de 1932, en las que considerando que los criados y dependientes no reciben de sus amos las cosas por título traslativo de posesión, se declara la existencia de hurto doméstico o de hurto con grave abuso de confianza. Frente a las mismas, la de 16 de mayo de 1929 condenó como autor del delito de estafa del número 5.º del artículo 523 (apropiación indebida) al portero de una pensión que cobró unas facturas de los huéspedes, apropiándose de su importe y no entregándolo al dueño de dicha pensión.

(20) GIURIATI. En Trattato con Babboni, Florián, etc., 1913, pág. 367.



autores alemanes no denominan a la posesión con respecto al hurto y a la apropiación indebida con la palabra del Derecho civil «Besitz», sino con el término específico «Gewahrsam», que significa «custodia», y que LISTZ interpreta como efectivo poder, es decir, efectivo señorío de la voluntad sobre la cosa, con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otros (21). MARCIANO estima que en el Derecho civil, por verdadero ficción de derecho, se considera que no ha existido transferencia de la posesión cuando el propietario no tenía ánimo de transferirla; mas en el Derecho penal no son admitidas las ficciones de derecho y es preciso apreciar el hecho material de la detención (22). MASSARI expresó este mismo parecer en la Comisión ministerial para la reforma del Código italiano, interpretando que el término «detentar» significa no ya «poseer» en el sentido jurídico de la palabra, sino posesión material (23).

Ambos criterios opuestos en cuanto al concepto de posesión a efectos del delito de apropiación indebida son defendidos respectivamente por dos monografistas sobre la materia anteriormente citados: ANGELOTTI y PETROCELLI. Para el primero, la posesión requerida en el sujeto para la existencia de apropiación indebida debe entenderse en el sentido de la posesión del Código civil (24). PETROCELLI parte de las nuevas tendencias que en Derecho civil excluyen del derecho de posesión todos aquellos casos en que el sujeto detenta la cosa ajena sólo en interés del dueño sin ninguna utilidad o ventaja propia y sin tener su uso, sino simplemente su custodia. Tales son, dice el

(21) Vid. LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrech*, 1912, pág. 436; GREGORI, *L'elemento «possesso» nel furto e nella appropriazione indebita*, en *Il Pensiero Giuridico-Penale*, año 1931, págs. 309 a 314; MARCIANO, *Il nuovo Codice penale, Innovazioni*, 1931, pág. 457.

(22) MARCIANO. Ob. y lug. cit.

(23) *Lav. prep.* volumen IV, parte III, 248.

(24) ANGELOTTI. Ob. cit. y *Trattato de Florián*, 1936, *Delitti contro il patrimonio*, págs. 154 a 156 y pág. 530.



autor últimamente citado, la detentación del depositario, del mandatario, del dependiente, y como estos casos, que no son de posesión con arreglo al Derecho civil, puede decirse que constituyen la mayor parte de los supuestos en que surge la apropiación indebida, estima PETROCELLI que la noción de posesión aplicable a este delito es distinta de la del Derecho privado (25).

A nuestro juicio, basta para la existencia de apropiación indebida que el sujeto activo detente la cosa, aunque no tenga sobre la misma la posesión en sentido civil, y estimamos acertadísimo el criterio anteriormente expuesto por GIURIATI de que lo determinante entre la diferenciación de hurto y apropiación indebida es la forma en que la cosa llegue a manos culpables: si ha tenido que sustraerla de quien anteriormente la detentaba, el delito será el de hurto. Si, por el contrario, ya estaba en su poder, empleando esta expresión en su sentido material, y lo que ha hecho es apropiársela, el delito será el de apropiación indebida. Utilizando la terminología romana, estimamos que habrá hurto en el caso de que la cosa ajena se haya obtenido mediante «amotio» y, por el contrario, apropiación indebida cuando la «amotio» no haya existido por estar ya la cosa en mano del autor, por muy momentánea y material que sea tal tenencia.

Por otra parte, la cuestión interpretativa a base del articulado del vigente ordenamiento jurídico, es mucho más sencilla de lo que resulta tal problema en el sistema italiano, ya que en la descripción típica contenida en el número 5.º del artículo 523 de nuestro Código penal no se habla como en el 646 del Código italiano de que el sujeto haya de tener la posesión de la cosa, sino de que la hubiera recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, por lo que en modo alguno el interés

(25) PETROCELLI. Ob. cit., pág. 209 a 211.



prete se ve obligado a moverse dentro de los contornos del concepto posesorio.

Pero además, aunque nos decidiésemos por el criterio de exigir en el autor la posesión de la cosa en el sentido civil y no la simple tenencia material, como quiera que nuestro Código civil concibe la posesión de manera muy amplia, tanto en su artículo 430, que denomina «posesión», si bien sea natural a la mera «tenencia», como en el artículo 431, al decir que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene o los disfruta o por otras en su nombre, siempre llegaríamos a la conclusión de que todo poseedor de los comprendidos en estos artículos de la ley civil que se apropiare de la cosa ajena objeto de la misma, cometería el delito de apropiación indebida.

A propósito del citado artículo 431, en el que la mayoría de los civilistas españoles han visto recogida la antigua «*possessio alieno nomine*», PÉREZ y ALGUER mantienen una posición interpretativa del mismo a tenor de la cual dicho artículo se refiere a la distinción entre aquellos que tienen la cosa o disfrutan el derecho, siendo consiguientemente poseedores, y aquellos otros que no teniendo la cosa ni disfrutándola no son poseedores, sino instrumentos de ejercicio de la posesión o servidores de la posesión en el sentido del parágrafo 855 del Código civil alemán (26). Por cuanto dicho criterio pudiera influir en el presupuesto jurídico del delito de apropiación indebida, resulta oportuno indicar cómo el mismo viene a estar en contradicción con las tradiciones de Derecho español y además, siguiéndolo, daríamos al artículo 431 de nuestro Código civil una interpretación mucho más avanzada aún de lo que pueda resultar el 855 del Código alemán, en cuanto éste no considera instrumentos de posesión a todos los poseedores en nombre ajeno, como pre-

(26) PÉREZ Y ALGUER. Notas a la traducción de la obra de Ennecerus.



tenden PÉREZ y ALGUER respecto a nuestro artículo 431, sino tan sólo a los poseedores en nombre ajeno que sean criados, dependientes u otras personas que se encuentren en análoga situación a éstos.

Mas sea cualquiera la interpretación de este artículo 431 del Código civil, estimamos que el problema tiene poca trascendencia respecto al delito de apropiación indebida, puesto que, llámense poseedores o instrumentos o servidores de la posesión las personas a que se refiere dicho artículo, tienen materialmente la cosa ajena, ejerciendo un poder de hecho sobre la misma y, por lo tanto, al apropiársela, cometen apropiación indebida y no hurto. Recordemos además que el número 5.º del artículo 523 del Código penal se refiere precisamente a personas que como el comisionista o administrador no serían considerados como poseedores en la interpretación de PÉREZ y ALGUER.

En conclusión, podemos afirmar 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 o no considerada como posesión por el Derecho civil.

Nuestro Código penal se refiere a esta tenencia de la cosa en poder del culpable, exigiendo que la misma haya sido recibida en «depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla». Los términos «depósito, comisión o administración» son empleados por el Código a manera de ejemplo, siendo lo determinante a efectos de calificar el título el hecho de que éste obligue al sujeto a la entrega o devolución de la cosa.

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 consuma el delito. Claramente se excluyen en el Código los títulos traslativos de dominio al exigir que el título produzca obligación de entregar o devolver la cosa. No obstante, la po-



sesión de una cosa por parte de un copropietario puede dar lugar indudablemente al delito de apropiación indebida si éste dispone de la cosa como único dueño, por cuanto al derecho del copropietario no puede decirse que recaiga sobre la cosa misma, sino, al decir de COLIN y CAPITANT, sobre «una cuota abstracta de cada molécula de la cosa», careciendo por sí solo del «ius disponendi» en referencia al todo.

El título debe tener una justa causa, ya que una tenencia adquirida con violencia, fraude u otro hecho ilícito, si bien puede dar lugar a otros delitos, como hurto, robo o estafa, excluye el concepto de apropiación indebida.

También se desecha el delito de apropiación indebida en aquellos casos en que el título en virtud del cual el agente tenga el poder sobre la cosa cualifique otro delito distinto. Así, cuando el delito se comete por un funcionario público, sobre caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, no existe el delito de apropiación indebida, sino el de malversación de caudales públicos, previsto en el artículo 399 de nuestro Código penal.

A tenor del artículo 523, apartado 5.º, es preciso para la existencia del delito de apropiación indebida que ésta recaiga sobre cosas que se tengan por el agente en calidad de depósito, comisión o administración, mas esta enumeración no es cerrada, toda vez que el enunciado termina con la frase: «...o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla...». Son, pues, títulos de tenencia que pueden dar lugar a este delito además de los taxativamente enumerados por la ley definidora del hecho, el usufructo, la prenda, el arrendamiento, la aparcería, el mandato, el comodato, el depósito, el precario, el transporte, la gestión de negocios y, en general, cualquier título de tenencia por parte de una persona de una cosa ajena con obligación de entregarla o restituirla.



a) *Usufructo.*

El usufructo puede dar lugar al delito de apropiación indebida cuando el usufructuario disponga como dueño de la cosa en perjuicio del derecho del nudo propietario. Ahora bien, preciso es tener en cuenta que así como por regla general el usufructuario tiene la obligación de conservar la cosa y de restituirla al finalizar el usufructo, por excepción puede el mismo estar autorizado para enajenar los bienes objeto de tal derecho. Expresamente se consagran tanto la regla general como la excepción en el artículo 467 del Código civil: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa.»

Así considerado el usufructo por la ley civil, habremos de distinguir dos supuestos a los fines de apreciar la existencia de apropiación indebida.

En el usufructo normal, que impone la obligación de restituir la misma cosa, el delito se consumará con el hecho de la enajenación de tal objeto o con cualquier otro acto de disposición que patentice el ánimo de apropiársela en perjuicio del nudo propietario.

En los casos excepcionales en que el usufructuario está autorizado para la enajenación de la cosa estimamos imposible la existencia del delito de apropiación indebida. Es cierto que tal facultad de enajenar ha de interpretarse, como indica CASTÁN, en el sentido de que el usufructuario vendrá obligado a la restitución del valor, lo cual podría dar lugar a que se pensase en la comisión de delito cuando se negase a restituir. Sin embargo, dada la índole especial del delito de apropiación indebida y la delicadísima separación de las responsabilidades de tipo penal y civil, debemos entender que tan sólo en esta última esfera es responsable el usufructuario en los aludidos casos de falta de restitución, por cuanto no es ya deudor de



una cantidad que tenga en su poder, sino del equivalente del objeto enajenado. La enajenación fué lícita, puesto que partimos del principio de que estaba autorizado para verificarla, y por ello mal puede consumarse con tal acto el delito de apropiación indebida, que no se perpetra tampoco con la no entrega del precio de la cosa por la razón de que la cantidad que el usufructuario viene obligado a entregar no es cantidad que pertenezca al nudo propietario y aquél tenga el deber de conservar para éste, sino que entre uno y otro existe un vínculo de contenido obligatorio en virtud del cual el usufructuario es deudor del nudo propietario por la cantidad en que consista el valor de la cosa, y por ello si aquél no cumple la prestación podrán ejercitarse contra el mismo las acciones civiles procedentes, más no la acción penal de apropiación indebida.

b) *Prenda.*

En virtud del contrato de prenda, el acreedor retiene en su poder la cosa perteneciente al deudor o a otra persona, en garantía del cumplimiento de la obligación. Es evidente la existencia del delito de apropiación indebida en el caso de que el acreedor disponga como dueño de la cosa en el tiempo en que retenga la misma en espera del vencimiento del plazo, pero merece especial consideración, por las dudas que puede originar, el supuesto en que vencido el plazo y no cumplida la prestación por parte del deudor, el acreedor disponga de la cosa dada en prenda, sin cumplir con las formalidades legales. El artículo 1.872 del Código civil establece las condiciones a que habrá de atenerse el acreedor pignoraticio a quien oportunamente no le hubiese sido satisfecho su crédito, para proceder a la enajenación de la prenda, cuales son el verificarse ante notario, en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, añadiendo dicho artículo que si en la primera subasta no hubiera



sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades, y únicamente si tampoco ésta diere resultado, se concede al acreedor la facultad de hacerse dueño de la prenda. A la vista de tales prescripciones, la calificación de la conducta del acreedor que sin atenderse a las mismas se apropia la prenda, no puede por menos de ser la de apropiación indebida, por cuanto la cosa sigue siendo ajena, pasando a adquirir el dominio sobre ella tan sólo y precisamente mediante las formalidades citadas, incumplidas en el supuesto comentario. Ahora bien, puede ocurrir que el acreedor haya procedido de buena fe, apropiándose la prenda sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 1.852 citado, por desconocer lo que el mismo preceptúa, y entonces resultaría exento de responsabilidad por virtud de la concurrencia de un error que, no obstante ser de derecho, resulta admisible con tal efecto según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 16 de marzo de 1892 y 28 de noviembre de 1906, entre otras), cuando el error o desconocimiento, como ocurre en este caso, recaiga sobre una ley no penal.

Objeto de especial interés es indudablemente la cuestión suscitada por el real decreto sobre prenda agrícola de 22 de septiembre de 1917 y la adición al Código civil en materia de prenda verificada en virtud de la ley de 5 de diciembre de 1941, referente a la prenda sin desplazamiento.

Dando por supuesto el conocimiento general de tales disposiciones, vemos, tanto en una como en otra, cómo se crea una modalidad extraordinaria de la prenda al no pasar ésta a poder del acreedor, sino que queda en mano del deudor, adquiriendo el mismo, no obstante ser dueño de la cosa, el carácter de depositario, con las responsabilidades inherentes a tal condición legal (artículo 1.º, párrafo 3.º, del decreto de 1917 y artículo 1.867 bis del Código civil).



Desde el momento en que por tales disposiciones se declara depositario al deudor, parece evidente su responsabilidad penal a título de apropiación indebida si dispone de la cosa, ya que es el depósito una de las figuras que más ordinariamente dan lugar a la comisión de este delito, siendo además especialmente designada en la descripción típica. Mas, analizando el problema con el determinimiento que merece, descubrimos serios obstáculos para llegar a tal calificación.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que las citadas disposiciones que establecen que «el deudor adquirirá el carácter y las responsabilidades de depositario, vienen a crear una verdadera ficción jurídica, ya que la constitución de la garantía pignoratícia no le priva de su carácter de propietario, y a este respecto debemos recordar la repulsa unánime de la ciencia penal a toda ficción. Siendo innegable que la cosa es realmente de pertenencia del deudor, es, pues, difícil configurar la apropiación indebida sobre una cosa propia.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que además de la enumeración de casos que a manera de ejemplos cita el número 5.º del artículo 523 (depósito, comisión o administración), habla de manera general de cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla; es decir, que considera el Código preciso que el título de tenencia de la cosa sea, en todo caso, de tal naturaleza, que el detentador se halle en la obligación de entregarla o devolverla en plazo mayor o menor, lo que acontece en el depósito y en la prenda ordinarios, mas no en esta figura anómala en que el propietario de la cosa no habrá de entregarla ni devolverla a nadie, pues aun en el supuesto de no satisfacer el crédito, de lo que tendrá obligación será de enajenarla y abonar su débito.

Dos de los artículos adicionados al Código civil, el 1.870 bis y el 1.872 bis, hablan de las oportunas respon-



sabilidades civiles, sin perjuicio de las criminales en que hubiere incurrido el deudor, siendo mi opinión la de que existe, en efecto, responsabilidad penal para el deudor a que nos venimos refiriendo, si dispone de la prenda, mas no creemos que sea el delito de apropiación indebida el cometido, por las dificultades anteriormente apuntadas, unidas al hecho de existir otra modalidad típica donde, a nuestro modo de ver, encuadra plenamente la conducta, sin necesidad de aceptar ficciones ni acudir a interpretaciones extensivas.

En el artículo 525, párrafo 2.º, del Código penal, se castiga al que dispusiere de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada. Refiriéndose, pues, este artículo al delito cometido por el propietario sobre cosa gravada, y no resultando dudoso el carácter de gravamen que sobre la cosa objeto de garantía constituye la prenda, creemos que ninguna razón puede oponerse a que consideremos responsable de este delito al deudor que disponga de la cosa propia que conserva en su poder gravada con el derecho de prenda, en perjuicio del acreedor, y tal vez del adquirente.

c) *Depósito.*

Es el depósito uno de los títulos de tenencia especialmente citados por la enunciación contenida en el apartado 5.º del artículo 523 del Código penal, viniendo de manera expresa a declarar reo del delito de apropiación indebida al que en perjuicio de otro se apropiare o distraiere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en *depósito*, etc.

No obstante tan expresa declaración legal, resulta preciso estudiar algunas cuestiones dudosas que el depósito presenta respecto a dicho delito:

Ninguna dificultad ofrece el caso de depósito ordinario, en el cual el depositario ha de custodiar y restituir



la misma cosa que le fué entregada, en el sentido de que si dispone de ella a título de dueño, se hace responsable de apropiación indebida. Mas cuando el depósito tiene por objeto cosas de naturaleza fungible y que han sido apreciadas por su género, y especialmente tratándose de depósito de dinero, resultará discutible la calificación penal que merezca el acto de disposición de tales objetos por parte del depositario. Tal depósito de cosas fungibles que impone al depositario la obligación de devolver, no la misma cosa recibida, sino otro tanto de la misma especie y calidad, es el que ha venido denominándose depósito irregular. La mayoría de los autores estiman que esta modalidad anormal de depósito no tiene cabida en nuestra legislación civil, ya que a tenor del artículo 1.768 de este Código, «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato». Este fenómeno se daría en todos los casos en que, habiéndose recibido cosas fungibles, el depositario haya de devolver otras cosas equivalentes. Ahora bien, es lo cierto que el artículo 1.770 del Código civil, en su párrafo segundo, admite el depósito de dinero, lo cual, relacionado con la disposición del 1769 respecto a cosas entregadas en forma cerrada o sellada, nos conduce a las siguientes consideraciones:

1.º Si la entrega del dinero tuvo lugar en forma cerrada o sellada, puesto que se ha de devolver en la misma forma, el depósito es plenamente regular y no ofrece dudas la calificación de apropiación indebida para el caso del depositario que se apropiare de dicho dinero.

2.º Si el depósito consistió en cantidad de dinero apreciada en su valor y obligación de devolver otra cantidad equivalente, hipótesis a la que parece referirse el citado artículo 1.770, párrafo segundo, del Código civil, y el depositario invierte tal cantidad en provecho propio, disponiendo de ella, tendremos que distinguir, a



efectos de su responsabilidad penal, dos supuestos, según que al hacerlo cuente con solvencia económica suficiente para en cualquier momento poder devolver la cantidad que recibió en depósito, o, por el contrario, que al disponer de la cantidad recibida no tenga numerario propio con que poder hacer frente a su obligación de restituir en cualquier momento en que para ello sea requerido por el deponente. En el primer caso no existe delito de apropiación indebida, ni siquiera, a mi modo de ver, responsabilidad civil consistente en el abono de intereses desde el día en que dispuso de la cantidad para usos propios, y a la que se refiere el artículo 1.770 en relación con el 1.724, ya que en todo momento el depositario ha tenido metálico suficiente para responder del depósito. Por el contrario, cuando al disponer de la cantidad recibida no tenga en su poder metálico bastante para responder ante el deponente, el delito de apropiación indebida queda consumado desde el momento en que ante su estado de insolvencia venga a hacerse imposible la devolución si para ello fuese requerido por aquél.

El depósito ofrece especial interés, como presupuesto jurídico del delito de apropiación indebida, por cuanto se da una serie de casos en los que el mismo viene a constituir título de detentación de cosas de ajena pertenencia, como derivación de otras relaciones jurídicas. Así, vemos cómo a consecuencia del contrato de hospedaje surge para los fondistas o mesoneros la responsabilidad que a título de depósito necesario establece el artículo 1.783 del Código civil, respecto a los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones, e igualmente cómo de los objetos del contrato de transporte responde a manera de verdadero propietario el conductor, por disposición del artículo 1.601 del propio Código. La consecuencia penal de dicha conceptualización de tales personas como depositarios será la de que los mismos resultarán responsables del delito de apropiación



ción indebida cuando dispusieren, con ánimo de lucro, de los objetos a ellos encomendados como fondistas, posaderos o transportistas.

d) *El arrendamiento.*

Es indiscutible que el contrato de arrendamiento puede ser título de tenencia de objetos ajenos, y cuyo apoderamiento por parte de la persona que detente los mismos puede ser constitutivo del delito de apropiación indebida.

Ahora bien, dentro del concepto de arrendamiento, hemos de distinguir los tres supuestos en que el delito de apropiación indebida puede ser cometido, según que dicho arrendamiento lo sea de cosas, de servicios o de obras.

En el arrendamiento de cosas, el arrendatario se encuentra en posesión del objeto por el tiempo de duración del contrato, teniendo la obligación de conservarlo diligentemente y de devolverlo cuando dicho plazo hubiere terminado (artículo 1.555, apartado segundo, y 1.561 del Código civil). El arrendatario, pues, de una cosa mueble se encuentra en posesión de la misma, viniendo obligado a su devolución al arrendador al término del arrendamiento, características éstas que evidencian el delito de apropiación indebida cuando, invirtiendo el título de tenencia, el arrendatario realice actos de disposición como dueño.

En el área del arrendamiento de servicios, la apropiación indebida puede ofrecerse cuando el arrendador o persona que ha de prestar el servicio contratado tenga en su poder objetos de pertenencia del arrendatario para la ejecución del contrato, como herramientas u otros utensilios, y se apodere de los mismos. En el frecuente caso del criado que se apropia de cosas pertenecientes al amo que le fueron por éste entregadas por razón de ser-



vicio, puede presentarse la duda a que en páginas anteriores se ha hecho referencia sobre si el delito es de hurto o de apropiación indebida, según el concepto más o menos amplio que se tenga de la posesión a efectos penales. Por las razones que quedaron expuestas, insistimos en la existencia en tales supuestos de la apropiación indebida, y no de hurto.

Si el arrendamiento es de obra por ajuste o precio alzado, habrá que distinguir, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.588 del Código civil, según que el que haya de ejecutarla ponga solamente su trabajo, o que también suministre los materiales. En el primer caso, como quiera que el arrendador o artífice tiene en su poder los materiales ajenos, cometerá apropiación indebida respecto a los mismos cuando disponga de ellos a título de dueño para fin distinto de la obra encomendada. Cuando el artífice suministre también los materiales, desaparece la posibilidad de apropiación indebida, por cuanto en ningún momento éste tiene en su poder cosa alguna de ajena pertenencia.

e) *Aparcería.*

Con apartamiento del problema planteado por la naturaleza jurídica de la aparcería, y sin entrar, por tanto, en la polémica surgida entre los autores que vienen a considerarla como modalidad del arrendamiento, y aquellos otros que la estiman como manifestación de la sociedad, hemos de comenzar por la fijación del concepto que, tratándose del delito de apropiación indebida, resulta esencial y que no es otro sino el que se refiere a la nota característica de la aparcería en todas sus manifestaciones: la existencia de cosas de ajena pertenencia en posesión del aparcerero, con obligación de devolverlas llegado el momento de terminación del contrato.

En la llamada aparcería agrícola, en la cual el objeto



que se cede al aparcerero consiste en una tierra para que éste la explote, reservándose el propietario el derecho a percibir una parte alícuota de los frutos que produzca la misma, la apropiación indebida no puede surgir sino respecto a los frutos, ya que el objeto de la explotación está constituido por un bien de naturaleza inmueble. Supuesto el caso de que el aparcerero, llegado el momento de entregar al propietario de la finca la parte del producto que le corresponda, no lo haga, reteniendo para sí el todo, se presentará la duda de si con ello incurre tan sólo en la responsabilidad civil derivada de la infracción del contrato o, por el contrario, cometerá también apropiación indebida. Por la existencia de este delito se manifiestan la mayoría de los autores, entre los que merecen ser citados, por el detenimiento con que han estudiado la cuestión PALAZZO (27), BASSANELLI (28) y ANGELOTTI (29); si bien el primero de ellos mantuvo primeramente la tesis de la sola responsabilidad civil. La existencia del delito de apropiación indebida resulta indiscutible, teniendo en cuenta que el colono se encuentra en posesión real de los frutos cuya pertenencia corresponde en parte al mismo y en parte al propietario de la finca, detentando esta última parte en virtud de un título que le obliga a entregarlo al dueño del terreno, con lo cual se da, evidentemente, el presupuesto del delito, que quedará consumado cuando realice actos de verdadera apropiación del todo, inspirados por tal ánimo de obrar como dueño respecto de la totalidad de frutos.

En cuanto a la aparcería industrial y la pecuaria, la apropiación indebida como delito existirá también cuan-

(27) PALAZZO. *Ne furto ne appropriazione indebita del mezzadro* en *Rivista di Diritto agrario*, 1926, pág. 3. (Citado por Angelotti), y *Rapporti fra Diritto privato e Diritto pubblico*, en *Rivista penale*, 1932, pág. 60.

(28) BASSANELLI. *In tema di comproprietà e compossesso del mezzadro sui frutti separati, a proposito dei delitti di appropriazione indebita e sottrazione di cose comuni*, en *Rivista Italiana di Dir. pen.*, 1935, pág. 548.

(29) *Ob. cit.* pág. 534.



do el aparcerero que tiene en su poder los útiles del establecimiento o los ganados se los apropie con intención de lucro, en perjuicio del propietario, reuniendo tal conducta todos los caracteres de dicha infracción, habida cuenta de la obligación que incumbe al aparcerero de devolver las cosas materia de contrato al finalizar el mismo, y de que tales cosas son de naturaleza mueble en las aludidas especies de la aparcería.

f) *Sociedad.*

El contrato de sociedad, en sí mismo considerado, no constituye directamente título de detentación de determinadas cosas de ajena pertenencia, y por ello no puede bastar por sí para fundamentar el presupuesto jurídico del delito de apropiación indebida, ya que, a tenor del artículo 1.665 del Código civil, la nota característica del mismo está representada por la puesta en común de dinero, bienes o industria, con ánimo de partir las ganancias. De la sociedad pueden derivar otras situaciones jurídicas a manera de consecuencia que vengan a fundamentar la existencia de una responsabilidad criminal por indebida apropiación, cuya responsabilidad existirá en el caso del socio administrador o administrador no socio que se apropie de los bienes sociales que se encuentren en su poder como tal administrador; mas en estos supuestos, el presupuesto jurídico de dicha infracción no es el contrato de sociedad, sino la relación de mandato por la cual el administrador de los bienes sociales, socio o extraño, viene ligado a la sociedad misma.

Desde el momento en que se ha verificado la aportación de las cosas a la sociedad, éstas pasan a ser propiedad de la misma cuando en tal concepto se cedan, y los socios que las han aportado pierden su derecho de dominio sobre ellas, por lo cual tienen, respecto a cada



uno; la consideración de cosas ajenas. Si algún socio se apropia de dichas cosas con ánimo de lucro y en perjuicio de la sociedad, y por ello de los demás socios, cometerá hurto o apropiación indebida según la situación en que dichas cosas se encontraren respecto al mismo; si tal socio no tenía la posesión del objeto del que dolosamente se apodera, sino que lo ha tomado del lugar donde se hallaba, el delito perpetrado será el de hurto de cosa común; mas si el objeto se hallaba en su poder como consecuencia de lo estipulado en el contrato social, y su conducta consiste en invertirlo en provecho propio mediante apropiación, la figura que se nos ofrece no es otra sino la de apropiación indebida. Ahora bien, en este último supuesto, como quiera que si las cosas se encuentran en manos del socio culpable no es como consecuencia directa del contrato de sociedad, sino de un pacto estipulado en el contrato social o fuera de él y por virtud del cual dicho socio viene a ser designado mandatario o administrador de los bienes sociales, vemos claramente cómo, a la manera anteriormente expuesta, no es la sociedad el título jurídico que sirva de presupuesto al delito, sino el mandato derivado del mismo, o más exactamente, el depósito, ya que no en otro concepto responde aquél de las cosas de la sociedad al mismo encomendadas.

g) *Mandato.*

La fórmula típica no habla de mandato, mas sí de administración. Constituyendo la esencia del mandato la obligación de realizar una persona, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, vemos cómo es posible, y en la realidad frecuente, que a consecuencia de la realización del mandato, el mandatario tenga la posesión, al menos material, de cosas o dinero de pertenencia del mandante. La apro-



piación de tales cosas o dinero, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, puede dar lugar al delito de apropiación indebida.

Por disposición del artículo 1.720 del Código civil, «todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiere al segundo». Es, pues, indudable que tales cosas que el mandatario haya recibido en virtud del mandato son cosas de la pertenencia del mandante, que se hallan en posesión de aquél con obligación de entregarlas a su dueño, de donde parece indiscutible que la apropiación de tales cosas por parte del mandatario haya de calificarse siempre de apropiación indebida y ser castigada penalmente como tal.

La dificultad surge en aquellos casos en que el mandatario que tuviera en su poder dinero del mandante lo aplique a usos propios, siendo tal dificultad la que en general se presenta cuando el objeto sobre el que recae la apropiación sea dinero. La naturaleza fungible del dinero hace dudosa la determinación de cuándo una cantidad puede considerarse apropiada, problema que, por otra parte, se relaciona con el ánimo inspirador de la conducta del agente, según que al disponer de la misma lo haga pensando restituirla posteriormente o que, por el contrario, sea su intención la de apoderarse de ella en el sentido estricto de la palabra, sin ánimo de restitución, o bien que siendo su pensamiento el de la posterior restitución, sea lo cierto que dispone de una cantidad de dinero sin tener capital propio con que responder de la misma cuando le sea reclamada.

Civilmente, la conducta del mandatario que aplica cantidades a usos propios está sancionada por el artículo 1.724 del Código, que impone la obligación del abono de intereses desde el día en que lo hizo, a más de la indemnización del perjuicio que pudiera resultar. Pero,



a nuestro modo de ver, no en todo caso de aplicación de cantidades a usos propios del mandatario puede decirse que éste sea autor del delito de apropiación indebida.

La tenencia de cantidades de dinero por parte del mandatario convierten a éste, por lo que a ellas se refiere en relación con el mandante propietario de las mismas, en depositario, siendo, por tanto, esta relación de depósito una situación jurídica que nace como consecuencia de la de mandato preexistente, pero que una vez surgida ha de regirse por las reglas propias del depósito. Así considerada jurídicamente la situación de hecho, observamos cómo la responsabilidad del mandatario que dispone de fondos pertenecientes al mandante no difiere de la del depositario que incurre en tal conducta. Por ello, si el objeto de depósito del cual se ha dispuesto está constituido por dinero, habrá que distinguir, según vimos anteriormente, el caso en que se trate de cantidad entregada bajo sobre y sello o bien lo haya sido sin tales circunstancias, sino únicamente apreciando su valor. En el primer supuesto, si el depositario dispone de lo entregado, incurre evidentemente en el delito de apropiación indebida, ya que venía obligado a respetarlo y devolver la cantidad recibida «en la misma forma» (artículo 1.769), mientras que en el segundo no se consuma tal delito por el hecho de la disposición de la cantidad en sí mismo, 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 de que dispone, y de que se lleve a efecto la misma con ánimo de lucro, y ello por las razones anteriormente expuestas en el apartado dedicado al depósito.

Lo indicado sobre la responsabilidad del mandatario resulta de aplicación a todo mandato, sea cualquiera su causa, y así, en concepto de mandatarios, responderán



los tutores, albaceas y cuantas personas administren bienes de ajena pertenencia, exceptuados los casos constitutivos de malversación.

h) *Gestión de negocios.*

No obstante las diferencias que separan a la gestión de negocios del mandato, en cuanto el primero no nace como el segundo de un acuerdo de voluntades, a los efectos penales relacionados con el delito de apropiación indebida, no existe razón para distinguir entre ambas relaciones jurídicas, ya que el gestor, una vez comenzada la gestión del negocio responde de la conservación de las cosas que como consecuencia de la misma hubiere recibido, teniendo la obligación de entregarlas. Ello es lo suficiente para que, si dispusiere de ellas a título de dueño, en perjuicio del propietario, se estime consumado el hecho de la apropiación, al igual que cuando tal conducta fuese ejecutada por el mandatario y en la forma que anteriormente se ha expuesto al referirnos al mandato como presupuesto jurídico de dicho delito.

i) *Comisión mercantil.*

Verdadera manifestación del mandato, la comisión figura también de manera expresa entre los títulos de tenencia que con el delito de apropiación indebida se invierten, en la definición contenida en el repetido apartado quinto del artículo 523.

o Cabe apropiación indebida en el caso del comisionista que se apropia, ya de las cosas recibidas en comisión, ya del dinero procedente de su venta o de los fondos recibidos del comitente para el desempeño del encargo.

El artículo 264 del Código de Comercio fija la responsabilidad civil en que incurrirá el comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, los



diera inversión o destino distinto del de la comisión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar. Esta acción a que alude el citado precepto de la ley mercantil no es otra sino la de apropiación indebida; claro es que no en todos los presupuestos de inversión distinta, sino tan sólo en aquellos en que concurren los caracteres generales de este delito, cuales son los de disposición con ánimo de lucro y con perjuicio de tercero.

En cuanto a los efectos o mercancías objeto de la comisión, el artículo 266 del mismo Código de Comercio establece que el comisionista que los tuviere en su poder por cuenta ajena responderá de su conservación en el estado en que los recibió. Es evidente que consume apropiación indebida el comisionista cuando se apropia de tales efectos o mercancías o dispone de ellos con ánimo de lucro en perjuicio del comitente.

j) *Comodato y Precario.*

Por el contrato de comodato se cede a una persona gratuitamente el uso de una cosa fungible, con obligación para la misma de devolverla tal como la recibió, bien a la terminación del plazo o uso para el que le fué dada, bien antes de tales momentos si el comodante tiene urgente necesidad de ella (artículos 1.749 y 1.750 del Código civil).

Es patente, pues, que el comodatario retiene en su poder la cosa en virtud de un título que le obliga a devolverla, dándose en tal título de tenencia la nota característica del presupuesto del delito de apropiación indebida.

En cuanto al precario, únicamente debe indicarse que no distinguiéndose del comodato sino por la no fijación de plazo ni uso, pudiendo la cosa ser reclamada por el que la entregó en cualquier momento, resulta aplicable



al mismo lo afirmado respecto al comodato como presupuesto de la apropiación indebida.

Caso que ha venido ofreciendo algunas dudas es el que se refiere al préstamo de libros hecho por las bibliotecas públicas o privadas. Estos préstamos pueden revestir dos formas, según que se entregue el libro para su lectura a domicilio, o bien para ser leído en la misma sala de la biblioteca.

Como afirma ANGELOTTI, en la primera hipótesis no hay duda de que existe entrega de una cosa con desplazamiento de posesión, y siendo así, el delito que cometerá el lector que no devuelva la obra prestada no es otro sino el de apropiación indebida.

Mas, en el supuesto de libros entregados para su lectura en el mismo local de la biblioteca, las opiniones doctrinales se manifiestan en una doble dirección, ya que, mientras unos, partiendo del principio de que el lector no posee la obra, sino que simplemente se da la mera detentación o tenencia material, se manifiestan por la existencia de hurto, otros estiman la apropiación indebida, por considerar que tal detentación por parte del lector es suficiente título de tenencia como presupuesto de este delito. A nuestro modo de ver, y no obstante la opinión anteriormente expuesta respecto a la amplitud con que el término posesión debe entenderse en el área penal, el delito que se presenta en la aludida hipótesis es el de hurto, ya que el lector que lee la obra en la sala de lectura de la propia biblioteca, ni siquiera materialmente puede decirse que disponga de ella, habida cuenta de que durante el tiempo de lectura el libro está sometido a la custodia de las personas que ejercen la vigilancia del local, no depositando en el lector confianza alguna y antes al contrario, evitando que pueda abandonar el recinto sin antes entregar el libro. La responsabilidad penal comienza con el hecho de sacar de la sala la obra, y con ello se verifica la «amotio» característica del hurto.



k) *Cobro de lo indebido.*

Bajo este título hemos de comprender cuantos casos se puedan presentar de tenencia, por parte de una persona, de dinero o cosas que hubiera recibido indebidamente por error de la persona que se las entregó, siempre que tal error no haya sido dolosamente provocado por el que las recibe o por otro en connivencia con éste, pues en tales supuestos el delito imputable no sería el de apropiación indebida, sino el de estafa.

El derecho civil ha venido regulando los efectos del cobro de lo indebido, estableciendo la obligación de restituir lo así cobrado, bien configurando tal fenómeno como verdadero cuasi contrato, bien como aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. Nuestro vigente Código, en su artículo 1.895, consagra la obligación de devolver diciendo: «Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Si el cobro se verificó con buena fe por parte del que lo recibe, es claro que ninguna responsabilidad penal puede derivarse para éste y sí tan sólo la civil a que se refiere el artículo 1.897 de este Código. El delito de apropiación indebida existirá cuando el cobro tuvo lugar con mala fe del que con el mismo se beneficia, con ánimo de apropiarse el objeto percibido y en perjuicio de tercero.

Ahora bien, puede haberse efectuado el pago de lo indebido con buena fe por parte del que lo recibe, pero retener éste la cosa en su poder no obstante haber tenido posterior conocimiento de la improcedencia de aquél, en cuyo supuesto habrán de aplicarse las reglas del caso de mala fe desde el momento en que se conociese el carácter indebido del pago, y por ello apreciar la existencia de apropiación indebida cuando, faltando a la obligación de devolver el objeto, el que lo recibió se lo apropie en las condiciones dichas.



En la misma responsabilidad penal incurrirá el que se apropie cosas o dinero que hayan llegado a sus manos en virtud de caso fortuito o de fuerza mayor, incumpliendo la obligación de devolverlas a su dueño, si bien en la mayoría de tales casos el tipo de aplicación será el contenido en el número segundo del artículo 505 del Código penal, si es que el autor de la apropiación conocía quién fuera el dueño de los objetos apropiados.

Estas hipótesis de caso fortuito y error son objeto de especial punición en otros Códigos, como el italiano, que las aprecia en su artículo 647 junto a las de cosa perdida y tesoro.

1) *Compraventa.*

Como quiera que la compraventa es título traslativo de dominio, y una vez entregada la cosa, ésta pasa a ser propiedad del comprador, en general no es título de los que dan lugar al delito de apropiación indebida. Ahora bien, existen casos en los que la compraventa, aun completada con la entrega de la cosa, puede no transferir el dominio, y con respecto a ellos hemos de hacer algunas indicaciones.

Tenemos que considerar, en primer lugar, la compraventa con pacto de reserva de dominio, de tan generalizado uso en las ventas a plazos, y en la cual se conviene que en tanto en cuanto el comprador no haya abonado la totalidad del precio, la cosa queda en poder del mismo en concepto de depósito. Tal venta queda, en sus efectos traslativos de dominio, sometida a la condición suspensiva consistente en el total abono del precio, conforme tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de la *Corte de Casazione italiana*, y por ello el comprador que dispone de la cosa como dueño no teniendo pagado todo el precio, comete el delito de apropiación indebida. Así se ha ma-



nifestado también nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

Dudosa es la cuestión a que da lugar el caso de compraventa con pacto de retraer, cuando el comprador, antes de finalizar el plazo de que dispone el vendedor para ejercitar su derecho de retracto, se apropia de la cosa. Habremos de considerar cuál es la situación en que el comprador se encuentra respecto a la cosa conforme a la ley civil, durante el plazo fijado. A diferencia del caso anterior, en que los efectos traslativos del contrato quedan sometidos a condición suspensiva, en el caso del retracto convencional se produce la transferencia de dominio, si bien sometida a la condición resolutoria de que el vendedor haga uso de su derecho de retraer. Claramente establece el artículo 1.511 del Código civil que el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, expresión que comprende, por tanto, el derecho de disponer de la cosa. A mayor abundamiento, el artículo 510 del propio Código, al proclamar el carácter real de la acción de retracto, viene a reconocer de manera expresa el derecho del comprador a enajenar la cosa. Así, pues, no cometerá delito de apropiación indebida el comprador que disponga de la cosa, sin perjuicio de que pueda cometer el de estafa del párrafo segundo del artículo 525, si ocultó al nuevo adquirente la existencia del derecho de retracto.

Objeto material

La descripción típica del número quinto del artículo 523 del Código penal señala el objeto material del delito de apropiación indebida a que la misma se refiere al decir que lo cometen «los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble...»

Es, pues, la noción de cosa mueble la que interesa



precisar a los efectos del delito en estudio, ya que el dinero o los efectos de que habla el Código no son indicados sino en forma de más específico señalamiento para acabar ampliando la noción del objeto a cualquiera otra cosa mueble.

Con absoluto apartamiento de toda referencia al concepto de cosa desde los puntos de vista filosófico y material, hemos de orientar nuestra exposición acerca de lo que por cosa deba entenderse en el sentido exclusivamente penal de tal término como objeto del delito de apropiación indebida.

No difiere el concepto penal de cosa de la noción jurídica de la misma en general, siendo su noción extensiva a todas las ramas del Derecho, en contra de lo que algunos autores, en especial los alemanes, han venido sosteniendo al mantener la afirmación de que el concepto penal de cosa es diferente del formulado por el Derecho privado. Como señala MANZINI, esta errónea doctrina arranca del hecho de confundir las nociones de «bien» y de «cosa», sin tener en cuenta que, así como todas las cosas susceptibles de propiedad son bienes, no todos los bienes son cosas (30).

Mas no siendo diferente por naturaleza la noción penal de «cosa» de la noción jurídica en general de la misma, sí es cierto que cuando se trata de aplicar tal concepto jurídico al área penal para la determinación del objeto de las infracciones de tal índole violadoras de los derechos patrimoniales, aquella noción viene a resultar más restringida, ya que la cosa, como objeto del delito de apropiación indebida, ha de reunir una serie de condiciones de las que algunas son expresamente exigidas por el texto legal, y otras resultan de evidente necesidad como consecuencia de la índole del delito de que se trate, al igual que son específicos también los ca-

(30) MANZINI. Trattato. Parágrafo 2.538.



racteres que en la cosa han de exigirse cuando ésta se aprecia como objeto de los delitos de hurto o estafa.

Veamos, pues, cuáles son tales caracteres a través de los cuales ha de quedar perfilada la noción de cosa como objeto del delito de apropiación indebida.

a) *Cosa en sentido jurídico.*

Los objetos susceptibles de apropiación indebida han de ser cosas, si bien es indiferente, como observa BERNER, que la composición de las mismas sea mecánica o química (31), y sin que deba inducir a confusiones su carácter de intangibles, pudiendo éstas ser objeto del delito de apropiación indebida, siempre que sean susceptibles de sustracción y tenencia por parte de alguna persona.

El problema que la electricidad ha originado como objeto del delito de hurto se plantea también dentro de la teoría del de apropiación indebida.

La primera duda que puede aparecer respecto a la electricidad como objeto de los delitos de hurto o apropiación indebida es la que nos ofrece la naturaleza de la misma. Escritores tan autorizados como BINDING, SALTELLI y ROMANO DI FALCO, TOLOMEI, ALTAVILLA, GARÇON y otros, niegan la posibilidad de considerar como hurto la sustracción de energía eléctrica por no considerar ésta como materia y sí como una fuerza de la materia, que por tanto no es cosa. «De la energía no nos podemos posesionar —dice MANZINI—, sino que tan sólo podemos, mediante procedimientos adecuados, determinar su acción según nuestra voluntad y servirnos de ella para nuestros fines». Es evidente, para el citado autor, que sería absurdo ver hurto de energía térmica o cinética en el hecho de quien cociese «invito domino» las propias viandas en el fuego ajeno, o de quien se sirviese de la

(31) BERNER. Trattato di Dir. penale, 1887, pág. 439.



fuerza de un motor ajeno en provecho propio; y si esto es absurdo en general, no puede, ciertamente, ser racional y jurídico respecto a una determinada energía.

Frente al anterior criterio, otros parten de la afirmación del carácter material de la energía eléctrica, llegando a concluir la susceptibilidad de la misma de ser objeto del delito de hurto. GIURIATI, citando los trabajos de Le Bon que le condujeron a sostener la inseparabilidad de las nociones de materia y energía, no duda en reconocer a la electricidad, como tal energía, el carácter de cosa en sentido jurídico (32). Más modernamente, ANGELOTTI defiende el carácter de cosa en la energía eléctrica, de una parte, porque los entes inmateriales o incorporeales son también cosas, y de otra, porque la electricidad es susceptible de posesión (33).

Verdaderamente, la especial naturaleza de la energía eléctrica y la cuestión que desde el punto de vista de la Física puede surgir a tal respecto, no deben llevar al jurista a confusiones y dudas que desaparecerán si se tiene en cuenta que admitiéndose en Derecho, dentro del concepto de cosa, las inmateriales o incorporeales, no existe dificultad en estimar la energía eléctrica como cosa, material o inmaterial, ello es irrelevante, ya que dicha energía está dotada de un valor evidentemente, siendo de posible apropiación o utilización, y estas apropiaciones o utilidades, si son lícitas, pueden ocasionar un perjuicio económico a otra persona, características éstas que, reunidas, vienen a poner de manifiesto el hecho de que tal energía puede y debe considerarse como cosa a efectos penales, si bien no toda sustracción o apoderamiento penalmente sancionado lo ha de ser a título de hurto, sino que puede dar lugar a otras figuras, como son la estafa y la apropiación indebida.

(32) GIURIATI. Trattato di Dir. penale. (Vallardi). v. XI, pág. 107.

(33) ANGELOTTI. En Trattato de FLORIAN. Delitti contro il patrimonio, 1936, pág. 208 y siguientes.



Las legislaciones y la jurisprudencia no han orientado la cuestión en sentido unánime. Los fallos de la Corte de Casación Francesa han venido proclamando el carácter de cosa de la electricidad a efectos de aplicación del artículo 379 del Código de Francia. Como cosa ha sido también considerado el fluido eléctrico por el Tribunal de Casación belga en sentencia de 20 de junio de 1934, seguida de otras muchas de análogo sentido. En Alemania, el Reichsgericht mantuvo opuesto criterio al afirmar que en el fluido eléctrico falta el carácter de cosa exigido por el párrafo 242 del Código, ya que se trata de un ente incorporal.

El Tribunal Supremo español sancionó reiteradamente como hurto el hecho de tomar el fluido eléctrico ilícitamente (34), no obstante haber considerado el hecho como estafa la Memoria de la Fiscalía del mismo Tribunal del año 1889.

Con la finalidad de evitar dudas interpretativas, los diferentes países han ido dictando leyes penalmente sancionadoras del hecho de la sustracción o utilización ilícita de la energía eléctrica, configurándolo como un delito especial (35). Por el Código italiano se considera como cosa mueble a efectos de la ley penal «la energía eléctrica y toda otra que tenga un valor económico» (artículo 624, párrafo segundo).

En España, el Código penal de 1928 sancionó especialmente como hurto la sustracción ilícita de energía de una instalación ajena, destinada al utilizamiento de una fuerza natural (art. 703, núm. 2.º). Recientemente ha

(34) Sentencias de 17 de noviembre de 1909, 16 de abril de 1912 y 23 de abril de 1929, entre otras.

(35) Ley inglesa de 18 de agosto de 1882 en sus artículos 22 y 23; ley del mismo país de 1916 en su artículo 10; ley alemana de 9 de abril de 1900; Códigos de Noruega (art. 255 en relación con la disposición preliminar sexta), de California (arts. 498 y 499); Código suizo (art. 142); Código danés (art. 276); Códigos ruso (art. 163), brasileño (art. 155, ter-cero), uruguayo (art. 343) y Proyecto argentino de 1937 en su art. 213.



sido dictada la ley de 10 de marzo de 1941 que decide el problema a que nos venimos refiriendo calificando de defraudación el ilícito consumo de fluido eléctrico.

Discutiéndose en el área doctrinal sobre si la sustracción de energía eléctrica debe considerarse como hurto o como estafa (36), no se ha planteado debidamente la cuestión de si tal energía puede ser objeto del delito de apropiación indebida. Es cierto que esta infracción se presentará en casos poco frecuentes, pero no lo es menos que resulta perfectamente concebible su existencia, teniendo en cuenta que la energía eléctrica puede conservarse en determinada cantidad apreciable mediante acumuladores. Supongamos el caso de una persona que entrega a otra en depósito un acumulador cargado de energía para que lo conserve durante cierto tiempo, y el depositario utiliza en provecho propio la carga eléctrica, devolviéndolo descargado. En tal supuesto, existe evidentemente un perjuicio patrimonial para el propietario del acumulador, ocasionado por la ilícita utilización de cosa ajena de la que el agente no podía disponer, circunstancias éstas que a todas luces integran el delito de apropiación indebida.

La misma calificación merece la hipótesis de ilícita apropiación de gases con valor económico contenidos en bombas o aparatos destinados al efecto.

Ahora bien, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, y dados los términos en que de manera general ha sido resuelto el problema de la ilícita sus-

(36) Vid: R. FUNES. La protección penal de la electricidad. (Separado de la R. de Derecho privado, julio-agosto de 1926), págs. 15 a 36; FRASEATI, L'energia elettrica e il furto. (En supl. de la Riv. Pen. v. VI, pág. 257); GURI, Quale il «nomen juris» della sottrazione dell'energia elettrica? (En Annali di Riv. e Proc. Penale, 1935, pág. 532); SANDULLI, Il furto di energia elettrica e l'aggravante del mezzo fraudolento. (En Giustizia Penale, 1937, segunda, 542); Pueden verse otros trabajos más antiguos, como los de NOTARISTEFANI, BOCELLI, ARCA, FONTANA, CARRETO, LUCCA y otros, citados por GIURIATI en la obra indicada anteriormente, pág. 105.



tracción o utilización del fluido eléctrico por la vigente ley de 10 de marzo de 1941, no cabe invocar la figura de apropiación indebida en la hipótesis planteada de la ilegítima utilización de la carga eléctrica de un acumulador por parte de quien tenga éste en depósito, o en general en virtud de un título que le obligue a devolverlo. En efecto, en el artículo 1.º de esta ley se sanciona el hecho de «instalar aparatos, mecanismos o artificios de cualquiera clase con el fin de utilizar ilícitamente energía eléctrica ajena», y en el siguiente, la conducta del que, «valiéndose de los medios antes mencionados, utilizare ilícitamente energía eléctrica ajena». Pues bien, a la vista de tales tipos, resulta evidente que la ilegítima utilización de la carga eléctrica por parte del detentador de la batería o aparato que la contenga ha de castigarse conforme al segundo de los citados artículos, que en términos tan generales pena la utilización ilícita de energía ajena, sin que sea obstáculo el que dicho artículo segundo hable de que ello ha de ser mediante los artificios a que se refiere el artículo primero, por cuanto para la descarga del acumulador se ha de emplear un medio mecánico que reviste la consideración de tal.

En cuanto a los derechos subjetivos, las expresiones de idea y declaraciones de voluntad es evidente que no son cosas aprehensibles ni susceptibles de tenencia material, no pudiendo en sí mismas ser objeto ni de hurto ni de apropiación indebida, como expresa MANZINI, si bien la tutela penal se ejerce mediante otras figuras de infracción por diferente título. Ahora bien, según añade el mismo autor, las necesidades individuales y sociales han conducido a la materialización de tales entidades abstractas para hacer posible su manifestación por medio más eficaz y duradero que la simple expresión verbal que permita la prueba de su existencia en cualquier momento. Tal medio no es si no la escritura o cualquiera de carácter gráfico por el que la entidad inmaterial viene



fijada permanentemente en una cosa corporal. Esta cosa corporal pierde entonces su valor y adquiere, en cambio, aquel que le comunique el contenido ideal en ella fijado, pudiendo ser objeto de apropiación en cuanto reúne los caracteres de cosa aprehensible y con un valor que no es otro sino el derivado del contenido inmaterial que encierra (37).

Por lo indicado anteriormente, los títulos, tanto al portador como a la orden, pueden ser objeto de hurto y de apropiación indebida cuando la conducta del sujeto consiste en la sustracción o inversión de los mismos en perjuicio ajeno.

b) *Cosa con valor.*

Si bien todos los criterios doctrinales se encuentran acordes al afirmar que la cosa, para poder ser objeto tanto de hurto como de apropiación indebida, ha de estar dotada de un determinado valor, la discrepancia surge al tratar de definir penalmente lo que por valor debe entenderse. No existe dificultad en admitir que dicho valor ha de ser de carácter patrimonial, siendo ello indiscutible y lógica consecuencia del bien jurídico atacado por tales infracciones, que no es otro sino el patrimonio. Ahora bien, la diversidad de opiniones deriva precisamente de la distinta noción que unos y otros escritores dan del patrimonio.

Frente a la opinión de MANZINI, para el cual el concepto de valor patrimonial no corresponde necesariamente al concepto de valor económico, admitiendo la posibilidad de hurto sobre cosas desprovistas de tal valor, la mayoría de los autores afirman el contenido económico de los derechos patrimoniales. Formulando una noción de patrimonio en este sentido, escribe ANGELOTTI

(37) MANZINI. Ob. cit. Parágrafo 238, c).



cómo los bienes de naturaleza no económica en poder de un sujeto económico, no siendo objeto de su economía, no pueden tampoco considerarse elementos de su patrimonio, estimando que el patrimonio en tal sentido está constituido por aquel grupo de bienes que tienen valor económico y por aquellas utilidades que pueden ser reducibles a dinero o de cualquier forma valubles en dinero. Ahora bien, tal posición no implica que como bienes económicos hayan de considerarse exclusivamente los de naturaleza material, que ya por su valor de cambio o por el de uso vengan a satisfacer necesidades de tal índole para la persona que los disfruta o posee, pues junto a los mismos se admite que aquellos otros que proporcionan un goce ideal o espiritual también son, en último extremo, susceptibles de valuación económica, y así expresa BRUCI cómo la paz, la dignidad humana, la tranquilidad del espíritu son también bienes inmateriales pecuniariamente valubles, como todos los otros bienes, aunque no se haya disminuído en un céntimo el patrimonio material de la persona.

Problema debatido también es el de la cuantía del valor que haya de tener la cosa o, lo que es lo mismo, el de si cuando ésta es de mínimo valor, existe la figura de delito contra el patrimonio.

Frente a los que, como ANGELOTTI, afirman que es indiferente la entidad del valor, otros autores rechazan la existencia del delito en los casos en que tal valor es exiguo en extremo. Así piensan GIURIATI y PUGLIA, afirmando que cuando del escaso valor de la cosa se induzca la falta de dolo, el delito no existe, no pudiendo en tales supuestos escindirse la apreciación del valor de la cosa del elemento subjetivo o intención del agente. GIURIATI se pregunta a qué excesos no se llegaría si el derecho de propiedad no fuese susceptible de algunas microscópicas limitaciones, tales como tomar el botánico una florecilla que para él es un tesoro y nada representa para el dueño



del prado del cual se cortó. Análogo sentir es el expresado por MANZINI, al distinguir entre valor «jurídicamente relevante» y valor «jurídicamente irrelevante».

c) *Cosa susceptible de apropiación.*

A diferencia del Derecho privado, en cuanto por el mismo se establece la distinción entre cosas «in commercium» y cosas «extra commercium», para el Derecho penal no tiene la menor trascendencia tal clasificación en cuanto al igual unas que otras pueden ser objeto de los delitos contra el patrimonio. El Derecho privado no permite la propiedad de las cosas «extra commercium»; pero si uno de tales objetos pasa, por virtud de ilícita sustracción o apropiación, a manos de alguna persona, no existe ningún inconveniente en calificar tales conductas de hurto o de apropiación indebida, ya que quien las ejecute adquiere un poder de hecho sobre las cosas.

Dentro de las cosas declaradas fuera de comercio por el Derecho privado, hay que distinguir entre aquellas en que tal declaración obedece a su naturaleza y tan sólo han sido excluidas de la propiedad por su destino. Las primeras, entre las que se encuentran las comunes (aire, agua corriente, el mar), no pueden ser objeto ni de hurto ni de apropiación indebida, porque por su índole resultan inapropiables. Será susceptible de apropiación una determinada cantidad de agua, pero no el cauce en sí mismo ni el mar.

Por el contrario, las cosas que están declaradas fuera del comercio en atención al fin a que están destinadas, pero que, prescindiendo de tal fin, serían apropiables porque su naturaleza lo permite, pueden ser objeto de delito contra el patrimonio, lo mismo que las que se encuentran dentro del tráfico. Ejemplo de estas últimas lo tenemos en las cosas de uso público y en las sagradas. La sustracción o apoderamiento de cosas sagradas, en las



legislaciones que protegen eficazmente la religión con sanciones de tipo penal, el hecho constituiría hurto o apropiación indebida, o bien sacrilegio, según el ánimo del sujeto, pudiendo también darse una de las primeras figuras y el sacrilegio en concurso ideal.

d) *Cosa mueble.*

Expresamente exige el tipo que la cosa apropiada sea mueble.

La interpretación penal del término «cosa mueble» no es coincidente con el concepto de las mismas formulado por el Derecho civil, y ello en un doble sentido, ya que de una parte existen cosas que, siendo inmuebles civilmente, han de considerarse muebles a efectos penales, mientras que de otra, no todas las cosas declaradas muebles por el Derecho civil son susceptibles de hurto o apropiación indebida, como veremos a continuación.

Siendo clásica la distinción de los civilistas dentro de los bienes inmuebles entre los que lo son por naturaleza y aquellos otros que tan sólo vienen a ser declarados tales por incorporación o por destino, vemos que únicamente los primeros quedan excluidos del concepto de hurto o apropiación indebida, mientras que los restantes han de ser estimados penalmente como muebles por poder ser apropiados o sustraídos en el sentido penal de tales expresiones. Así, pues, penalmente hablando, tan sólo son inmuebles las cosas que no pueden ser trasladadas de lugar sin alterar su forma y substancia, es decir, las cosas inmuebles según el concepto exacto de la expresión.

En el artículo 334 del Código civil español se enumeran las cosas inmuebles sin distinguir entre naturaleza, incorporación o destino, y de tal enumeración únicamente escapan a la posibilidad de hurto o apropiación, por ser inmuebles en sentido penal, las definidas en el apartado primero de dicho artículo, o sea «las tierras,



edificios, caminos y construcciones de todo género, adheridas al suelo», ya que las comprendidas en los restantes apartados o son susceptibles de movilización, o son inmuebles tan sólo por incorporación o destino.

En efecto, entre las cosas inmuebles, pero movilizables, se encuentran «los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante del inmueble» (núm. 2.º); «las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanezca unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas» (núm. 8.º); «todo lo que está unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro de su objeto» (número 3.º). Tales cosas, ya sean por naturaleza inmuebles (árboles), ya sean tales porque a un inmueble estén unidas o incorporadas (todas las demás citadas en los apartados anteriormente aludidos), se hacen muebles precisamente en virtud de la acción de hurto o sustracción, por lo que pueden ser objeto de este delito. Tratándose de la apropiación indebida, puede decirse otro tanto, porque tal delito existirá cuando el poseedor, por ejemplo, de una finca ajena disponga indebidamente de alguna cosa que, teniendo la consideración de inmueble por incorporación o destino, deje de serlo por la acción del que se la apropia, al ser separada del inmueble por naturaleza que le comunicaba tal carácter.

En cuanto a las cosas inmuebles por destino comprendidas en los números 4.º y 9.º del citado artículo 334, es evidente su carácter de muebles en sí y en este sentido real es en el que debe tomarse la expresión típica.

Por su especial naturaleza se excluyen, tanto del área del hurto como del de la apropiación indebida, «las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

Mas, por otra parte, mientras pueden ser objeto de



hurto las cosas muebles a que se refiere el artículo 335 del Código civil, no pueden serlo las que tienen también esta consideración de muebles, a tenor del siguiente artículo: «Rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados y los contratos sobre servicios públicos». Únicamente son susceptibles, tanto de hurto como de apropiación indebida, «las cédulas o títulos representativos de préstamos hipotecarios», con los que termina el citado artículo 336 en cuanto en ellos se da la unión del derecho con el documento que lo representa, adquiriendo carácter material, como antes hemos indicado.

En cuanto a los denominados semovientes, ninguna aclaración resulta precisa, ya que los mismos son realmente una especie de los bienes muebles.

La acción

a) *Manifestación de voluntad.*

Hemos venido refiriéndonos hasta ahora a cuál sea el presupuesto del delito de apropiación indebida, o lo que es lo mismo, a la situación de tenencia de la cosa por parte del sujeto, en virtud de cierto título. Pero consistiendo tal delito en el hecho de que el poseedor o detentador de una cosa ajena se la apropie, es cuestión medular de toda la doctrina interpretativa en torno al precepto legal que define este delito, la de determinar precisamente el sentido del término apropiación.

Evidente resulta el significado de la palabra apropiación como acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla. Ahora bien, en tal concepto de la apropiación se descubren dos elementos: de un lado, los actos



materiales realizados por el sujeto y dirigidos a la incorporación de la cosa a su patrimonio, y de otro, un estado de ánimo que consiste en la intención del sujeto de hacer suya la cosa. Sin la concurrencia de ambos elementos, no hay posibilidad de apropiación, pues si la persona que tiene intención de hacer suya la cosa no realiza ningún acto externo en el que aquel deseo plasme, su conducta no pasará de un mero designio, acto puramente volitivo del que no pueden derivar consecuencias jurídicas, y si, por el contrario, ejecuta actos que pudieran considerarse como de apropiación, pero queda probado que su propósito no fué el de hacerse dueño de la cosa, sino otro, compatible con el reconocimiento del propietario, tampoco puede afirmarse que se haya apropiado de ella. A tal respecto dice MANZINI que para que exista el delito es necesario que la apropiación se haya efectivamente verificado, y no ya que parezca posible o probable, y para él «la apropiación de una cosa (independientemente del dolo con que esté o no asociada) resulta no sólo de un hecho o de una serie de hechos materiales de dominio, sino también de una manifestación explícita o implícita de la voluntad de tener la cosa misma como propia». Estimamos, pues, que en el «animus rem sibi habendi» manifestado en algún acto externo, es donde reside la esencia de la apropiación.

Hay algunos actos que por su propia índole no dejan lugar a dudas sobre la existencia del ánimo de apropiación, siendo tales, en general, aquellos por los que el detentador ejercita facultades que son privativas del dueño, como las de disposición. Por ello no existe dificultad en calificar de apropiación indebida la conducta del poseedor de una cosa perteneciente a otra persona que la enajena, bien a título lucrativo, bien a título oneroso.

Pero no son pocos los casos en que el detentador de cosa ajena ejercita sobre la misma un poder del que carece a tenor del título de tenencia, y sin embargo, su con-



ducta deja lugar a dudas en cuanto a si sus actos obedecieron o no al ánimo de apropiarse la cosa, dependiendo precisamente de este último extremo el que su responsabilidad sea tan sólo civil o, por el contrario, se dé el delito de apropiación indebida.

La primera duda surge en el supuesto de que el detentador o poseedor, obligado a la restitución de la cosa, se niegue a verificarlo. Si éste alega algún motivo racional de retención, aunque posteriormente fuese declarado infundado, o bien se trató de negativa referente a cierto plazo, no existirá más que la correspondiente responsabilidad civil. Ahora bien, si la negativa lo es en el sentido de no restituir jamás y no se aleja razón admisible, habrá delito de apropiación indebida, pues una negativa de restitución de tales caracteres es evidentemente reveladora del ánimo de actuar como dueño de la cosa.

Muy discutido ha sido y sigue siendo el problema originado por el uso indebido, dividiéndose los criterios en el grupo de los que sostienen ser ello constitutivo del delito de apropiación, frente a los que niegan que tal hecho sea delictivo.

CARRARA (38) distingue entre el caso en que el uso de la cosa fuese permitido al sujeto en virtud del título de tenencia, consistiendo su conducta en un «exceso de uso», de aquel otro en que del título no resultare autorizada la más mínima facultad de uso. Estima el maestro que en el primer supuesto no hay más que un ilícito civil, mientras que en el segundo existe verdadero delito de apropiación.

También MAGGIORE cree que basta el uso para consumir este delito; mas su razonamiento no puede ser menos afortunado, ya que fundamenta su criterio en el hecho de que «el uso es un modo de ejercitar el dominio», citando como ejemplo de uso el caso del deposita-

(38) CARRARA. Programma. Parágrafo 2.289.



rio que empeña la cosa objeto de depósito (39). Desconoce MAGGIORE que si bien el dominio normalmente supone el uso, no sólo es a título de dominio como pueden usarse las cosas, y en cuanto a que el hecho de dar en prenda sea ejercicio de la facultad de uso como afirma MAGGIORE en su ejemplo, únicamente se ha de oponer que tal criterio supone negar el carácter de verdadero gravamen sobre la cosa, que implica el derecho real de prenda, y que la facultad de gravar es una facultad exclusivamente dominical que encuadra en el área del «ius disponendi» y no en la del «ius utendi». Por tanto, el depositario que empeña la cosa depositada no es que use de ella, sino que dispone, y por esto comete delito de apropiación indebida (40).

Frente a este parecer se niega por la mayoría de los autores modernos el carácter delictuoso del uso indebido, por no ver en dicho uso apropiación de la cosa, si la intención fué solamente la de usar y existe el propósito de restituir, pues este último propósito, como dice BERNER, excluye la apropiación. Del mismo parecer participan, entre otros, GIURIATT, ANGELOTTI y MARCIANO.

Algunos autores que en principio afirman ser delictivo el uso indebido, incurren en evidentes ambigüedades o contradicciones. Así, MANZINI, que por un lado escribe: «Es erróneo afirmar que la apropiación indebida no pueda consistir en el uso de la cosa», en la página siguiente dice: «Es verdad, no obstante, que no es punible la mera apropiación de uso, esto es, el simple abuso de la posesión, mas cuando al uso indebido se asocia la apropiación total o parcial de la cosa, el delito ciertamente existe» (41). Pero entonces lo que cualifica la res-

(39) MAGGIORE. Principii. VII. Pág. 800.

(40) Le induce a error CARRARA probablemente, que en la nota al parágrafo 2.288 habla del hecho de dar en prenda como uso, contradiciéndose en el parágrafo 2.289 al considerar tal acto como de disposición, equiparándolo a vender o consumir la cosa.

(41) MANZINI. Parágrafo 2.656. II.



ponsabilidad criminal no es el uso, sino esa apropiación total o parcial de que habla MANZINI. Más patente aún es la contradicción de SALTELLI y ROMANO DI FALCO, pues admitiendo la apropiación de uso, afirman a continuación que la ley no prevé la misma «porque el elemento esencial de la apropiación indebida es la inversión de la posesión en dominio» (42).

El Código italiano, al sancionar de manera específica el hurto de uso en el artículo 626 número 1.º y guardar silencio en cuanto al uso en la apropiación indebida, viene a proclamar, si bien en forma negativa, la inexistencia del delito de uso indebido, y este criterio se manifiesta expresamente y de forma terminante en las relaciones de APPIANI y del Ministro Guardasellos.

No puede extrañar el que se estime punible, de manera acertada, el hurto de uso, y no se considere delito el uso indebido, ya que en el hurto, si bien se ataca a la propiedad, lo que directamente resulta violado es la posesión, por lo que el que priva a otra persona de la posesión (hurto), aunque no sea más que para servirse momentáneamente de la cosa, ha llegado a violar la misma; en cambio, el que teniendo ya en su poder un objeto se sirve de él indebidamente, no ataca a la posesión, puesto que ya tenía en su mano la cosa, ni a la propiedad, puesto que no se la apropia.

Ahora bien, a la vista de nuestro Código resulta realmente dudosa la determinación de si éste castiga o no el uso indebido, ya que el término «distraer» utilizado por el número 5.º del artículo 523, al decir «se apropiaren o distrajeren», parece referirse precisamente, en opinión de algunos autores españoles, entre otros GROIZARD y CUELLO CALON, al caso en que sin apropiarse de la cosa el poseedor, la use, no estando autorizado para ello. No obstante, mi criterio es que tal uso no debe ser punible,

(42) COMMENTO. V. II, p. II, págs. 1.127 y 1.128.



en atención a las razones anteriormente expuestas, y por ello sería aconsejable suprimir de la definición legal el indicado término «o distrajeren», que origina dificultades y puede conducir al castigo por extensión de lo que en buena técnica tan sólo debe ser objeto de reparación civil.

Fuera de estos casos más o menos discutibles, podemos considerar como actos de apropiación, por revelar ánimo de tal, todos aquellos que caigan dentro del derecho de *disposición*, cuales son los de *enajenar*, *gravar*, *destruir* o *transformar* la cosa. También pueden suponer apropiación los actos de *disfrute*, si bien, la apropiación entonces recaería directamente sobre los frutos, ello por supuesto cuando el título de tenencia no autorice, claro es, a tal disfrute. En cuanto a los *actos de uso*, no suponen, como hemos visto, actos de apropiación de por sí, pero la constituirán cuando estén inspirados por el móvil de no restituir la cosa y usarla como dueño.

Por último, una alusión breve a las palabras con que el número 5.º comentado termina: «...o negaren haberla recibido», y con las que completa el concepto de la acción en el delito a que el precepto se refiere.

El negar haber recibido una cosa que se recibió por un título que obligaba a devolverla supone la apropiación de la misma, y quien así se manifiesta pone de relieve el ánimo de hacer suya la cosa. Existiendo, pues, tal ánimo, exteriorizado por la negativa, el hecho resultaría punible como apropiación indebida, aunque se suprimiese esta expresión, «poco afortunada», como dice GROIZARD, y no habría lugar a sentencias tan técnicamente incorrectas como aquella en la que el Tribunal Supremo calificó de apropiación indebida el hecho de no devolver la cantidad de dinero recibida en préstamo por negar el sujeto haberla recibido (43) y en las que el alto Tribunal no

(43) GROIZARD. V. VI, págs. 607 y sig.



tiene en cuenta que jamás puede cometer este delito el mutuuario, por cuanto el mismo, por virtud del mutuo, hace suya la cosa y siendo así mal puede apropiársela indebidamente, por lo que su responsabilidad debe ser meramente civil.

b) *Resultado*

Expresamente declara la enunciación típica del número 5.º del artículo 523 el carácter de delito de daño de la modalidad definida en la misma, al comenzar por exigir que la apropiación se verifique «en perjuicio de otro». Ello implica tanto como exigir la producción de un daño efectivo, no bastando un daño potencial, que tan sólo daría lugar a un delito de apropiación indebida en grado imperfecto.

El perjuicio a que se refiere el tipo es el de índole exclusivamente patrimonial, y de tal resultado deriva la determinación del sujeto pasivo, que será la persona que sufra de manera directa tal daño, sin que pueda confundirse con la misma aquella que experimente un daño económico indirecto como consecuencia mediata de la acción.

Siendo el perjuicio exigido de índole patrimonial, nos remitimos a cuanto anteriormente quedó expuesto en el apartado dedicado al objeto en referencia al concepto penal del patrimonio.

La exigencia del daño o perjuicio como resultado del delito pone de relieve el carácter material de esta infracción, como destacan ANGELOTTI, MAGGIORE, CRISPIGNI y otros autores en contra de MANZINI, defensor de la índole formal.



LA CULPABILIDAD

a) *Voluntariedad de la acción.*

Como anteriormente quedó dicho al tratar de la acción, la esencia del delito que estudiamos reside en el hecho de la apropiación de la cosa ajena que se detentaba, entendiéndose que existe la misma cuando tal cosa es incorporada al patrimonio del poseedor no propietario, obrando éste de manera intencional.

Cuál sea ese elemento intencional inspirador de la conducta de apropiación es lo que en este lugar ha de determinarse, comenzando por afirmar que cualquier acto que objetivamente constituya apropiación de la cosa no acompañado de la consciencia y voluntariedad del mismo pierde los caracteres de apropiación en sentido penal para dar lugar tan sólo a responsabilidad de tipo civil.

Hemos apuntado dos nociones que siendo las integrantes del dolo en general habrán de ser examinadas en su aplicación a la figura de referencia. Veamos, pues, por separado la *consciencia* y la *voluntariedad* en el delito de indebida apropiación, o lo que es lo mismo, los dos elementos del dolo en tal delito: elemento intelectual y elemento emocional o volitivo (44).

a') *Elemento intelectual.*—Encierra tal elemento la consciencia por parte del sujeto, en primer lugar, de que la cosa que posee es de pertenencia ajena y además de ello de que obra ilegítimamente al apropiársela.

Queda, pues, excluído el delito de apropiación indebida en aquellos casos en que el poseedor de la cosa cree que ésta es de su propiedad.

Igualmente excluye el dolo la creencia de que existe derecho a realizar el acto constitutivo de la apropiación estimando por ello el sujeto que obra legítimamente. Tal

(44) Vid. FERRER SAMA: «El error en Derecho penal», 1941, págs. 11 a 22.



hipótesis puede presentarse bien porque se crea erróneamente que el propietario de la misma consiente en el acto de apropiación, bien porque estime el agente que, por determinadas circunstancias que puedan concurrir, la legislación civil permite el acto constitutivo de la apropiación.

En ambos casos el dolo desaparece por no darse en el sujeto la conciencia de la ilegitimidad de la acción, requisito indispensable para que una conducta pueda ser calificada de dolosa.

En la primera de las indicadas hipótesis, aquella en que se cree en la existencia de la voluntad y consentimiento del propietario, el error arranca del desconocimiento de un hecho. En efecto, es el desconocimiento o conocimiento equivocado de ciertas circunstancias de hecho lo que provoca el que el sujeto crea legítima su conducta, siendo tales circunstancias de hecho aquellas que le han inducido a creer que existía consentimiento del propietario de la cosa.

El caso del que cree obrar con arreglo a la ley civil, proviene del desconocimiento o conocimiento erróneo de la legislación, y los efectos excluyentes de tal error deben admitirse en cuanto no se trata de un error sobre la ley penal, sino de un error que tiene su origen en el desconocimiento de la ley civil (45).

(45) El error de Derecho, cuando éste tiene su origen en el desconocimiento de leyes civiles, ha sido admitido por el Tribunal Supremo español en varias sentencias, entre otras las de 16 de marzo de 1892 y 28 de noviembre de 1906. Igual posición se mantuvo por el Reichsgericht y por escritores de la autoridad de Carrara y Alimena (vid. *Programma*, parag. 259, nota, y *Principii*, I, pág. 453). El Tribunal Supremo español, en sentencia de 14 de noviembre de 1913, declaró que no comete este delito el tesorero de una Sociedad que, al cesar en su cargo, se niega a entregar el líquido existente en caja, apoyando la negativa en la *fundada creencia* de que, debiéndole la Sociedad mayor suma, procedía que ambas fuesen compensadas. Con ello, el T. S. reconoce los efectos excluyentes de un verdadero error de Derecho, cual es aquel en que incurrió el tesorero al estimar que podía retener los fondos de la entidad hasta que le fuesen abonadas las cantidades que ésta le adeudaba.



Un ejemplo de la figura últimamente citada nos ofrece el caso del mandatario que habiendo finalizado el mandato y debiéndosele abonar por el mandante los daños y perjuicios determinados en el artículo 1.729 del Código civil, enajena objetos de la propiedad del último al demorar éste el abono de las cantidades que adeuda al primero.

Conforme el artículo 1.730 del citado Código, tiene el mandatario derecho a retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores, mas ello no supone el derecho a la enajenación de tales objetos, sino tan sólo su retención. Si el mandatario enajena los objetos obrando de buena fe al confundir el derecho de retención establecido por el citado artículo con el derecho a enajenar; la enajenación es abusiva indudablemente desde el punto de vista civil y resulta innegable la obligación de indemnizar al mandante, mas con ella no se perpetra el delito de apropiación indebida, por estar dotado el error concurrente de las características precisas para la exclusión del dolo.

Es claro que no bastará la simple alegación de buena fe por parte del mandatario, sino que, como todo error, habrá de probarse debidamente, apreciando su existencia el juez a base del estudio de las circunstancias de toda índole de las cuales haya de deducirse si, en efecto, obró el sujeto de buena fe.

b') *Elemento emocional o volitivo.*—Con consciencia el agente de que la cosa que posee es de ajena pertenencia y con conocimiento asimismo de que obra sin la voluntad del dueño de la misma y contra derecho, ha de verificarse el acto de apropiación con un determinado ánimo, que es lo que habremos de determinar seguidamente.

Es, a mi modo de ver, inexacto afirmar que el ánimo de la apropiación ha de ser el de constituirse en dueño de la cosa («animus domini», en el sentido estricto de tal expresión), por cuanto si el sujeto ha de conocer, como se



ha dicho, que obra ilegítimamente, tal conocimiento resulta incompatible con la creencia de que con la apropiación haya de convertirse en dueño de la cosa.

Indudablemente es más correcto técnicamente decir que la intención del sujeto respecto a la cosa ha de ser la de obrar sobre ella como si fuese su dueño o, lo que es lo mismo, afirmar que el ánimo característico de la apropiación indebida no es otro sino el «animus rem sibi habendi».

b) *Animo de lucro.*

A más de lo anteriormente indicado, es preciso para que exista el delito de apropiación indebida que el sujeto obre con ánimo de lucro, siendo innecesaria toda insistencia sobre esta afirmación, ya que, aunque el tipo legal no lo consagre de manera expresa como en otros delitos contra la propiedad, tal elemento es de esencia a toda clase de defraudaciones, habiéndose ello reconocido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia.

Dos posiciones distintas hallamos entre los escritores sobre la interpretación del ánimo de lucro a las cuales hemos de referirnos.

Para CARRARA (46), MANZINI (47), GIURIATI (48), MAGGIORE (49) y otros, con tal fórmula se designa el dolo especial exigido en el delito. Distingue CARRARA, a propósito del hurto, junto al ánimo de tomar la cosa el de lucrarse con la misma, considerando la intención de procurarse un gozo o placer cualquiera con el uso de la cosa como el dolo específico de este delito. Para esta teoría son conceptos distintos la intención de sustraer el objeto (o apropiárselo tratándose del delito de apropiación inde-

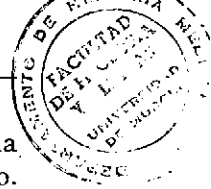
(46) CARRARA: «Programma», paragrafo 2.035.

(47) MANZINI: «Trattato», paragrafo 2.551.

(48) GIURIATI: «Trattato» cit., págs. 151-152.

(49) MAGGIORE: «Principii», v. II, págs. 134-135.





bida) y el ánimo de lucrarse, representando el primero la noción de dolo genérico y el segundo el dolo específico.

Frente a los autores citados, otros, como PESSINA (50); sostienen que el «affectus furandi» o «lucri faciendi causa» no consiste en el hecho de querer el sujeto obtener un lucro material de la cosa, sino en el «animus rem sibi habendi» (51). También CHAUVEAU y HELIE, refiriéndose al Código francés y a propósito del delito de hurto, niegan que el ánimo de lucro pueda considerarse carácter esencial de este delito, pues el elemento específico del mismo no es sino la intención fraudulenta consistente en la voluntad de perjudicar independientemente del ánimo de provecho (52), argumentación ésta que pudiera ser admisible como interpretativa del artículo 379 del Código penal francés, ya que éste no recoge expresamente el ánimo de lucro como carácter del hurto, pero que carece de valor en referencia a otras legislaciones.

No obstante guardar silencio la fórmula típica del número 5.º del artículo 523 respecto al ánimo de lucro, silencio que pudiera dar lugar a que nos inclinásemos por la citada posición de los indicados autores franceses, consideramos plenamente acertada la doctrina de CARRARA expuesta en primer lugar, no sólo porque responde al sentido tradicional, sino porque el ánimo o causa del obrar es lo que distingue sobre sólidas bases al hurto, apropiación indebida e infracciones afines, de otras contra la propiedad caracterizadas por el ánimo de causar daño a otro. Buena prueba de ello es que el mismo PESSINA, no obstante el criterio aludido, se ve obligado a calificar como delito de daños y no de hurto el caso del que toma una cosa ajena con ánimo de destruirla (53). La afirmación de que el delito se consuma con el «animus rem sibi habendi»

(50) PESSINA: «Elementi», paragrafos 90 y 102.

(51) En análogo sentido BERNER, «Tratado», traduc. italiana 1887, pá. 441.

(52) CHAUVEAU y HELIE: «Théorie», vol. III.

(53) PESSINA: «Principii», pág. 214.



no es incompatible ni mucho menos con el hecho de admitir el ánimo de lucro como elemento indispensable del delito, toda vez que precisamente éste se caracteriza porque al apropiarse el sujeto las cosas lo hace obrando como si fuera dueño de ellas para lucrarse con tal acción.

Así considerado el ánimo de lucro como constitutivo del dolo específico de la apropiación indebida, hemos de ver cuál es el contenido de tal expresión.

Según CARRARA, la idea de lucro no debe reducirse al enriquecimiento material, sino que tal ánimo comprende «la intención de procurarse un goce o placer cualquiera con el uso de la cosa ajena» (54). Queda con ello señalada exactamente la amplitud que en sentido penal debe darse a la noción de lucro, de tal manera que éste puede consistir en otra satisfacción que no sea el propio enriquecimiento, como el morfínmano que se apropia del tóxico por el placer de aplicárselo. Mas es esencial que el goce deseado se espere del disfrute de la cosa, bien de la tenencia de la misma, bien mediante la disposición de ella a cualquier título. Cuando el goce deseado proviene tan sólo como consecuencia indirecta de la apropiación no existe delito contra la propiedad. MANZINI cita como ejemplos de este fenómeno los casos del que roba para hacerse encarcelar o el que lo hace para ser expulsado del cuerpo en que prestaba sus servicios, y refiriéndose a los mismos expresa cómo el provecho que espera el sujeto «no proviene inmediatamente de la posesión de la cosa sustraída, sino mediatamente del hecho ilícito que él ha cometido, a menos que, matando dos pájaros de un tiro, se apropie de la cosa», y añade: «si se hace sorprender voluntariamente en el hecho, comete una simulación de hurto, mas no un hurto, y si destruye o pierde la cosa misma es reo de daños, pero no es ladrón.

(54) CARRARA: «Programma», parag. 2.035. Análogamente MANZINI en «Trattato», parag. 2.551.



En los casos en que la cosa se hubiera sustraída, no con ánimo de lucro, sino con el de perjudicar al dueño, el delito cometido no es el de hurto, sino el de daños, lo cual se ofrece sin duda cuando tal ánimo de perjudicar fué el único que impulsó al autor. Mas ello no es así en todas las hipótesis en que la cosa ha sido apropiada para su destrucción, porque puede ocurrir que dicha destrucción no haya sido sino un medio de proporcionarse un goce el sujeto, como en el ejemplo propuesto por MANZINI del que tomare leña o libros ajenos para arrojarlos al fuego y condimentar comida o calentarse. En tales supuestos debe afirmarse la existencia de hurto, si han sido sustraídos, o de apropiación indebida, si el sujeto tenía ya en su poder tales cosas, y no de daños, por cuanto la intención fué la de obtener un beneficio con la cosa sustraída. Y es que, como afirma el mismo autor, para que la destrucción de la cosa pueda constituir un delito de daños es necesario que tal daño sea fin en sí mismo, y señala cómo no se debe confundir el hecho de un daño que puede muy bien acompañar al hurto (o a la apropiación) con el exclusivo fin de dañar.

Lo que es preciso tener en cuenta para evitar posibles equívocos es que, si bien la intención de perjudicar característica del delito de daños supone en el sujeto cierto ánimo de beneficio o goce—el que proporciona la venganza o placer de causar un mal a un enemigo—y en tal sentido pudiera considerarse como ánimo de lucro, dada la amplitud con que hemos visto interpretada dicha expresión, como quiera que tal ánimo específico de perjudicar ha sido la base subjetiva sobre la que el legislador ha configurado el delito de daños, el repetido ánimo de perjudicar es la única intención que, consistiendo en un goce, debe considerarse excluída del amplio campo del ánimo de lucro como dolo especial del hurto.

Precisa es también la distinción entre el ánimo de lucro como móvil próximo y los remotos móviles inspiradores



del obrar, por cuanto el hurto subsiste independientemente de estos últimos, y aunque tales fines remotos hayan sido de índole moral e incluso altruísta. Una intención más o menos elevada, como la artística o la amorosa, que en sí son plenamente morales, pueden dar lugar a un delito de hurto cuando el deseo de experimentar un goce es la causa del apoderamiento de un cuadro ajeno o de un objeto perteneciente a la mujer amada, con fines contemplativos o de recuerdo, respectivamente. Los móviles mediatos podrán tenerse en cuenta tan sólo como criterio justificativo de una atenuación o agravación, si los mismos fundamentan una circunstancia modificativa de la responsabilidad acogida por la ley, pero nunca excluir el ánimo de lucro. Únicamente puede ofrecer duda el caso de hurto necesario que a tanta discusión ha dado lugar. Mas, con respecto a tal supuesto, cuando el estado sea de verdadera necesidad y, por tanto, pueda eximir de responsabilidad, tal exención obedecerá a razones ajenas al ánimo de lucro, cuales son la situación anímica especialísima originada por la extrema necesidad —para los autores que fundamentan la eximente en razones subjetivas— o la legitimidad del acto que anula la antijuricidad para los que estiman el estado de necesidad como una justificante. Así, pues, según sea una u otra la fundamentación de esta posible eximente, el móvil de satisfacer una perentoria necesidad eliminará, ora las condiciones de imputabilidad en el sujeto, con lo cual falta el presupuesto de la culpabilidad, ora la antijuricidad del acto; mas tanto en un caso como en otro, la cuestión no afecta directamente al dolo específico o ánimo de lucro.

El lucro expresado ha de ser ilícito, y no lo es cuando el sujeto obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho.

Problema de gran dificultad en su solución es el constituido por la prueba del ánimo de lucro. Planteada la



cuestión sobre la base de que tal ánimo expresa específicamente de la apropiación indebida, surge inmediatamente la siguiente duda: la presunción «*juris tantum*» de existencia de dolo establecida por el párrafo 2.º del artículo 1.º de nuestro Código, ¿es extensiva a aquellos casos en que se exige un dolo específico, o, por el contrario, dicha presunción sólo se refiere a la voluntariedad genérica de todos los delitos? Estimamos que tal presunción se refiere no solamente al dolo genérico, sino también al específico, y ello aun en los tipos en que como en el de hurto, el legislador ha exigido de manera expresa el ánimo de lucro. El pedir en cada caso concreto la prueba de tal estado anímico equivaldría a renunciar al castigo de la mayoría de los casos de hurto y delitos afines, razón por la cual la jurisprudencia, tanto española (55) como extranjera, se ha pronunciado en el sentido de que el ánimo de lucro se presume mientras no conste lo contrario, siendo éste el parecer también mantenido por prestigiosos autores (56).

Mas la doctrina de la presunción tiene su base no sólo en el aludido argumento de carácter práctico, sino también en razonamientos de la más pura técnica e indiscutible lógica. En efecto, recapacitando en torno a los principios inspiradores de la presunción de dolo exigida por el artículo 1.º, vemos que la misma obedece al reconocimiento de una regla general, cual es la de que los delitos, en su inmensa mayoría, se cometen voluntariamente. Siendo así, y teniendo en cuenta que también respecto al ánimo de lucro debe estimarse como regla general la de que éste es el móvil de la mayoría de las apropiaciones de cosas ajenas, llegamos a la conclusión de que dicho ánimo sólo deberá desecharse cuando el

(55) Sentencias del Tribunal Supremo español de 15 de noviembre de 1894, 10 de marzo de 1904, 30 de junio de 1906, 28 de noviembre de 1910 y 4 de febrero de 1929, entre otras.

(56) MANZINI: Obra y lugar citados.



sujeto pruebe la excepción, o sea que ha sido otro el motivo del apoderamiento.

APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA

Como acertadamente dijo GROIZARD (57), los legisladores de 1870 no estuvieron acertados al incluir la figura de delito que hoy recoge el artículo 505 del vigente Código penal en su segundo apartado en el capítulo dedicado al hurto, ya que son profundas las diferencias que existen entre este delito y la apropiación de cosa perdida, según hemos de ver en páginas sucesivas (58).

Los modernos Códigos sancionan esta última como modalidad del de apropiación indebida, siendo ésta su verdadera naturaleza.

La descripción típica de la modalidad en estudio está concebida en los siguientes términos: «Los que encontrándose una cosa perdida y sabiendo quién es su dueño se la apropiaren con intención de lucro» (59).

(57) GROIZARD: «El Código penal comentado y concordado», t. VI, p. 308.

(58) Ya en la primera mitad del pasado siglo se señalaba por SCHENK la impropiedad que constituye aplicar al apoderamiento de cosa perdida la denominación de hurto: «el nombre de hurto de cosa encontrada—dice—que se puede explicar tan sólo históricamente en virtud de la relación comparativa de la penalidad de este delito con la del hurto, no solamente constituye una calificación sumamente impropia, sino también absurda y peligrosísima en la práctica». («Dissert. intorno all'idea ed all'essenza del furto di cosa trovata. In Scritti germanici del Merit», v. III, págs. 299 y sigs.)

(59) No tiene en nuestro Código penal la figura que vamos a estudiar el carácter que en otras legislaciones se la ha atribuido, pues mientras en el Código italiano, por ejemplo, la apropiación de cosa perdida (art. 647) es un delito distinto del de hurto, siendo calificado de apropiación indebida y señalándolo pena menor a la del hurto, en el nuestro el delito es encuadrado en el capítulo de hurto, como verdadera modalidad del mismo y castigado con idéntica pena que la del hurto común del número 1.º del mismo art. 505. A primera vista puede pensarse que tal modalidad resultaba, pues, innecesaria, ya que la conducta del que, con ánimo de lucro, se apropiare de una cosa sabiendo quién fuere su dueño siempre sería castigada con la misma pena a tenor del número 1.º del art. 505 como autor de hurto común. No obstante, la figura del número 2.º tiene su razón de ser: primero, en el he-



PRESUPUESTO DEL DELITO

El presupuesto del tipo de hurto propio definido en el número 1.º del artículo 505 de nuestro Código penal consiste en la existencia de una cosa en la esfera de posesión de alguna persona, viniendo la conducta delictiva a violar tal estado posesorio al sustraer el sujeto la cosa de las manos de quien la detentaba.

Por el contrario, el presupuesto básico del tipo que ahora estudiamos supone la existencia de una cosa que no encontrándose en la posesión material de nadie sigue, no obstante, perteneciendo a algún sujeto. Por ello, entre una y otra modalidad existe la diferencia fundamental de que mientras con el hurto propio se sustrae la cosa a la esfera de posesión del que la tenía al mismo tiempo que tal cosa pasa a la esfera de posesión del culpable, en el hurto impropio del número 2.º no se sustrae la cosa a esfera de posesión alguna, puesto que cuando se toma la misma ésta no tenía materialmente poseedor, y, por otra parte, no se consuma el delito con el hecho de aprehender el sujeto la cosa, sino tan sólo cuando se la apropia, conceptos éstos que en el tipo que estudiamos deben ser diferenciados debidamente, como veremos en otro lugar.

clio de que el hurto propio supone la sustracción de una cosa a la persona que la detentaba, mientras en la apropiación de cosa perdida ésta, en el momento en que es tomada, carece de poseedor, aunque tenga dueño; segundo, en qué mientras en el hurto propio se da la consumación con el solo hecho de tomarse la cosa, el impropio al que nos referimos no se consuma, como veremos, sino con el apoderamiento, lo cual tiene gran importancia en algunos casos, como en el del sujeto que tomase una cosa perdida con intención de devolverla y se viese acusado de hurto. En tal supuesto, si no existiese el número 2.º, el acusado tendría que demostrar para ser absuelto del hurto propio que no obró con ánimo de lucro, cuestión de difícil prueba, mientras que al existir este apartado 2.º de un lado, se desecha el hurto propio, por estar patente que el número 1.º se refiere a los casos en que se ha desplazado a otro en la posesión de la cosa, desplazamiento que en la hipótesis citada no existe al tratarse de cosa perdida y de otro no cabe castigar al ocupante como autor de hurto impropio o apoderamiento de cosa perdida, ya que tomó la cosa mas sin apropiársela.



Cuando la cosa se encuentra fuera de toda esfera de posesión es cuando surge, pues, el concepto de cosa perdida como objeto material del delito que comentamos.

a) *Concepto de cosa perdida.*

La noción de cosa perdida ha venido dando lugar a controversias doctrinales. MANZINI (60), tras de exponer su criterio, al que más tarde dedicaremos la atención que merece, critica las distintas opiniones sostenidas, comenzando por referirse a las de SAVIGNY y OLSHAUSEN, según los cuales existirá cosa perdida cuando la misma viene a encontrarse en lugar ignorado o inaccesible al poseedor.

Al decir de MANZINI, la inaccesibilidad del lugar no siempre supone la pérdida de la posesión (como, por ejemplo, cuando la cosa queda en la esfera de custodia del poseedor a la cual éste no puede acercarse por estar fugitivo ante un peligro, una invasión enemiga, etc.), ya que el ejercicio de la misma puede continuarse por medio de mandatarios o sustitutos. Por otra parte, aun en aquellos casos en que, a causa de la inaccesibilidad del lugar, pueda tenerse por perdida la posesión material, tal pérdida puede no derivarse de extravío, sino de una causa violenta o coactiva. Tampoco la ignorancia del lugar es criterio decisivo, porque muy bien se puede saber en qué lugar ha sido extraviada y deba encontrarse la cosa (v. gr.: en un bosque, en un jardín o en un tren), y, sin embargo, tener la consideración de perdida, sobre todo a efectos del delito que analizamos, ello en opinión de MANZINI.

Por las mismas razones es censurado por el mismo autor el criterio de SCHUTZE, para el cual es perdida la cosa cuando ha salido de la custodia del poseedor de modo que éste ignore dónde se encuentra, viniendo a distinguir

(60) MANZINI: «Trattato». Paragf. 2.543, I, nota 1.



de la cosa perdida la cosa escondida. También CARRARA critica desfavorablemente este pensar en cuanto es posible que una cosa no extraviada por el poseedor, sino escondida o dejada en un lugar de propósito, tenga la consideración de perdida si alguien se la encuentra en tal sitio y la toma (61).

Para HAELSCHNER, la cosa perdida cuando el actual poseedor no tiene la posibilidad de disponer, bien porque ignore el lugar donde se encuentra, bien porque haya venido a ser duraderamente irrecuperable. Además, de cuanto se ha expuesto sobre la ignorancia del lugar, expresa MANZINI la posibilidad de que una cosa sea por cierto tiempo irrecuperable sin que se haya perdido su posesión. Mas, a mi modo de ver, la crítica que puede hacerse a la opinión de HAELSCHNER es la de que considera perdida la cosa cuando el poseedor no puede disponer de ella, siendo así que en un gran número de casos el poseedor no puede ni materialmente siquiera disponer de la cosa y, no obstante, nadie podría decir que se trate de cosa perdida, pudiendo servir de ejemplo el caso de aquellos objetos que quedan en la casa al ser evacuada por sus moradores en circunstancias de guerra; quien se apodera de los mismos cometería el delito de hurto propio y no el del número 2.º del art. 505, precisamente porque la cosa no tiene la consideración de perdida, no obstante ser irrecuperable para su poseedor durante el tiempo que transcurra hasta permitírsele el acceso a la zona evacuada.

Los criterios expuestos son rechazados por CARRARA en cuanto suponen el intento de formular objetivamente una noción que sólo puede ser dada, según él, a base de un criterio subjetivo. Y desde este terreno de lo subjetivo se expresa: «Cuando existe justa creencia de tomar una

(61) Una joven, para dar una señal amorosa convenida, esconde sus guantes en un rosal de un jardín público, siendo recogidos por un ladrón en lugar de serlo por el amante («Programma». Paragf. 2.400).



cosa perdida no podrá jamás imputarse un hurto propio. A ello se adapta perfectamente—sigue diciendo—a la teoría del error de hecho recaído sobre las circunstancias. Quien mata al propio padre creyéndole un extraño es imputado de homicidio y no de parricidio; quien se apropia de una cosa que encuentra al descubierto creyéndola perdida, no puede ser imputado de hurto propio» (62).

Un ejemplo cita CARRARA en apoyo de su tesis: «Un ciudadano íntegro ve un objeto en la calle y lo recoge, porque lo cree perdido, con la buena intención de dar cuenta del hallazgo y conservárselo al propietario; mas, antes de que tal caballero haya podido comunicar el encuentro, el propietario le detiene y, no satisfecho con recuperar el objeto que le es inmediatamente restituído, se querrela por hurto.» El criterio de CARRARA sobre tal hipótesis es el siguiente: «Si se niega el carácter de cosa perdida a aquel objeto porque el propietario dice que se acordaba de haberlo perdido allí o porque diga que allí lo había escondido, el hurto es consumado con tomar (la cosa) y es preciso aplicarle la pena. Para evitar esto—sigue diciendo—, el único medio es el juzgar al acusado de hurto con el criterio subjetivo, y así, al no haber apropiación, se le podrá absolver, declarando haber existido justa razón para creer la cosa pérdida.»

Es cierto que en este ejemplo podría alegarse que ninguna responsabilidad habría de existir para el sujeto autor de la conducta a que el mismo se refiere, ya que se da por hecho que no existió ánimo de lucro; mas la citada hipótesis de CARRARA viene a ser resuelta por el maestro con miras de índole práctica, ante la dificultad real de probar la inexistencia del ánimo de lucro.

Refirámonos ahora a la posición de MANZINI, crítico,

(62) CARRARA: «Programm». Paragf. 2.400. En igual dirección subjetiva se expresa Alpi (Appropriazione indebita e furto de cose trovate che non siano tesoro. En Supplemento Riv. Pen., I, 257).



como hemos visto, de las anteriores doctrinas. Como cosas perdidas considera tan ilustre comentarista «las cosas muebles que permaneciendo en propiedad de alguna persona han salido de la esfera de poder del poseedor sin la voluntad del mismo, las cuales no han encontrado aún otro poseedor y están en condición de no poderse recuperar sin cierta búsqueda y de ser tomadas por cualquiera sin necesidad de violar custodia alguna» (63).

Comparando tal definición con los criterios doctrinales antes expuestos y con los reparos que MANZINI opone a los mismos, se observa cómo, junto a tales censuras, viene a aceptarse por el autor la argumentación de la mayoría de las opiniones censuradas, con la diferencia de que MANZINI exige en su definición una concurrencia de condiciones que si bien se encuentran dispersas en las varias doctrinas anteriores, es lo cierto que cada una de ellas por separado resulta incompleta. En este sentido es en el que MANZINI estima precisa su definición, en cuanto tiene en cuenta todos los elementos integrantes del concepto de cosa perdida.

Tras el indicado concepto completo de cosa perdida, el mismo autor acude a la distinción entre cosas perdidas en sentido *absoluto* y cosas perdidas en sentido tan sólo *relativo*. Son las primeras aquellas que se encuentran en tales condiciones que queda excluida toda duda sobre su actual independencia de la posesión de persona alguna. La cualidad de cosa perdida es tan sólo relativa cuando las condiciones en que la misma se halla son tales que hacen

(63) Igualmente SALTELLI-ROMANO DI FALCO (ob. cit., pág. 1.129), así como ANGELOTTI, que considera la pérdida de una cosa como «aquel hecho involuntario por el cual el poseedor de la misma, ignorando su suerte, no se encuentra en condiciones de poder ejercitar su potestad de hecho sobre ella en conformidad con el título o la causa por la cual posee». El mismo autor señala cómo han de influir en la apreciación del concepto de cosa perdida los usos, las costumbres, el destino y la naturaleza de la cosa, la conciencia social, la experiencia y muy especialmente la apreciación histórico-social del momento (Vid. «Trattato de Folriani», pág. 583, y «La appropriazione indebita», págs. 354 y sigs.).



presumir racionalmente a quien la encuentra que sea perdida, cuando efectivamente no lo es.

A base de tal distinción, viene MANZINI a formular los criterios a seguir en el siguiente sentido:

Si la cosa es absolutamente perdida, el hurto en sentido propio no es posible jamás, aunque la persona que se posesionó de la cosa la crea fuera de toda posesión.

Si la cosa evidentemente no es perdida, porque manifiestamente se encuentre en posesión de alguien, aunque éste no sea el legítimo poseedor (como cuando haya sido dejada en la esfera de vigilancia o custodia de un tercero), el que se aduzca por el agente que la creía perdida no tiene ningún valor y es plenamente imputable el delito de hurto (común).

Por último, si la cosa, no siendo realmente perdida, se encuentra en *condición equívoca*, se debe aplicar el indicado criterio subjetivo, a tenor del cual habrá hurto (común) cuando no resulte que el imputado, por racionales motivos, creyese posesionarse de una cosa efectivamente perdida, y apropiación de cosa perdida (hurto impropio de nuestro Código) en los otros casos.

De todo ello resulta que MANZINI viene a admitir el criterio subjetivo de CARRARA anteriormente expuesto, ya que la nota de relatividad en las cosas que se hallan en situación equívoca se basa en el error en que se encuentra el sujeto tomándolas como perdidas sin serlo realmente.

Haciendo aplicación de esta última doctrina a nuestro Código veremos cómo cuando un sujeto, creyendo perdida una cosa, se la apropia con intención de lucro, sabiendo quién es su dueño y no siendo ésta realmente perdida, no será responsable de hurto propio, sino del impropio del delito del número 2.º del artículo 505. El considerar la noción de cosa perdida desde este punto de vista subjetivo es una necesidad impuesta por ser preciso evitar la impunidad del caso aludido del que se apropia de una cosa que cree perdida sin serlo. En efecto,



en tal supuesto, de seguir el criterio objetivo nos encontraríamos con que el autor no sería responsable ni de hurto propio, porque estimaba la cosa perdida y no creía sacarla de la posesión de otro, requisito éste esencial a la figura del número 1.º del artículo 505, como lo acredita el hecho de sancionar en el número 2.º la apropiación de cosa perdida, ni esta última figura, porque la cosa realmente no se encontraba en dicha situación y faltaría, por tanto, un elemento del tipo.

Como se desprende de cuanto queda expuesto, nota característica de la cosa perdida es la de que ésta tenga dueño, lo cual diferencia a la misma de la cosa abandonada y en general de la «es nullius». Por dueño, a este respecto, debe entenderse ya el propietario, en el sentido estricto de la palabra, ya la persona que tenga derecho a obtener la posesión del objeto perdido, por cualquier título.

Especial consideración del tesoro oculto.—En cuanto al tesoro oculto, así como otros Códigos hacen expresa declaración (64), el nuestro nada dice específicamente, silenció éste por parte de nuestra legislación penal que hace aún de mayor interés el tratar del punto indicado a base, claro es, de los preceptos del Código civil referentes a la reglamentación de la materia.

Según el artículo 352 del Código últimamente citado, por tesoro oculto debe entenderse «el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste», viniendo el anterior artículo a establecer las normas sobre las que se ha de configurar la relación de pertenencia de dicho tesoro al tenor siguiente: como regla general, la de que «el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare», no obstante lo cual, «cuando fuere hecho el descubrimiento en

(64) «El que habiendo encontrado un tesoro se apropia en todo o en parte la parte correspondiente al propietario del fundo» (art. 647 núm. 2.º).



propiedad ajena o del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor».

Las citadas reglas excluyen la posibilidad de considerar el tesoro oculto como «res nullius», toda vez que en las distintas hipótesis previstas en la legislación civil la pertenencia del tesoro viene a ser atribuida a determinados sujetos, planteándose el problema penal en los casos de ilegítima apropiación de tales cosas de ajena pertenencia, y debiendo distinguirse varios supuestos dentro del caso en que un tesoro haya sido descubierto por una persona en terreno de ajena pertenencia, que es el que ofrece interés en este lugar:

Tesoro descubierto casualmente.—Conforme ha sido indicado, el Código civil concede la pertenencia del tesoro por mitad al dueño del terreno y al descubridor, de donde viene a dimanar la ilicitud de apropiación del total, tanto cuando ésta sea por parte del dueño del terreno como cuando sea autor de la misma el descubridor. Ahora bien, con el hecho de proclamar la ilicitud de la apropiación no queda resuelto el problema originado por las hipótesis que consideramos desde el punto de vista penal y concretamente respecto a su tipificación en los preceptos de nuestro Código vigente, siendo necesario estudiar la verdadera situación jurídica de las cosas constitutivas del tesoro con relación a las personas a quienes ellas son atribuidas por la ley civil. Al decir el artículo 351 citado que el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare y completar esta declaración con la del párrafo segundo del mismo artículo, que al referirse al caso de descubrimiento casual prescribe cómo la mitad se aplicará al descubridor, queda verdaderamente establecida una figura de condominio que pertenecerá en tanto como la cosa no haya sido objeto de división en cualquiera de las formas jurídicas en que la misma puede verificarse. Como expresa ANGELOTTI, si el hallazgo es fortuito y tiene lugar por parte de terceros, surge entre el descubridor y el pro-



pietario del fondo en que el tesoro ha sido descubierto un condominio que tiene su causa y origen en el hallazgo y cada uno de los condóminos llega a ser propietario «pro indiviso» de su cuota, que está representada por la mitad del tesoro; por lo cual, el descubridor y el propietario vienen a encontrarse en idéntica posición de condóminos. Ahora bien—sigue diciendo el mismo escritor, el descubridor, por el hecho del descubrimiento, e inmediatamente después de la toma de posesión, viene a ser poseedor de la cosa encontrada, y por consiguiente tal posesionamiento tiene su origen en una «justa causa» que cualifica la posesión como una «justa posesio», por efecto del descubrimiento fortuito. En consecuencia, termina ANGELOTTI, que conforme a la ley surge un estado de hecho y de derecho en el cual el descubridor viene a asumir la misma posición del condómino poseedor de la cosa común (65).

De las anteriores consideraciones se deriva el criterio con el que habrán de encontrar adecuada solución las hipótesis que pueden presentarse dentro del caso propuesto referentes a la apropiación de la cosa encontrada en su totalidad, bien por parte del descubridor bien por parte del dueño del terreno. Si descubierto un tesoro éste queda en manos del descubridor, con conocimiento por parte del dueño de la finca, y aquél, a quien como hemos visto corresponde tan sólo la mitad, se apropia del todo, el delito perpetrado no es otro sino el de apropiación indebida común, y lo mismo cabe decir del supuesto contrario en que sea el dueño de la finca el que, en iguales condiciones, se apropie de la totalidad del tesoro. Mas existe la posibilidad de que una persona descubra un tesoro en terreno ajeno y se apropie de todo él sin que del hecho del descubrimiento tenga noticia el dueño del terreno, hipótesis ésta la más frecuente de cuantas pueden presentarse, y que a mi modo de ver debe ser encuadrada en el nú-

(65) ANGELOTTI: «Delitti contro il patrimonio», pág. 588.



mero 2.º del artículo 505, por cuanto la cosa tomada debe estimarse como cosa perdida. Tal criterio ha sido el de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español (sentencias de 13 de mayo de 1896, 5 de julio de 1901 y 8 de julio de 1919, entre otras, estimándose que debe ser penado el hecho en atención al valor de la mitad de los objetos hallados).

En contra de la anterior doctrina se manifestó GROIZARD, para el cual el tesoro oculto «desde el punto de vista de los principios es una verdadera «res nullius». Erigir en delito, y en delito perseguible de oficio, el hecho de apropiarse en su totalidad quien hizo el hallazgo, el dinero o las alhajas, siendo como son desconocidos los dueños que legítimamente las adquirieron, las transmitieron o las ocultaron o las poseyeron, nos parece demasiado rigor», dice (66). Tal razonamiento de GROIZARD no resulta admisible por cuanto, independientemente de si es acorde o no con los principios de que él habla, el hecho de que sobre el tesoro se reconozca al propietario del terreno un derecho, es lo cierto que la legislación civil crea un evidente derecho patrimonial al disponer que la mitad del mismo pertenece al dueño del terreno, y ello es lo suficiente para que hablando en términos de derecho positivo tengamos que concluir considerando como infracción penal el hecho de apoderarse del tesoro por entero el descubridor, ya que en su mitad es de pertenencia ajena, siempre, naturalmente, que concurren los demás requisitos para poder configurar el tipo de apoderamiento de cosa perdida.

Tampoco es aceptable el criterio de GROIZARD en cuanto considera la declaración de pertenencia de la mitad del tesoro a favor del dueño del terreno como una ficción jurídica, en cuanto con el mismo se desconoce la naturaleza de la adquisición de tal derecho, que no obedece sino a

(66) GROIZARD: Ob. cit., t. VI, págs. 313 y sigts.



las normas que rigen el fenómeno de la accesión. En efecto, como dice CASTAN refiriéndose a la participación que sobre el tesoro oculto tienen el inventor y el propietario del fundo, «al primero se atribuye una participación en el tesoro por derecho de «ocupación»; al segundo por título de «accesión». El hecho de que el artículo 352 del Código civil exija en la definición de tesoro que no conste la legítima pertenencia del mismo no niega la declaración de pertenencia que establece el artículo anterior, y así, una vez verificada la invención, el tesoro tiene sus dueños, cuales son el inventor y el propietario del terreno en que fué hallado, por mitad.

También es equivocado el parecer de GROIZARD en cuanto mantiene que la cosa no es ajena por el hecho de ignorar el propietario del fundo la existencia del tesoro, siendo su pertenencia legítima desconocida, por cuanto, como acertadamente expresa MANZINI, la ignorancia del propietario sobre la existencia del tesoro en el propio fundo no excluye la realidad de la posesión, porque cuando se posee conscientemente el continente se posee también necesariamente el contenido, aunque se ignore su existencia.

Considerando, pues, que el inventor que se apropia de la totalidad del tesoro comete el delito del número 2.º del artículo 505 del Código penal, es preciso tener en cuenta que esta figura quedará excluída por falta de dolo cuando el total apoderamiento tenga su causa en el hecho de creer el inventor que le corresponde por entero el tesoro, pues en tal supuesto nos encontramos en presencia de un error de derecho que arranca del desconocimiento de leyes civiles y que con valor excluyente ha sido admitido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 16 de marzo de 1892, 28 de noviembre de 1906 y 7 de febrero de 1899, entre otras). Por el alto Tribunal se considera que cuando la total apropiación fué debida a que el descubridor, a causa de su rusticidad, se hallaba en la



explicable creencia de que en su totalidad debía corresponderle lo hallado, la ausencia de malicia excluye el delito.

Tesoro descubierto en virtud de trabajos practicados al efecto.—Al no ser casual el hallazgo, el tesoro pertenece por entero al propietario del fundo en que se hallare. Deben distinguirse dos hipótesis:

Tesoro hallado por encargo del propietario: La persona que habiendo recibido el encargo por parte del propietario de una finca de practicar en la misma los trabajos conducentes al hallazgo del tesoro se apropie de él, comete el delito de apoderamiento de cosa perdida del número 2.º del artículo 505, con la agravante específica de abuso de confianza. Pudiera creerse a primera vista que el delito fuera el de apropiación indebida común (número 5.º del 523), más esta calificación se desecha tan pronto como se recapacita sobre el hecho de que el descubridor no recibió encargo del propietario de tener la cosa, sino tan sólo de encontrar el tesoro, por lo cual si toma el mismo, con ánimo de apropiárselo, tomó evidentemente una cosa ajena con las características de aquella otra infracción.

Hallazgo por un tercero en virtud de propia iniciativa: Como quiera que en tal caso la ley civil no concede al descubridor ningún derecho sobre el tesoro, perteneciendo éste por entero al propietario del fundo, la apropiación por el inventor es constitutiva de apropiación de cosa perdida.

b) *Bien jurídico lesionado.*

Como más adelante tendremos ocasión de ver, el delito de apropiación indebida de cosa perdida no se consuma con el simple hecho de tomar materialmente el sujeto la cosa encontrada, lo cual en sí mismo es un hecho lícito, sino en la posterior apropiación con ánimo de lucro.



Y así como en el hurto común existe un desplazamiento de la cosa sustrayéndola a la esfera de posesión de una persona para pasar a la esfera posesoria del culpable, en la modalidad que estudiamos no se da tal desplazamiento, por cuanto al ser hallada la cosa ésta no se encontraba en posesión de nadie, no obstante tener un dueño. En otras palabras: la pérdida de una cosa supone pérdida de posesión sobre ella, aunque no implique pérdida de propiedad.

De cuanto antecede resulta que el bien jurídico lesionado por el hurto de cosa perdida no es la posesión, como en el hurto común, ya que mal puede violarse la posesión sobre una cosa cuando ésta no tiene poseedor, sino la propiedad, en cuanto la persona que la encontró, faltando a la obligación de devolverla, se la apropia en perjuicio de su dueño. Precisamente tal característica es lo que hace impropio el calificativo de hurto a esta modalidad y lo aconseja enmarcarla en la esfera de la apropiación indebida (67).

Ahora bien, lo dicho no debe entenderse en un sentido absoluto en cuanto pueden darse casos en que existiendo de un lado un propietario de la cosa y de otro un poseedor de la misma anterior a la pérdida y con derecho a tal posesión sea este último el que resulte perjudicado, por lo cual puede afirmarse como regla inequívoca que

(67) En el sentido expuesto se expresa MANZINI al escribir: «En la apropiación indebida de cosa perdida el agente se posesiona de una cosa que antes no detentaba, mas tal posesionamiento no es dolo y la esencia del delito no consiste en él, sino en la sucesiva apropiación. De otra parte, aunque se quisiese apreciar el delito desde el momento de la toma de posesión, el posesionarse de una cosa privada de poseedor actual, cual es necesariamente la cosa perdida, no puede evidentemente violar la posesión ajena que no subsiste, sino que lesiona el derecho de propiedad que permanece sobre la cosa misma, cuando la posesión del que la encontró se efectúa o se prolonga en modo de revelar la intención de sustraer la cosa a la propiedad del dueño y de considerarla como propia. He aquí por qué en el hecho concurren los elementos de un delito de apropiación indebida y no de hurto» (MANZINI: «Trattato», Paragf. 2.673).



sujeto pasivo del delito será la persona que tenga el derecho de recuperación de la cosa perdida.

LA ACCION

La diferencia esencial entre la apropiación de cosa perdida y el hurto radica precisamente en el contenido y forma de la acción, ya que mientras en el último delito ésta consiste en el desplazamiento de la posesión de la cosa, que pasa a la esfera de disponibilidad del autor, en la apropiación de cosa perdida la acción delictuosa no comienza con el hecho de tomarla el agente, hecho en sí lícito, sino que consiste en otro hecho, coetáneo o posterior, cual es el de la apropiación. Es decir, que así como las expresiones legales «tomar» y «apoderarse» son sinónimas, tratándose de las modalidades de hurto y robo del número 1.º del artículo 505 y artículo 493, respectivamente, ambas deben ser diferenciadas en una correcta interpretación del número 2.º del mismo artículo 505 como dos momentos distintos de la conducta que queda impune en lo que respecta al primero y es punible tan sólo en cuanto alcanza el segundo de dichos momentos, es decir, el de la apropiación.

Expresándonos en otros términos, podemos afirmar que así como en el hurto existe consumación con el hecho de tomar el sujeto la cosa, en la apropiación de cosa perdida no hay delito si no va seguida de la apropiación.

La persona que hallando un objeto que otra perdió lo recoge, por este solo hecho no incurre en responsabilidad alguna, ya que la aprehensión material de la cosa puede ir seguida bien de actos lícitos, como son los de devolución al propietario o poseedor, bien del acto ilícito de su apropiación.

Tomada la cosa perdida por el que la encontró, podemos imaginar ante todo dos hipótesis:



a) Que el ocupante no conozca quién es su dueño, entendiéndose esta expresión legal en el sentido amplio que comprende también al poseedor.

b) Que el ocupante sepa a quién pertenece la cosa hallada.

En el primer supuesto, ninguna responsabilidad penal se deriva para el ocupante, aunque se apropie de la cosa, apareciendo tan sólo la responsabilidad civil consiguiente al incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 615 del Código civil (68). Diferente sería la solución del caso con arreglo a lo dispuesto por el artículo 647 del Código italiano, ya que, más amplio que el nuestro, el tipo en el mismo contenido no limita la responsabilidad penal al caso en que el ocupante sepa a quién pertenece la cosa, sino que hace extensiva la misma a aquel en que, sin conocer este extremo, el sujeto se la apropie sin cumplir con lo preceptuado en la ley civil, siendo el hecho de conocer al dueño de la cosa una agravante específicamente señalada por el penúltimo párrafo del citado artículo 647 (69).

En la segunda de las hipótesis planteadas, es decir, aquella en que el ocupante conozca quién sea el dueño de la cosa, habremos de subdistinguir dos casos:

a') El sujeto toma la cosa y, sin apropiársela, se la devuelve al dueño. Tal conducta es plenamente lícita.

b') El ocupante toma la cosa y se la apropia. De todos los indicados, éste es el único caso en que nace la figura de responsabilidad penal del número 2.º del artículo 505.

Hemos llegado, pues, al primer deslinde que resultaba

(68) «El que encontrare una cosa mueble que no sea tesoro, deberá restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido deberá consignarla inmediatamente en poder del alcalde del pueblo donde se hubiere verificado el hallazgo.—El alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos...» (art. 615 del Código civil).

(69) «Es penado...: primero, el que, habiendo encontrado dinero o cosas por otro perdidas, se las apropia, sin observar las prescripciones de la ley civil sobre la adquisición de la propiedad de cosas encontradas...» (artículo 647, núm. 1.º, del Código penal italiano).



preciso establecer entre la toma de la cosa, hecho lícito en sí, que a lo más puede dar lugar a un acto meramente preparatorio, como indica MANZINI (70), y la apropiación de la misma como verdadero acto consumativo.

Mas ¿qué debemos entender por apropiación tratándose del tipo que nos ocupa? He aquí el problema del momento consumativo.

Innecesario resulta repetir cuanto acerca de la apropiación indebida común quedó dicho respecto al sentido del término «apropiarse», bastando con recordar cómo la esencia de tal acto residía en el «*animus rem sibi habendi*», exteriorizado por una conducta del agente suficientemente reveladora del mismo.

Otra de las cuestiones de mayor interés en referencia a la acción en la figura que estudiamos es la planteada por la forma en que la misma puede presentarse, en cuanto es este delito un típico ejemplo de la modalidad de comisión por omisión, cuyas características ofrece con la mayor evidencia.

Vemos, en efecto, cómo la manifestación de voluntad consiste en un no hacer, en una omisión, ya que, como anteriormente se dijo, no es el hecho de tomar la cosa (conducta activa) lo que consume la infracción, sino el de abstenerse de devolverla (conducta negativa u omisiva) unido al ánimo de servirse de ella como dueño.

El resultado consiste en un cambio en el mundo exterior, cual es la privación al propietario o poseedor del objeto ocupado, a manera de lesión efectiva y concreta, mas no siendo tal cambio ocasionado directamente por la conducta del culpable, sino simplemente *no impedido*. La cadena causal no es puesta en marcha por el agente, sino que esta venía ya desenvolviéndose desde el momento en que el tenedor de la cosa la perdió, arrancando la

(70) MANZINI: «Trattato», Paragf. 2.676.



responsabilidad del ocupante del hecho de no cortar tal estado devolviéndola al dueño, como debía.

La violación de normas jurídicas es doble, pues al mismo tiempo que la específica norma penal, que encierra en sí la prohibición de apropiarse de lo por otro perdido, se vulnera aquella otra de índole civil y de naturaleza preceptiva que impone la obligación de devolver lo hallado.

En análoga dirección a lo indicado viene a manifestar MAGGIORE en referencia al Código de su país cómo la acción consiste en apropiarse de la cosa o del dinero sin observar las prescripciones de la ley civil para la adquisición de la propiedad de la cosa encontrada, añadiendo que es, pues, una acción que comprende en sí una omisión: la inobservancia de la norma del artículo 715 del Código civil (71).

El mismo MANZINI, que considera este delito como «de carácter comisivo, perpetrable también mediante omisión», viene en el párrafo siguiente a escribir a propósito del elemento psíquico: «el dolo necesario para la imputación del delito consiste en la voluntariedad del hecho constitutivo de la apropiación, en la *voluntaria omisión del cumplimiento de los deberes impuestos por la ley civil...*», expresión esta última que pone bien de manifiesto el carácter que atribuímos a esta modalidad al considerarla como delito de comisión por omisión (72).

Del hecho de no consumarse el delito con la no restitución por sí sola, sino con el «*animus rem sibi habendi*» respecto a la cosa manifestado externamente, deriva la lógica consecuencia de que este delito no admite tentativa ni frustración, pues el delito se consume con una manifestación de voluntad (de tener la cosa como propia) que no admite su fraccionamiento en una serie

(71) MAGGIORE: «Principii...», v. II, pág. 805.

(72) MANZINI: «Trattato», Paragfs. 2.676 y 2.677.



de actos ejecutivos, mientras la toma de posesión inicial, que en sí es hecho lícito, como reiteradamente hemos dicho, podría considerarse a lo más como acto simplemente preparatorio. (73).

LA CULPABILIDAD

El elemento anímico en la modalidad de hurto impropio del número 2.º del artículo 505 del Código penal queda expresado, de una parte, en la exigencia por parte de la fórmula típica de que el agente conozca al momento de hallar la cosa perdida quién sea el dueño de la misma y, de otra, en el ánimo de lucro que ha de inspirar la indebida apropiación. Constituye el primero de dichos requisitos un elemento típico referente al conocimiento, mientras que el segundo, la necesidad del ánimo de lucro, afecta a la motivación de la conducta. Mas como quiera que entrambos requisitos específicamente consignados por la ley se encuentra otro elemento perteneciente ya al área del dolo genérico, cual es la voluntariedad de la apropiación, podemos estructurar los caracteres típicos atinentes a la culpabilidad a la manera que sigue:

Conocimiento de la situación en que se encuentra la cosa en el momento de ser encontrada.

Voluntad de apropiársela.

Animo de lucrarse con la apropiación.

Aplicables a este delito las nociones que anteriormente quedaron expuestas sobre el concepto del ánimo de lucro, resulta preciso en este lugar el estudio de las cuestiones que plantea la específica figura relacionadas con los apuntados requisitos de conocimiento y voluntariedad.

La redacción típica reza literalmente: «Los que encontrándose una cosa perdida y sabiendo quién es su dueño...». De la misma resulta sin duda que no basta

(73) MANZINI: «Trattato», Paragf. 2.676.



para la existencia del delito que el sujeto conozca la condición de perdida en que se encuentra la cosa, sino que además de ello ha de saber a quién pertenece, punto éste en que nuestro Código se distingue de otros extranjeros en los que basta con que el agente conozca que la cosa se halla en situación de perdida.

La indicada redacción del tipo resulta censurable, por cuanto al exigir el conocimiento de la persona del dueño, viene a resultar dificultosa técnicamente la solución del caso en que sabiendo el que encuentra la cosa que ésta ha sido perdida por alguien, conocimiento al que puede llegar por las circunstancias en que el objeto se halle, crea que su dueño es A, siendo así que realmente lo es B, hipótesis ésta que ha de resolverse bien en el sentido de considerar tal error como esencial, bien en el de estimarlo meramente accidental, con la consiguiente responsabilidad penal para el autor de la apropiación. La primera de dichas soluciones es la que resulta de una interpretación estricta del texto, pues si el error es esencial cuando recae sobre uno de los elementos del tipo, y el tipo en cuestión exige expresamente que se conozca al dueño de la cosa perdida, lógicamente hay que concluir afirmando que es un error esencial aquel que consiste en no conocer al dueño, como no lo conoce en realidad quien cree que éste es una persona cuando lo es otra. Ahora bien, con tal interpretación se incurre en el vicio de fondo de calificar de esencial un error que lógicamente no es sino accidental, por su propia naturaleza, por ser igualmente antijurídica la conducta e idénticamente peligroso el autor de la misma. Preferible hubiera sido, pues, que el Código hubiese formulado el requisito del conocimiento en el sentido de exigir que el sujeto supiese que la cosa tenía dueño o, lo que prácticamente es lo mismo, que supiese que su situación era la de perdida. No existe ningún motivo para considerar como accidental el error de quien matar a una persona



y mata a otra, o el del que estima que la casa en que entra a robar es la de Pedro, siendo la de Juan, y, sin embargo, afirmar que es esencial aquel en que incurre el que sabiendo que la cosa ha sido perdida por alguien; cree que la perdió un sujeto en vez de otro.

Aparté lo indicado, vemos cómo queda excluida la responsabilidad por razón de ausencia del debido conocimiento en el caso en que el sujeto haya obrado en la creencia de que la cosa de la que se apodera había sido abandonada, cuando realmente haya sido perdida. El problema de la apreciación de tal conocimiento está rodeado, desde el punto de vista de la práctica, de las dificultades dimanadas de la índole puramente subjetiva de tal extremo, no pudiendo presumirse la consciencia de ser perdida la cosa por tratarse de un elemento típico subjetivo y, como tal, específicamente fijado por la ley, sino que se ha de probar, si bien tal prueba ha de ser proporcionada por las circunstancias en que fué encontrada la cosa, las cuales son las que han de evidenciar que el autor tuvo que conocer la situación de pérdida, y sin que pueda ampliarse la responsabilidad penal a casos dudosos, en los que subsistirá tan sólo la meramente civil.

En cuanto al requisito de la voluntariedad de la apropiación verificada con ánimo de lucro, baste remitir de una parte a la teoría general de la voluntariedad de la conducta como elemento del dolo genérico, teoría que excede del tema del presente estudio, y de otra, a la doctrina del ánimo de lucro anteriormente expuesta en las páginas dedicadas a la apropiación indebida común.

