

7262

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES



"CONSIDERACIONES GENERALES  
SOBRE EL DELITO DE  
APROPIACION INDEBIDA"

TESIS PRESENTADA POR EL  
Br. CARLOS ARMANDO SAMOUR  
EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

1 9 6 3

SAN SALVADOR, EL SALVADOR  
C. A.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Fabio Castillo

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Roberto Emilio Cuéllar Milla

\*\*\*\*\*

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Emilio Alberto Reinaguerra

SECRETARIO:

Dr. Manuel Atilio Hasbún

1 9 6 3

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS

CIVILES, PENALES Y MERCANTILES:

PRESIDENTE: Dr. Arturo Zeledón Castrillo

1er. VOCAL: Dr. José Ignacio Paniagua

2o. VOCAL: Dr. José Salvador Aguilar Sol

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS

PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS:

PRESIDENTE: Dr. José María Méndez

1er. VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos

2o. VOCAL: Dr. Francisco Alfonso Leiva

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS

SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL:

PRESIDENTE: Dr. Reynaldo Galindo Pohl

1er. VOCAL: Dr. Armando Napoleón Albanéz

2o. VOCAL: Dr. Abelardo Torres

EXAMEN PUBLICO DE DOCTORAMIENTO:

PRESIDENTE: Dr. Arturo Zeledón Castrillo

1er. VOCAL: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

2o. VOCAL: Dr. José Enrique Silva

DEDICO ESTA TESIS DOCTORAL.....

CON VENERACION INFINITA:

al recuerdo inolvidable de mi padre

Sr. JACOBO FARAH SAMOUR

(Q. D. D. G.)

CON TODA MI TERNURA:

a mi sagrada madrecita

Sra. EVA v. de SAMOUR

CON CARINO INMENSO:

A TODOS MIS HERMANOS

CON ADMIRACION Y AGRADECIMIENTO:

a la UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
Y EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE  
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

CON SINCERIDAD Y APRECIO:

a todos mis PROFESORES, COMPAÑEROS  
Y AMIGOS.

Y CON TODO MI AMOR:

a MI NOVIA

Srita. LILLIAM E. BATARSE

"I N D I C E"

TITULOS

Pág. No.

---

1.- ADVERTENCIA.....	1
2.- CONCEPTO DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA....	2
3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	3
4.- UBICACION DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA DESDE DIFERENTES PUNTOS DE VISTA.....	10
5.- EVOLUCION HISTORICA DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	14
6.- DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA Y OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.....	18
7.- DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA Y LAS OBLIGACIONES MERAMENTE PRIVADAS.....	23
8.- EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	24

## TITULOS

Pág. No.

9.- EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	26
10.- OBJETOS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	27
11.- LOS TITULOS LEGALES QUE PUEDEN DAR ORIGEN AL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	31
12.- LOS GRADOS DE PERFECCION EN EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	53
13.- LA CO-DELINCUENCIA EN EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA.....	60
14.- CONCLUSIONES.....	66
15.- RECOMENDACIONES.....	68
16.- BIBLIOGRAFIA.....	73

=====

## "A D V E R T E N C I A"

No son nuestras intenciones desarrollar en forma completa el tema del delito de apropiación indebida.- Pretendemos solamente, con la humildad que nos caracteriza, realizar un pequeño trabajo amparados en algunas fuentes de información y en nuestros modestos conocimientos adquiridos a través de la carrera universitaria que con esta tesis finaliza.

Hemos de decir también, por obligada advertencia, que si bien es cierto que el delito de apropiación indebida existe en la legislación salvadoreña (Art. 490, No. 5 -- Pn.) con todos sus caracteres y elementos esenciales, o sea con toda su tipicidad, también es cierto que dicho delito no existe con ese título específico y por separado en nuestro Código Penal, sino que está incluido en el Capítulo IV "De las Defraudaciones" en la Sección II que trata de las "Estafas y Otros Engaños".-

Réstanos aclarar solamente, que lo que aquí diremos, ya han sido dicho por infinidad de tratadistas, autores y en general por los estudiosos de estas materias. Nuestro aporte será pues, pequeño y sencillo, porque sólo diremos lo mismo con diferentes palabras.

Anticipadamente suplicamos disculpas por las omisiones, errores y repeticiones que pueda tener este trabajo.

Nuestra máxima ilusión, al dar comienzo a esta tesis doctoral, es que, en un día no lejano, pueda servir a más de algún estudiante de materias penales, que contienen de por sí, exitantes y apasionantes temas, siendo uno de ellos el delito de apropiación indebida.

"CONCEPTO DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Sabido es que cada uno de los autores de cualquier ciencia o arte que fuera, trata de consagrar sus propias ideas. Es por ello, que lo mismo ocurre entre los que se dedican a elaborar y a estudiar la doctrina del Derecho Penal y en especial el delito de apropiación indebida. Por ello, encontramos variados conceptos como varios son los autores, acerca de la infracción penal que nos ocupa.

No es recomendable, desde el punto de vista técnico, que los códigos, como el Penal, contengan definiciones o conceptos desde luego que dichos cuerpos legales no son textos de estudios; tales actividades de orden elucubrativo, están reservadas a los expositores de la doctrina penal. Es por esta razón, que nuestro Código Penal vigente, no contiene un concepto o definición de lo que debemos entender por delito de apropiación indebida y únicamente se limita a señalar, algunos presupuestos legales indispensables para considerar, a ciertas personas, sujetos activos de la actividad punible ya mencionada.

Entre los varios conceptos que hemos estudiado a través de la consulta de algunos textos que nos han servido para el desarrollo de este trabajo, nos ha parecido el más completo, general y claro, el que da Carrara en su "Programa de Derecho Criminal" sobre el delito de apropiación indebida, al cual llama él, "abuso de confianza". Definimos, dice Carrara, "abuso de confianza: como la apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio y para un uso determinado."

Es indudable, que el concepto arriba transcrito, es magistralmente sencillo, corto y exacto. Pero la inquietud que sentimos por el apasionante tema del delito de apropiación indebida, nos obliga irremediablemente a salir de nuestro propio y personal espíritu modesto, para pretender también, con ansias de consagración, dar un concepto enteramente nuestro, de carácter descriptivo, tomando en cuenta todos aquellos elementos que indispensablemente concurren a crear el delito que es punto central en esta tesis doctoral. Así pues, nos permitimos formular una definición de él enunciándola así:

Es la apropiación ilícita de cosa mueble, de ajena pertenencia, poseída por título que produzca obligación de entregarla o devolverla, realizada con abuso de confianza, intencionalmente y con ánimo de lucro y que causa un perjuicio efectivo y concretamente determinado en las condiciones económicas de quien lo sufre.

"ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO  
DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Para poder comprender más o menos los alcances de una institución jurídica de índole penal, como lo es el delito de apropiación indebida, necesario es, determinar y analizar sus elementos constitutivos, uno por uno.

De manera pues, y basados en el concepto último que sobre el delito en cuestión dejamos apuntado en el número anterior, procedemos a continuación al desarrollo del presente tema:

a) "Apropiación Ilícita".

El primer elemento que se nos presenta clara-

mente, es que el delito que analizamos constituye una "ilegítima apropiación".

Sobre el término apropiación, podemos decir -- que no todos los autores están de acuerdo en emplear este vocablo, ya que hay algunos que emplean en su lugar la palabra aprehensión, otros adueñamiento, otros retención, otros apoderamiento y otros en fin, emplean el término posecionarse. La discrepancia surgida en el uso de distinta terminología, se funda en el concepto del acto ejecutado por el agente y en la intención perseguida por el mismo; pero más que todo, se funda en los efectos jurídicos que puede producir tal actividad. Así, unos estiman que con tal acción, no puede adquirirse el dominio, de ninguna manera, de las cosas objeto de la acción criminal; otros dicen que ni la posesión; otros que ni siquiera la mera tenencia; otros estiman que es una mera retención, pero la verdad es que, si bien es cierto que el término empleado es sumamente importante, también es cierto que es más importante el significado del mismo, pues sea cual fuere el término empleado, la idea debe ser siempre la misma: "Quedarse con una cosa que se tiene obligación de entregar o devolver".

Ahora bien, sobre el vocablo de "ilegítima", todos los autores están de acuerdo en su necesidad desde luego que si la apropiación fuera legítima, no estaríamos en presencia de un delito, sino frente a una obligación quizás civil, mercantil o talvez laboral. O sea, que no estaríamos --- frente a la infracción penal objeto de nuestro estudio. Debe entenderse, por ello, que el origen de cualquier delito de apropiación indebida, siempre tiene que ser legítimo.

b) De Cosa Mueble.

También en este punto, todos los autores de Derecho Penal, entre ellos Cuello Calón, Adolfo Shönke, etc. es

tán acordes en considerar que el delito de apropiación indebida sólo puede ser ejecutado sobre cosas muebles, desde luego que es requisito indispensable la movilidad del objeto del delito (dinero, especies, semovientes, etc.). Además, no debe olvidarse que el origen del mencionado delito, o sea su antecedente histórico, fué el "furtum rei" (hurto de cosas).

Algunos tratadistas plantean, desde el punto de vista civilista, el problema de las cosas que por naturaleza son muebles y sin embargo por destinación son inmuebles; y lo mismo, los objetos que por naturaleza son muebles y que -- por adherencia se consideran inmuebles; y también, las cosas que por naturaleza son inmuebles, y por destinación se consideran muebles. La cuestión que tales tratadistas plantean, son aquellos casos en que el delito de apropiación indebida podría recaer sobre inmuebles desde alguno de los puntos de vista -- mencionados, aunque desde otro punto de vista las cosas fueran muebles. Sin entrar al fonde del asunto, creemos suficiente transcribir las palabras de Silva Merelo, que sobre esta cuestión dice: "En el Derecho Penal, el concepto de cosa mueble como objeto material de determinados delitos contra el patrimonio, es distinto de aquél que la ley establece para las relaciones privadas".... etc. "En relación al Derecho Penal, los conceptos de cosa mueble o inmueble tienen por base la movilidad o transportabilidad de la cosa misma, cualquiera que sea su valoración en razón a otros fines de la ley civil".

c) "De Ajena Pertenencia".

En todos los delitos contra la propiedad, o -- sea en todas aquellas infracciones penales que lesionan las condiciones económicas de los individuos, es requisito indispensable, que la cosa objeto del delito no sea de la persona que lo ejecuta, o lo que es lo mismo, que la cosa mueble obje

to de la actividad delictiva sea del sujeto pasivo y no del activo; porque si el que pretende cometer el delito en cuestión se apropia de una cosa que es de su propiedad personal, estaremos en presencia de un delito imposible.

La ajena pertenencia está íntimamente unida a la apropiación ilegítima.

La ajenidad debe de ser conocida por el que realiza el hecho punible, porque si él cree que la cosa es de su propiedad, habrá error en la acción y ello hará desaparecer el delito.

El elemento de la ajenidad, también está unido, al elemento perjuicio y más necesariamente, al elemento lucro, porque nadie puede lucrarse "delictivamente" con objetos de su patrimonio.

d) "Poseída Por Título Que Produzca Obligación de Entregarla o Devolverla."

En este literal se emplea la palabra "poseída", porque efectivamente no se tiene la propiedad de la cosa mueble objeto del delito, sino que se posee originariamente a nombre de otra persona, amparado en un título. Si se poseyese a nombre propio, la cosa mueble podría ser objeto de adquisición de propiedad por la prescripción. Además, la palabra "poseída", no debe entenderse como el hecho real de posesión, sino como una mera tenencia. Por consiguiente, los títulos a que se refiere este elemento, son aquellos que no transfieren la propiedad, sino "la mera tenencia" de las cosas con el objeto de realizar un fin determinado. Dichos títulos son aquellos que se mencionan, a guisa de ejemplo y no taxativamente, en los códigos penales que contienen el delito que estudiamos. Y si dichos títulos no producen el efecto de transferir la propiedad, lógico es concluir que los mismos involucran la

obligación de entregar o devolver las cosas muebles que se -- han recibido para realizar determinados fines.

"Entregar": es llevar una cosa de parte de un remitente a un consignatario; y "devolver": es regresar la cosa de quien se recibió.

e) "Abuso de Confianza"

Los franceses llaman al delito que analizamos: "Abuso de Confianza", porque el bien jurídico preponderantemente protegido, es la confianza que una persona deposita en o--tra entregándole una cosa para que realice determinada actividad; es decir, las penas impuestas a los que cometen este delito, sancionan la confianza defraudada o traicionada. En cambio los italianos, llaman a esta misma infracción penal: "A--propiación Indebida", porque el bien jurídico especialmente - protegido, es la condición económica del individuo; es decir, aquí se castiga el daño económicamente causado.

Para concluir, réstanos decir que, para la e--xistencia del literal que analizamos (Abuso de Confianza) , - es requisito indispensable que existan relaciones personales entre los sujetos pasivo y activo, porque de otra manera, el delito de apropiación indebida, sería difícil que se diera -- entre personas desconocidas; porque para que pueda surgir el hecho punible en referencia, es necesario que de parte del sujeto pasivo, haya una confianza depositada con anticipación o con anterioridad al delito, en el sujeto activo, sea directamente o por intermediarios (caso de las grandes fábricas o -- grandes almacenes, en que los dueños de dichos establecimientos no tienen relaciones directamente personales con muchos - de sus trabajadores, sino que quienes se entienden con éstos, son los administradores, gerentes, capataces, etc., etc.)

El abuso de confianza, como elemento integrador

del delito de apropiación indebida, constituye a nuestro entender, el dolo específico de tal delito.

f) "Animo de Lucro".

No se encuentra específicamente determinado -- (como en el hurto y el robo) el ánimo de lucro en el delito de apropiación indebida. Sabemos que éste ánimo, es un elemento subjetivo que, en su total configuración, implica el propósito de comportarse como señor y dueño de una cosa de ajena pertenencia (animus rem sibi habendi).

Pero si bien podemos afirmar: que siempre que con ánimo de lucro se cometa un delito contra la propiedad, debe necesariamente resultar un daño apreciable económicamente; no podemos decir que siempre que haya un daño apreciable económicamente, derivado de un delito contra la propiedad, estamos en presencia de una infracción cometida con ánimo de lucro. Bien podría suceder, por ejemplo, que quien se apropie indebidamente de una cosa de ajena pertenencia, no lo haga -- con ánimo de lucro, sino con fines de venganza personal, y en este caso, no estaríamos en presencia del delito que nos ocupa, sino que el hecho sería calificado de "daños".

"El ánimo de lucro", está íntimamente ligado a los conceptos de "apropiación ilícita" y de "perjuicio patrimonial", pues el delito de apropiación indebida, sólo podría ser calificado como tal, toda vez que exista ánimo de lucro para sí o para un tercero de parte de quien lo realiza.

g) "Relación de Causalidad Entre el Abuso de Confianza y el Animo de Lucro."

Es indudable que, en el delito de apropiación indebida, deben necesariamente existir, tal como ya lo dejamos apuntado en los dos anteriores literales, el abuso de confianza y el ánimo de lucro. Pero no basta la simple existen--

cia de ambos elementos para configurar dicha infracción penal; es necesario, además, que entre ellos exista relación de causalidad o sea que la primera (abuso de confianza) debe acompañar a la segunda (ánimo de lucro) porque bien podría darse el caso de un sujeto que abusando de la confianza en él depositada, se apropiara de las cosas que le han sido confiadas, no con ánimo de lucro, sino con la intención de causar un perjuicio patrimonial; o viceversa, si un sujeto comete un delito -- con ánimo de lucro pero sin que exista abuso de confianza para realizarlo; en ambos casos no habría apropiación indebida. Es necesario, pues, concluir, que el primer elemento, (abuso de confianza) sirva como medio necesario para satisfacer el segundo (ánimo de lucro).

h) "Perjuicio Económico".

Ciertos autores, prefieren emplear el término "perjuicio material", otros le llaman "perjuicio patrimonial", pero ambos son, según nuestra humilde opinión, demasiado amplios, de tal suerte que por ello hemos escogido los vocablos "perjuicio económico".

El perjuicio económico no es un elemento que genera al delito de apropiación indebida, es más bien una consecuencia lógica de la realización del mismo. Porque en verdad, habrá casos en que después de realizado el delito, las cosas objeto del mismo, sean recuperadas y devueltas a su dueño. En estos casos, se castigará al delincuente: por el abuso de confianza, por el ánimo de lucro y por su peligrosidad; pero no por un perjuicio que en realidad no ha existido jamás, y no por eso podríamos afirmar que no ha existido el delito en referencia. Lo que pasa es que cuando se ha realizado el hecho punible y efectivamente haya un perjuicio, creemos que la pena impuesta al delincuente deberá de ser mayor.

El perjuicio económico cuando se produzca, deberá ser real, es decir no debe ser personal ni moral. Debe ser también efectivo, o sea que debe existir verdaderamente en las condiciones económicas de quien lo sufre. Y por fin, debe ser concretamente determinado, o sea apreciable específicamente desde el punto de vista de su cuantía económica.

"UBICACION DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA  
DESDE DIFERENTES PUNTOS DE VISTA"

---

Para tener una idea más exacta acerca de un delito cualquiera, siempre se hace necesario delimitarlo, ubicándolo en sus propios terrenos, en los géneros y las especies a los cuales pertenezca. Así, al delito de apropiación indebida, debemos situarlo en sus propios campos de vida para poder comprenderlo mejor y tener un concepto más real sobre el mismo. Así pues, enunciamos a continuación, los diversos puntos de vista en donde puede ser ubicado el delito en cuestión, según la clasificación de las infracciones penales:

a) "Según el Sujeto Pasivo"

Pueden ser: 1o.) delitos contra el individuo, 2o.) delitos contra el Estado, y 3o.) delitos contra la sociedad.

Es incuestionable que el delito de apropiación indebida, está ubicado en los hechos que atentan contra el individuo, porque tales actividades son las que van dirigidas a lesionar las condiciones físicas o económicas o ideales de los individuos.

En cambio los segundos, son los que atentan contra la vida del Estado, y los terceros son, finalmente, aquellos que constituyen una amenaza, no para el individuo ni

para el Estado, sino para la masa, para la colectividad.

b) "Según su Calidad".

Estos delitos pueden ser: 1o.) Naturales y --  
2o.) De Creación política.

Los primeros: son los que atentan contra los -  
sentimientos de piedad y probidad de las personas, siendo por  
consiguiente a éstos, a los cuales pertenece el delito de a--  
propiación indebida, porque tal hecho criminoso lesiona tales  
sentimientos. En cambio los segundos, son delitos ideados o -  
inventados por el Estado para la defensa de su vida, de su or-  
ganización o de su funcionamiento.

c) "Según la Gravedad" . (Sistema Bipartito)

Según este criterio, los hechos criminales se  
dividen en: 1o.) Delitos, y 2o.) Faltas.

En estos casos, la apropiación indebida puede  
ser constitutiva de delito o podría solamente ser una falta,  
todo depende del perjuicio económico que se cause o de la --  
cuantía a que ascienda el lucro que el agente persiguiera.

d) "Según la Ley que los Define y los Sancione".

Podemos clasificarlos según este especial pun-  
to de vista en: 1o.) Comunes, y 2o.) Especiales.

Indudablemente es en los primeros en donde es-  
tá incluido el delito objeto de este trabajo, ya que ellos --  
son los que se encuentran consignados en el Código Penal; en  
cambio, los segundos, están estatuidos en leyes especiales y  
separados del Código.

e) "Según el Sujeto Activo".

Podemos dividir las infracciones penales en: -  
1o.) Individuales, 2o.) En pareja, 3o.) En Asociación, y 4o.)  
En Muchedumbre.

También aquí, es en los primeros en donde se -

encuentra ubicado el delito de apropiación indebida, ya que en los demás es necesario para su ejecución, el concurso de dos o más personas, cosa que no sucede en el susodicho delito, aunque éste pueda ser realizado por dos o más personas.

f) "Por la Manifestación de la Voluntad".

Según este particular criterio, los delitos se clasifican en: 1o.) por acción, 2o.) por comisión simple, y 3o.) Por comisión por omisión.

Creemos nosotros que en este literal, el delito de apropiación indebida, está incluido en los terceros, aunque algunos autores sostienen que debe incluirse en los segundos. E incluso hay algunos que son de opinión que deben incluirse en los primeros. Pero a decir verdad, la característica esencial para ejecutar el delito que nos ocupa o para que éste se manifieste, es no haciendo algo que se tiene la obligación o el deber jurídico de hacer: "devolver o entregar las cosas recibidas", y esta es una característica esencial de los delitos realizados en comisión por omisión.

g) "Por el Resultado".

Puede ser los hechos criminosos: 1o.) Materiales, 2o.) Formales, y 3o.) De resultados.

El delito de apropiación indebida, no es "material" porque no deja señales, ni tampoco es "formal" porque puede constatarse por medios físicos. Por esto creemos que mas bien es un delito de "resultados", o sea, es un hecho que produce un cambio en el mundo externo.

h) "Según la Culpabilidad".

Pueden ser los hechos punibles: 1o.) Dolosos, 2o.) Culposos, 3o.) Preterintencionales, y 4o.) Calificados por el resultado.

Si en la infracción penal que analizamos falta

se el ánimo de lucro, no estaríamos en presencia del delito de apropiación indebida. Por esta razón, estamos plenamente seguros, que la institución que ocupa nuestro estudio, está incluido en los primeros, por ser efectivamente el acto criminal que estudiamos, eminentemente doloso, es decir, intencional.

i) "Por su Perfección".

Se dividen los delitos en: 1o.) Tentados, 2o.) Frustados, 3o.) Consumados, 4o.) Agotados, y 5o.) Imposibles.

Sostenemos, sin temor a equivocarnos, que según este aspecto, el delito de apropiación indebida únicamente puede darse en los últimos tres grados. Las razones que tenemos para hacer tal afirmación las reservamos para un capítulo posterior.

j) "Por su Unidad o Pluralidad en la Acción".

Pueden dividirse los delitos en: 1o.) Instantáneos, 2o.) Permanentes, y 3o.) Continuados.

Generalmente, el delito de apropiación indebida se ejecuta o se realiza con una sola acción, produciendo con ello inmediatamente el hecho delictivo. Pero también son frecuentes los casos en que dicho acto punible se comete por una sola resolución con pluralidad de acciones, motivos por los cuales, creemos que la institución penal que analizamos, también puede muy bien ubicarse dentro de los terceros, además de los primeros, pero nunca dentro de los segundos.

k) "Por su Persecución".

Clasifícanse los hechos criminales en: 1o.) Públicos y 2o.) Privados.

Si los segundos son taxativamente seis delitos (Injurias, Calumnias, Adulterio, Estupro, Violación y Rapto), es lógico concluir que el delito de apropiación indebida está

comprendida en los primeros.

1) "Por su Constatación".

Pueden dividirse los delitos en: 1o.) Flagrantes, y 2o.) No Flagrantes.

Creemos difícil, si no imposible, que se den casos de constatación en situación flagrante en el delito de apropiación indebida. Más nos inclinamos por sostener que tal hecho criminoso no puede ser flagrante, según nuestro particular modo de consumarse y el cual explicamos en un título posterior.

m) "Según su Objeto".

Se dividen los delitos en: 1o.) Contra las personas (ya sea la vida, la integridad o la libertad), y 2o.) - Contra la propiedad.

Sin lugar a dudas, el delito de apropiación indebida está ubicado en los segundos, porque a pesar de que todos los delitos siempre lesionan a las personas, en una o en otra forma, en unos el bien jurídico que se pretende tutelar es distinto que el de otros. Así, en los delitos contra la Propiedad, son infracciones penales sufridas por personas, pero el bien que se tutela es la condición económica de las mismas.

"EVOLUCION HISTORICA DEL DELITO  
DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Toda figura delictiva ha tenido una evolución histórica, más o menos compleja, hasta llegar a adquirir su verdadera fisonomía y autonomía. Así, la apropiación indebida en sus comienzos, se encuentra incluida en la noción general del hurto. Después, y al hacerse la distinción entre hurto --

propio e impropio, se incluye en el segundo. Luego, se le asimila a la idea de la estafa como en nuestro Código Penal vigente; y por fin, pretende alcanzar su verdadera autonomía legal, cosa que ya existe en modernas y avanzadas legislaciones penales.

En la recolección de leyes criminales chinas - del Siglo VII antes de Cristo, llamadas "el Ta Tsing Leu Lee" y en el cuerpo jurídico de los abisinios llamado "Fethá Neggest" que data del siglo XI, no contienen ninguna hipótesis de apropiación indebida, aunque tratan extensamente el delito de hurto.

El Código de "Hamurabi", pese a contener una extensa casuística sobre el hurto, no contiene nada parecido al delito de apropiación indebida.

El Código de "Manú" (Manaba Darma Sastra) contiene vagos atisbos de apropiación indebida.

Con respecto al período anterior a las Doce Tablas, no cabe ninguna cierta y definitiva aserción, puesto que no se dispone de documentos sobre el hurto ni aún sobre la propiedad. Las Doce Tablas contenían dos casos de apropiación indebida, pero siempre incluidos dentro del hurto: 1o.) La apropiación de los bienes del pupilo por parte del tutor; y 2o.) La apropiación de cosas entregadas en depósito.

También en el "Exodo" y en el "Levítico" de la Legislación Hebrea se encuentran instituciones parecidas, pero asimiladas al hurto.

En las grandes colecciones de Justiniano y en especial en las "Institutas" se encuentra lo siguiente:

1o.) Apropiación de uso: a) Uso indebido de la cosa depositada, b) Uso indebido de la cosa pignorada; y c) Uso indebido de la cosa recibida en comodato; y d) Uso indebido de la cosa por el prestador de servicios.

2o.) Apropiación indebida definitiva: a) Apro-

piación por el depositario; b) Apropiación por el mandatario; c) Apropiación por el socio; y d) Apropiación de las cosas -- del pupilo por el tutor. 3o.) Casos especiales de apropiación: a) Apropiación de cosa perdida; y b) Apropiación de cosa recibida por error.

Los romanos entendían por "Furtum rei", la u--surpación de la cosa en su totalidad, sea por la vía del apoderamiento violento o por la apropiación indebida. Es por esto que el delito que estudiamos quedaba comprendido en el ---"Furtum rei".

El "Furtum Usus" cubría las hipótesis de apropiación indebida de uso, el mero abuso de la tenencia de la cosa; y el "Furtum Possessionis" abarcaba los casos en que el mismo propietario usurpaba la tenencia de aquel a quien co---rrespondía legítimamente.

Ferrer Sama, afirma que el delito de apropiación indebida fué conocido por primera vez por el Derecho Canónico, basándose en que los eclesiásticos que se apropiaban de bienes o rentas de la Iglesia, que detentaban con ocasión de su cargo, recibían un tratamiento diferente al previsto para el hurto común.

Después que se hizo el distingo entre hurto -- propio e impropio, dirigido a resolver la cuestión de la apropiación indebida, se sumó a ésta la figura del "Stellionatus" (Estafa).

Las leyes francesas dieron origen a la primera noción autónoma de apropiación indebida, designándolo como "abuso de confianza" y la incluyeron, así como a la "estafa" y a la "bancarrota" en el título común de "Fraudes".

Numerosos códigos siguieron el ejemplo francés. No obstante, los códigos germanos siguieron una evolución dis-

tinta; por ello distinguieron entre la apropiación indebida y el abuso de confianza (Infidelidad) como el actual Código Prusiano.

En la antigua legislación española, en la Ley Octava, Título III de la Partida V, citada por los autores modernos como el antecedente mediato del delito de apropiación indebida, sólo tenía un alcance de devolución, reparación y costas. Así, se lee en tal disposición: "Más aquel que niega que non rescidió los condessijos que son dados en algunas de las otras maneras de que fezimos miente en la segunda ley de este título (ordinario e no miserable), si le fuere provado un juizio valdrá menos por ende, e será enfamado; e deue tomar el condessijo, o la estimación, con las costas e los daños e los menoscabos, que ovien fecho al otro por esta razón. E quanto en los daños e en los menoscabos, deue ser creydo por su jura el que dió la cosa en guarda. Pero el juez los debe estimar e templar, catando todavía, que ome es aquel que jura por ellos".

"Estos menoscabos, dezimos, que se deuen entender por los daños que vinieron, porque la cosa non fué tornada quando la pidió ma non de lo que pudiere auer ganado por ella. E los daños que le podrían venir por esta razón serían como si oviese a dar dineros a otra cosa a día señalado, con penas, o con cotos, o en otra manera semejante destas; e porque non le fué tornado el condessijo a la sazón que le deuiera auer, cayó en aquellas penas o en aquellos cotos. E si la cosa que es dada en condessijo es de tal natura que de fruto de sí, tenuido es de pechar, demás desto, todos los frutos que ouo della después que gela dió en guarda e que pudiera auer, después que la pidió el dueño della o sus herederos".

Aunque algunos autores le dan un carácter ex--

clusivamente civilista a la disposición transcrita (entre ellos Quintano Ripollés y Federico Puig Peña) nosotros la hemos copiado por ser nuestro Código Penal vigente, copia fiel del Código Penal español y por considerar tal disposición un verdadero antecedente histórico del delito que estudiamos.

Desde la Independencia, El Salvador ha tenido cuatro códigos penales, a saber: el de 1826, el de 1859, el de 1881, y el de 1904 actualmente en vigencia. Todos ellos han sido copias del Código Penal español de sus épocas respectivas.

Desde nuestro primer Código Penal siempre hemos tenido el artículo correspondiente que trata del delito de apropiación indebida, con la única diferencia que ha venido cambiando el número del articulado; pero en su redacción, no ha variado, solamente en su segundo inciso sí, ya que siempre ha rezado tal como se encuentra hoy en el Art. 490 No. 5 Pn. de la siguiente manera: "Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos u otras cosas muebles que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, o negaren haberlas recibido".

"En caso de depósito miserable o necesario se agravará en una tercera parte de la pena señalada".

"DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL DELITO DE  
APROPIACION INDEBIDA Y OTROS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD."

---

El delito de apropiación indebida se diferencia de otros delitos contra la propiedad, así: a) Con el "delito de daños", porque en éste el dolo específico del agente

es causar un perjuicio económicamente considerado, al sujeto pasivo, sin que haya ánimo de lucrar; y sin que haya abuso de confianza. En cambio en la apropiación indebida, la intención específica del que lo ejecuta es el lucro para sí o para un tercero, realizado con abuso de confianza.

b) Con la "usurpación", porque este delito, si bien tiene ánimo de lucro, no puede recaer en bienes inmuebles, en cambio la apropiación indebida se comete siempre sobre cosas muebles.

c) Con el "robo", porque en éste es necesario, para apropiarse las cosas objeto del delito, el empleo de violencia o intimidación en las personas o el uso de fuerza en las cosas. En cambio estos métodos de ejecución son incompatibles con el delito de apropiación indebida, desde luego que quien lo ejecuta recibe las cosas de su dueño voluntariamente.

d) Con la "extorsión", por las mismas razones aducidas en el literal anterior, con la pequeña diferencia -- que en el robo, quien lo sufre no entrega las cosas objeto del delito, sino que le son quitadas a la fuerza o por intimidación, o sea que son tomadas por quien ejecuta tal infracción penal. En cambio en la extorsión, el sujeto pasivo, atemorizado por la coacción psicológica o por la amenaza ejercida sobre él, entrega con sus propias manos las cosas objeto de este delito a su autor.

e) Con el "hurto", porque este delito se ejecuta por el agente tomando las cosas muebles sin el consentimiento de su dueño y sin emplear fuerza en las cosas, ni violencia ni intimidación en las personas. En cambio en la apropiación indebida, las cosas muebles objeto de tal acción criminal son entregadas por el perjudicado o por el sujeto pasivo, voluntariamente al hechor.

f) Con el "hurto con abuso de confianza"; en nuestra legislación penal, (Art. 471, No. 3) se encuentra el delito de hurto común agravado por la circunstancia del abuso de confianza. Se diferencia este con la apropiación indebida, en que quien lo ejecuta no ha recibido las cosas muebles objeto de la infracción penal amparado en un título legítimo. También se diferencia, porque en este delito, por lo general, no se reciben cosas determinadas, sino que por regla general, -- quien lo comete está frente a un número considerable de objetos muebles, entre los cuales puede escoger la cosa o las cosas que podrá hurtar. Y por último, porque quien lo ejecuta lo hace sobre cosas muebles que están todavía dentro de la esfera de vigilancia o protección de su dueño o del encargado de cuidar las.

g) Con "el famulato"; así llama Carrara al hurto cometido por domésticos empleando abuso de confianza. Este delito se diferencia del de apropiación indebida, por las mismas razones que hemos enunciado en el literal anterior. Y el hurto con abuso de confianza se diferencia del famulato, en que aquel puede ser cometido por cualquier persona (amigos, parientes, etc. del sujeto pasivo); en cambio el famulato sólo puede ser cometido por sirvientes.

h) Con el "abigeato"; éste es un delito de hurto común recaído sobre ganado, y las diferencias apuntadas en el literal e) entre el hurto y la apropiación indebida, son aplicables al abigeato.

i) Con la "estafa", porque en este delito hay un engaño que precede a la acción de sustraer la cosa mueble, de manos de quien sufrirá el delito. Generalmente, en la estafa hay un plan preconcebido por el hechor para llevarla a cabo. Por eso se dice, que este delito es eminentemente premeditado.

tado y alevoso. En cambio en la apropiación indebida, el agente ya tiene en su poder la cosa mueble que ha de ser objeto del delito y él, aprovechándose de esa circunstancia, las distrae o se las apropia o niega haberlas recibido. Pero la intención de quedarse con ellas nace después de haber adquirido la mera tenencia de las mismas legítimamente.

En la estafa hay un engaño anterior a una confianza; en cambio en la apropiación indebida, hay un abuso posterior a una confianza.

j) Con el "peculado", o "malversación de caudales públicos", porque en este delito es condición indispensable que quien lo ejecute, ostente la calidad de funcionario o empleado público, o que participe de funciones públicas aunque no sea tal funcionario ni tal empleado, y que se cometa sobre los caudales o efectos públicos que tiene a su cargo, o sobre cosas que aunque no sean públicas, se tengan por virtud de un acto estatal. Pero es requisito necesario, que quien lo lleve a cabo lo haga aprovechándose de su situación. En cambio la apropiación indebida puede ser cometida por cualquier particular. La diferencia no es por la naturaleza de ambos delitos porque ambos son exactamente iguales en sus elementos, sino por la calidad de los sujetos activos en ambas infracciones penales.

k) Con la "quiebra"; según nuestro Código de Comercio y la doctrina de los expositores del Derecho, se distinguen tres clases de quiebras: 1o.) Fortuita, 2o.) Culpable, y 3a.) Fraudulenta.

La quiebra fortuita no acarrea ninguna responsabilidad de carácter criminal; por consiguiente, queda excluida del presente tema.

En capítulo anterior, hemos dejado establecido,



que el delito de apropiación indebida, es un hecho naturalmente doloso o sea intencional, de donde podemos decir que también la quiebra culposa está excluida del desarrollo del presente literal.

Sólo nos interesa, pués, hacer el distingo entre el delito tema de esta tesis y la quiebra fraudulenta.

El delito de quiebra fraudulenta puede ser cometido por comerciantes o no comerciantes, con la única diferencia, que para los primeros la pena tendrá que ser mayor -- que para los segundos. En cambio en el delito de apropiación indebida puede ser cometido también por comerciantes o no comerciantes, con la diferencia entre este delito y el anterior, que para la existencia de la quiebra fraudulenta es necesario que los ofendidos sean comerciantes, en cambio en la apropiación indebida no.

El delito de apropiación indebida puede surgir de relaciones contractuales civiles, mercantiles, laborales o administrativas. Mientras que la quiebra fraudulenta sólo puede surgir de relaciones contractuales mercantiles.

1) "Con el Plagio". Porque este no es más -- que un delito de robo de persona con el objeto de lograr rescate.

Se diferencia, pués, este delito con el de apropiación indebida, en que éste sólo puede ser cometido sobre cosas muebles, mientras que aquél se comete sobre personas.

"DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL DELITO  
DE APROPIACION INDEBIDA Y LAS OBLIGACIONES  
MERAMENTE PRIVADAS".

---

Las obligaciones que caen estrictamente en el campo privado, son las civiles y las mercantiles. Según el contexto del Art. que trata sobre el delito de apropiación indebida y según la doctrina de los expositores del Derecho Penal, tal delito surge siempre de relaciones netamente privadas y por un hecho posterior del agente, llegan a ubicarse después dentro del Derecho Penal (Público). Se dice, además, que puede existir una especie de apropiación indebida que cae exclusivamente en el derecho privado, sin que pueda constituir, jamás, delito. Y esto es verdad, por ejemplo: en el arrendamiento de servicios profesionales puede darse el caso que el arrendatario anticipe cantidades de dinero a quien le prestará en lo futuro sus servicios, pero que por razones ajenas a su voluntad y por consiguiente sin ánimo de lucro, éste no puede cumplir sus obligaciones, tomando en cuenta que el dinero que recibió ya fué gastado ¿Será esto delito? ¿Estaremos en presencia de la apropiación indebida en materia penal? Nosotros afirmamos que no. Decimos que estamos en presencia de un incumplimiento de una obligación civil, pero ¿Cómo hacer para diferenciar cuando estamos en el campo puramente civil o en el campo penal? La pregunta no es sencilla, ni la respuesta lo es menos. Nos atrevemos, categóricamente, a decir que la diferencia debe de buscarse en el interior o en la conciencia de quienes ejecutan tales hechos, o sea dicho en otras palabras, que si el agente de tal acto tiene en sí ánimo de lucro, estaremos en presencia del delito de apropiación indebida, y por el contrario, si falta el "Animus lucrandi", aunque se --

cause un perjuicio en las condiciones económicas del sujeto pasivo, sin intención de causarlo, estaremos exclusivamente ante una mora o ante un incumplimiento definitivo que puede ser de una obligación civil o de una mercantil.

¿Y cómo hacer para establecer la existencia o no existencia del ánimo de lucro en el supuesto delincuente? Esta pregunta y su respuesta correspondiente son aún más difíciles que las anteriores. Nosotros creemos que tal circunstancia puede establecerse tomando en cuenta la actitud o el dicho del supuesto sujeto activo y, además, sus relaciones anteriores con el sujeto pasivo.

Para concluir este punto, diremos que no deben confundirse los hechos de disposición de las cosas objeto de los contratos, ejecutados con "Animus Rem Sivi Habendi", o sea comportándose como señor y dueño de las mismas, con los usos indebidos de las cosas objeto de los mismos contratos. En el primer caso estaremos en presencia del delito de apropiación indebida; en cambio en el segundo, solamente habrá una infracción a la relación contractual.

#### "EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Generalmente se acepta como concepto del sujeto activo o agente: "La persona física que comete el delito en calidad de autor principal o partícipe en cualquier grado".

En el caso del delito de apropiación indebida, se entiende que quien ostentará aquella calidad, deberá ser necesariamente el obligado a restituir la cosa o a darle el destino convenido. Precisamente, porque es un deudor, puede ser autor o sujeto activo del delito que nos ocupa, porque en vez

de conservar la cosa de acuerdo con el título, se la apropia.

Cuello Calón dice: "que puede ser sujeto activo cualquiera persona, pues no son necesarias cualidades especiales como en otros delitos".

Es indudable, que quien cometa el delito de apropiación indebida no debe ser dueño de las cosas muebles objeto del mismo.

Nosotros aceptamos este criterio, aún en contra de la opinión de algunos autores que consideran la posibilidad de una solución contraria, y para confirmar su punto de vista ponen el ejemplo del dueño de una cosa gravada a favor de otra persona, disponiendo aquel de ella; o el caso del arrendatario que dispone de las cosas retenidas en juicio de arrendamiento. Estimamos que en el primer ejemplo, estamos en presencia de un delito, pero no el de apropiación indebida; y en el segundo ejemplo, el hecho no es punible por falta de tipo. Otro ejemplo que ponen los mismos autores para confirmar sus aseveraciones, es el de las cosas en condominio en donde uno de los codueños se apropia del total. Este caso, podría llamarse "hurto del dueño", pero no puede generar jamás el delito de apropiación indebida, por falta de adecuación al caso legal.

Réstanos, solamente decir, que en la doctrina se polemiza acerca de si las personas jurídicas pueden ser o no sujetos activos de este delito. No entraremos en este problema, porque ello rebasa los límites de este trabajo, pero si afirmamos, categóricamente, que la responsabilidad penal sólo puede exigirse de personas naturales; y en el caso de las personas jurídicas, responderían únicamente aquellos sujetos que en su carácter individual y personal hayan intervenido en la ejecución de la infracción penal, sin perjuicio de -

la responsabilidad civil que pueda afectar a la corporación - en cuyo nombre hayan obrado.

"EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE  
APROPIACION INDEBIDA"

---

Biagio Petroccelli plantea la cuestión en los términos siguientes: "El camino seguro para llegar a la exacta determinación del sujeto pasivo del delito, esto es, del sujeto pasivo de la ofensa contenida en el delito, consiste en buscar el interés ofendido por el delito, y de allí, el titular de ese interés. Ello significa dar al problema la única y correcta solución científica y la única eficaz solución --- práctica, considerándolo, como debe estar, indisolublemente --- conexo al problema de la determinación del objeto específico del delito".

Luego añade: "Hemos visto cómo lo que es constantemente violado por la apropiación indebida es el derecho a la restitución y al uso determinado de la cosa y, más específicamente, la confianza incita en la relación de que surge este derecho.

El titular del mismo, aquel que ha sido ofendido en esta confianza, es el sujeto pasivo de la apropiación - indebida".

El criterio anterior no es del todo valedero - para nosotros, porque Petroccelli finca el objeto de su doctrina en el abuso de confianza exclusivamente.

¿Puede el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida no ser el propietario de la cosa? Nosotros creemos que sólo el propietario o el poseedor pueden ser sujetos pasivos, no así los meros tenedores. Algunos autores sostie--

nen la tesis contraria, pero para poder aceptarla es necesario asimilar los conceptos de "sujeto pasivo" y "Perjudicado", equiparación que técnica y prácticamente no debe ser aceptada, porque el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida, sólo puede serlo el titular del derecho a que se restituya la cosa confiada o se entregue la misma; la persona hacia la ---cual el agente debía de cumplir su obligación. En cambio "perjudicadas" por la apropiación pueden serlo, eventualmente, diversas personas, pero sólo es sujeto pasivo del delito en referencia el titular de aquel interés que la norma penal tutela y que el agente lesiona con la apropiación.

Por otra parte, debemos de decir que el sujeto pasivo de la figura en examen no precisa de calidades especiales y por ello cualquiera persona puede serlo siempre que éste sea el titular del derecho lesionado.

Al estudiar el sujeto activo del delito que nos ocupa, afirmamos que sólo las personas naturales podrían serlo. En cambio aquí, sujeto pasivo pueden ser las personas naturales o las jurídicas.

#### "OBJETOS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Los objetos fundamentales del delito en estudio pueden ser dos: a) Objeto jurídico específico, y b) Objeto material.

a) El primero es el bien o interés propio del sujeto directamente ofendido por el delito (sujeto pasivo).

Manzini afirma "que al sancionarse la apropiación indebida se tutela el derecho subjetivo que otro tenga sobre la cosa que el agente consensualmente detenta". Pero es

tos derechos subjetivos, se clasifican en patrimoniales y extra-patrimoniales y a su vez los primeros se dividen en derechos reales y derechos personales (de obligación o de crédito).

Con base en esta última división, algunos tratadistas se preguntan ¿Es un derecho real o un derecho personal aquel que el agente lesiona en el paciente del delito, al apropiarse de la cosa que se le ha confiado por un título de mera tenencia?

Otros autores sostienen que lo que la ley castiga en el delito de apropiación indebida es el atentado contra el derecho del propietario de la cosa confiada.

Petroccelli niega que la apropiación indebida sea violación del derecho de propiedad. No se niega, dice, que en muchos casos sea el propietario el ofendido por el delito, esto es, el dueño resulta agredido en tales eventos, a través del hecho punible susodicho, pero no precisamente en su derecho de dominio.

En cambio Von Litz sostiene: "que la apropiación indebida constituye un atentado, no ya contra la propiedad (derecho de dominio) sino contra los derechos reales".

Jiménez de Asúa dice: "que el objeto jurídico de protección, está constituido por los bienes jurídicos en cuya lesión no sólo vemos el quebranto de un interés particular, sino, a la vez, la ofensa a un interés público con la violación del deber de respetar las normas de cultura reconocidas por el Estado".

Nosotros creemos, que el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida, está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue) correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar. O sea, que se -

trata del derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa.

b) El segundo, o sea el objeto material del delito en examen, pertenece al campo "naturalista de la realidad", en cambio el jurídico al campo de la "consideración valorativa sintética".

El objeto material del delito de apropiación indebida, consiste en cualquier cosa mueble y las palabras "dinero" y "efectos", empleados en los Códigos que contienen tal delito, sirven una función puramente ilustrativa.

Ya hemos visto y dicho, las razones, que el delito de apropiación indebida, sólo puede ser cometido sobre cosas muebles y así lo dice nuestro Código Penal y la mayoría de los que contienen esta infracción penal.

Cuello Calón afirma que los inmuebles no están incluidos en este delito, porque tales bienes no están expuestos a los mismos peligros que los muebles, ya que éstos, una vez disipados o apropiados, será difícil encontrarlos.

Ahora bien; sabemos que las cosas se dividen también en consumibles y no consumibles y ambas categorías pueden ser objeto material del delito de apropiación indebida, excepto cuando las cosas sean consumibles y el título en virtud del cual se entregan, sea traslativo de dominio (caso del mútuo), pues en estos casos, las cosas consumibles que una persona entrega a otra con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad, pasan a ser propiedad del mutuario, desapareciendo con ello la hipótesis de apropiación indebida, ya que en este supuesto no habrá posibilidad ni de restitución ni de uso que sea diverso de la consumición de la cosa. Sin embargo, bien puede suceder que las cosas consumibles

se entreguen para un fin diverso al propio de su destino natural. Imaginemos por ejemplo, que una persona requiere de un amigo, cierta cantidad de licor para impresionar a ciertas visitas que espera recibir; con cargo de restituir dichas cosas a su dueño. En un caso como éste, si las cosas (licor) se consumen, habrá delito de apropiación indebida. No obstante, si la naturaleza fungible de ellas permite devolver un equivalente sin que de ello se siga perjuicio alguno para su propietario, tal apropiación no es punible. Por el contrario, si se abstiene de devolverlas, la figura delictiva queda completada.

Con respecto a las otras distinciones que de las cosas hace el derecho privado, son irrelevantes. Se trata de cosas divisibles e indivisibles, principales y accesorias; comerciales y no comerciales; todas ellas pueden ser objeto material del delito que nos ocupa. En cambio, en las cosas abandonadas (*Res Derelictae*) su aprehensión no genera delito alguno, pues para que pueda haber apropiación indebida es necesario que la cosa objeto material del mismo, esté en el patrimonio de una persona determinada. En fin, las cosas al parecer perdidas, dan lugar al hurto de hallazgo, pero no al de apropiación indebida.

En las legislaciones civiles, se reputan bienes muebles o inmuebles a los derechos y acciones; pero esta ficción no tiene relevancia penal, desde luego que nosotros creemos, que las cosas incorporales no pueden ser objeto material del delito en cuestión. Sin embargo, los títulos que representan derechos, si son susceptibles de estimación pecuniaria y constituyen un valor negociable, pueden ser objeto de apropiación indebida.

Por último, estimamos que las cosas muebles -- que sólo tienen un valor sentimental o moral, no pueden ser --

objeto material de este delito, porque en nuestra opinión, -- las cosas sobre las que se comete el delito de apropiación in debida deben tener un valor objetetivo, susceptible de valora ción pecuniaria.

"LOS TITULOS LEGALES QUE PUEDEN DAR ORIGEN  
AL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA"

---

Podemos decir que título es la fuente, causa o razón jurídica de aquel poder de hecho, no usurpado, que condiciona la aparición del delito que estudiamos.

El título es un elemento esencial del delito - en estudio, porque para la existencia de éste, es presupuesto necesario la detentación de la cosa objeto de la actividad pe nal por el agente, y ésta detentación, en su origen, ha de es tar arreglada a Derecho.

Ure dice que el vocablo "título", está empleado aquí como sinónimo de causa de la relación productiva de - la obligación de devolver.

El título de la tenencia resulta, entonces, a- quello que la causa jurídicamente.

De lo anterior se ve que la voz "título", es a la vez, causa de la tenencia y causa de la obligación de res- tituir o usar determinadamente la cosa ajena.

"La tenencia está causada jurídicamente por el contrato y materialmente, en el hecho, por la entrega; la o- bligación de restituir está causada jurídicamente por el con- trato y posibilitada por la entrega".

En la legislación penal francesa, si se trata de un contrato no incluido en la enumeración del precepto res pectivo, su quebrantamiento a través de la apropiación indebi

da, no es punible.

En cambio, en el sistema español y por ende en nuestro Código Penal, tras mencionarse en forma puramente ejemplar algunos títulos, se utiliza una fórmula amplia, relativa a todos aquellos casos que produzcan obligación de entregar o devolver la cosa objeto del delito. O sea que la enumeración de los títulos que pueden dar origen al delito en cuestión, no es taxativa en nuestro sistema legal penal.

Hay que hacer constar que los títulos a que nos referimos no son traslaticios de dominio, pues en este caso, dichos títulos serían inidóneos para originar la acción punible en estudio y más bien, estaríamos entonces propiamente en terrenos del Derecho Privado. Los títulos, pues, para que tengan la calidad de idóneos, deben ser aquellos que únicamente transfieren la mera tenencia de las cosas.

Algunos tratadistas del Derecho Penal, plantean el problema que puede surgir si el título fuera nulo por omisión de formas. Entre ellos, Claro Solar dice: "Una vez declarada la nulidad, las obligaciones se extinguen, dejan de seguir produciendo sus efectos, pero nacen otras nuevas: la de restituir e indemnizar perjuicios".

El aforismo jurídico de que la nulidad retrotrae o vuelve las cosas al estado anterior, puede dar lugar a pensar que no cometió apropiación indebida quien, en el lapso anterior a la declaración de nulidad del título, vendió o se quedó con la cosa confiada en virtud del título nulo, ya que no son válidas las obligaciones emanadas de éste y la nueva obligación de devolver no había aún aparecido.

Ure dice: "Sin embargo, la nulidad o la anulación del contrato, para nada influirá en la posibilidad de la existencia del delito, si el agente, antes de la nulidad o de

la anulación, ha recibido la cosa ajena como simple tenedor de ella. El acto no valdrá como tal contrato, pero la obligación de devolver subsistirá inmanente. Si el acto no vale como contrato y la obligación de devolver subsiste, habrá que señalar a qué título ella subsiste".

Pero el derecho a la restitución no puede subsistir sin un título, de tal suerte que el acto o contrato declarado nulo absolutamente no tiene existencia legal; por lo tanto, en interés público, las cosas deben de restituirse al estado que tenían como si el acto no hubiera existido jamás.

Leopoldo Urrutia, afirma que hubo delito en la apropiación del tenedor realizada durante la vigencia del contrato anulado con posterioridad con efecto retroactivo. Habrá que demostrar, dice, que pese a desaparecer el contrato (Título) subsistió la obligación de devolver y por ende un título en que ésta se funde.

Nosotros creemos que la declaratoria de nulidad puede borrar las abstracciones jurídicas, pero no los hechos físicos acaecidos. Estimamos que cuando se recibe una cosa ajena (aunque desaparezca, por efecto de la nulidad, el título que explicaba la entrega y le servía de causa jurídica) es un hecho voluntario, no convencional, porque desaparecido el título convencional (contrato) por razón de la nulidad, emerge un título subyacente: el nuevo hecho, lícito, no convencional (cuasi-contrato) que viene a desempeñar el papel de fuente de la obligación de devolver. Porque si en un principio dijimos que hay que entrar legítimamente en la tenencia de las cosas, ya que en caso contrario no habría delito de apropiación indebida, sino de hurto o de estafa, necesario será concluir que después de ser declarado nulo aquel título que dió origen a -

la tenencia de la cosa, surge otro título que ampare la obligación de devolver o entregar las cosas recibidas. Tal título será sin lugar a dudas un cuasi-contrato.

Nosotros creemos, que los títulos legales que pueden dar origen al delito de apropiación indebida, pueden dividirse, según su naturaleza, de la manera siguiente: 1o.) Títulos de naturaleza civil; 2o.) Títulos de naturaleza mercantil; 3o.) Títulos de naturaleza laboral; y 4o.) Títulos de naturaleza administrativa.

1o.) "LOS DE NATURALEZA CIVIL".

"LA PRENDA".- Contrato de prenda, empeño o pignus es aquel por medio del cual un deudor entrega una cosa mueble a su acreedor para la seguridad de su crédito.

Para que pueda originarse el delito que estudiamos, es necesario que haya desplazamiento de la cosa objeto del mismo, o sea que en el caso de la prenda el deudor no se quede con ella (entrega simbólica), sino que es indispensable que se la entregue al acreedor.

Es necesario que entre ambas partes, en el contrato de prenda, no exista pacto comisorio o sea la facultad concedida al acreedor de disponer de la cosa prendada o de apropiársela sin necesidad de recurrir a la justicia, por un precio señalado de común acuerdo con el dueño, para el caso en que éste incumpla su obligación. El deudor, pues, tiene derecho a la restitución de la cosa prendada independiente del cumplimiento de su obligación principal.

El acreedor prendario tiene además, un derecho: de retención (no de apropiación) sobre la cosa objeto del contrato cuando el deudor no cumple su obligación. Tan es esto cierto, que el acreedor no puede disponer de la cosa prendada; que no puede venderla directamente, sino pedir que se venda -

para pagarse con el producto. De esta última afirmación, deducimos que no puede darse el caso que presentan algunos comentaristas sobre el acreedor prendario que vende la cosa objeto del empeño y el precio que él cobra en virtud de esa venta es superior a la deuda insoluta, y sin embargo, tal acreedor se queda con el producto total de la venta; es en ese excedente, dicen tales comentaristas, en donde se comete el delito de apropiación indebida.

Para finalizar el contrato de prenda, sólo diremos que no es idóneo para producir el delito que ocupa nuestro estudio, la prenda que recae sobre cantidad de dinero --- (prenda irregular) porque en este caso se toma al acreedor, no como un mero tenedor, sino como dueño del dinero, en virtud de autorización (que puede ser expresa o presunta) del deudor, a menos que existiera prohibición expresa de parte de éste a fin de que el acreedor no pueda disponer del dinero. En el caso de prenda irregular, el título es traslativo de dominio, y por ello no puede generar el delito de apropiación indebida.

b) "EL DEPOSITO".- Aparece mencionado en muchos códigos penales como en el nuestro, como prototipo de contrato que puede dar origen al delito en referencia. Existe tal contrato, toda vez que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

Doctrinaria y legalmente se conocen cuatro clases de depósito: 1o.) Depósito propiamente dicho; 2o.) Depósito irregular; 3o.) Depósito necesario; y 4o.) Secuestro.

Dice Politoff: "Comete apropiación indebida aquel que ha recibido una cosa corporal mueble para que la guarde y la restituya a voluntad del depositante, si invierte su título precario apropiándose de la cosa confiada."

El caso anterior, es el típico del depósito --  
propriadamente dicho, el cual no reviste mayor dificultad para --  
su comprensión.

Cosa distinta, sucede con el depósito irregu--  
lar o sea el depósito de dinero, cuando éste no es en arca ce--  
rrada cuya llave conserva el depositante o con otras precau--  
ciones que hagan imposible tomarlo sin fractura; pues en tal  
caso debe presumirse que se permite emplear el dinero y el de--  
positario es tan solo obligado a restituir otro tanto en la -  
misma moneda. En este caso el título no transfiere la mera te--  
nencia, sino el dominio de las cosas por ser estas consumi---  
bles. De manera pues, que en este caso, el título no resulta  
idóneo para originar el delito en estudio. Pero esta inidonei--  
dad, no es regla general en el depósito irregular, desde lue--  
go que la presunción de la facultad concedida por el depositan--  
te al depositario, para disponer del dinero, es una presun--  
ción legal que admite prueba en contrario. Así por ejemplo, -  
podría suceder que en un contrato de depósito irregular se es--  
tipulara prohibición expresa para disponer del dinero. En es--  
te supuesto, si el depositario gasta el dinero que le ha sido  
entregado y no devuelve cantidad alguna igual, al depositante,  
comete delito de apropiación indebida; pero si gasta el dine--  
ro objeto del contrato y devuelve otra cantidad igual y en la  
misma moneda, tal hecho no tendrá pena alguna, no porque el -  
título (depósito irregular) no sea idóneo, sino porque falta--  
ría el elemento "perjuicio" que se exige para integrar la in--  
fracción penal tantas veces mencionada. Si por otro lado, se  
estipulara en el contrato la prohibición de disponer del dine--  
nero el cual se deja en arca cerrada cuya llave conserva el -  
depositante, y si el depositario abre el arca y contraviene -  
con ello tal prohibición, comete delito, no de apropiación in

debida, pero sí de hurto o robo, según el caso. Pero si el mismo depositario, dispone del arca y de su contenido, por ejemplo vendiéndolos sin abrir aquella, si comete el delito en estudio.

El depósito necesario, es aquel en que el depositante no está en condiciones de elegir voluntariamente al depositario, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante.

Cuando el depósito necesario se hace en un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, dicho contrato se convierte en un cuasi-contrato que obliga al depositario, sin la autorización de su representante legal y que por lo tanto, también -- puede ser título idóneo de apropiación indebida.

El depósito necesario, llamado también miserable, en algunas legislaciones como en nuestro Código Penal vigente, es causal de agravación especial de la pena del delito de apropiación indebida, agravante que gran parte de la doctrina rechaza, por ser ésta una de las circunstancias generales que agravan todo delito.

Por último, el secuestro, es el existente cuando dos o más personas que están litigando sobre una cosa, la entregan a un tercero para que éste la restituya a quien obtenga sentencia favorable en el pleito.

Si bien este título es idóneo, éste cambia de nombre en casi todas las legislaciones penales modernas por el de "peculado", por participar de funciones públicas el depositario judicial y que en nuestro Código Penal se encuentra incluido en el título que trata de la "Malversación de Caudales Públicos".

Para terminar el contrato de depósito, résta--

nos decir únicamente, que no debe confundirse el delito de a apropiación indebida con el legítimo ejercicio al derecho de retención que puede tener el depositario sobre las cosas en custodia, mientras no le sean pagados los perjuicios y expen sas que la guarda de las mismas le hayan ocasionado.

c) "COMODATO".- Llamado también "préstamo de uso" y es aquella relación contractual en que una de las par tes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Por razones apuntadas - en otra parte de este trabajo, los inmuebles quedan exclui- dos de las cosas que pueden ser objeto del delito de apropia ción indebida, motivo por el cual, lo que aquí diremos será referente sólo a bienes muebles.

La doctrina plantea una cuestión interesante - con respecto al préstamo de uso, pues se afirma, que la situa ción cambia si las cosas prestadas son para usarlas fuera de la vigilancia del comodante o si por el contrario, deben usar se en presencia o en el domicilio de éste. En el primer caso, si el comodatario se queda con las cosas dadas en uso comete rá el delito de apropiación indebida; en el segundo caso el delito será calificado de hurto.

Otra cuestión interesante, es la prohibición - legal que impone al comodatario la suspensión o la obligación de no restituir las cosas cuando éstas son armas ofensivas y de toda otra cosa de que se sepa se trata de hacer uso crimi nal y de ponerlas a la orden de Juez. Algunos autores como Ure, afirman que la no devolución de las cosas bajo estos su- puestos, origina el delito de apropiación indebida, sin res- ponsabilidad penal para quien lo ejecuta, por estar amparada la negativa a la devolución, por la causal de justificación -

de "obrar en el cumplimiento de un deber". Pero el maestro - Politoff, discrepa de tal criterio por considerar "que en el evento propuesto el derecho a la restitución es vulnerado -- porque la ley así lo manda, el acto de no devolución -por carecer del ánimus rem sibi habendi- no es típico, ya que la - figura legal reprime la apropiación y no la simple retención o no devolución".

Este pues, es un caso de ausencia de adecua-- ción típica, por faltar el ánimo de comportarse como señor y dueño de las cosas. No se trata de un delito justificado, si no de un hecho atípico.

En el mismo sentido deben resolverse los ca-- sos de suspensión de devolución de las cosas cuando estas -- fueren hurtadas o robadas o perdidas y también al derecho de retención por parte del comodatario, mientras no se le pague las expensas e indemnizaciones que las cosas objeto del como-- dato le han ocasionado.

También cesa la obligación de restituir las co sas cuando el comodatario descubre que él es el dueño de las mismas. Bien podría suceder por ejemplo, que el comodante le dispute el dominio de ellas; en este caso, el comodatario es tá obligado a devolverlas, a menos que pueda probar breve y - sumariamente su derecho. Pero aún sin presentarse esta disputa, creemos nosotros que el comodatario que se comporta como dueño y señor de las cosas objeto del comodato, por creer que efectivamente el dueño de las mismas es él, no comete el deliti to de apropiación indebida por falta de dolo o sea, por ac--- tuar impulsado por error.

Finalmente, el comodato precario o sea el he-- cho de pactarse que el comodante podrá exigir la restitución de la cosa en cualquier momento, entendiéndose que es también

precario el préstamo de las cosas para un servicio particular y no se fija tiempo para su restitución; y por último, - también es precario el comodato de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. - En estos tres casos de comodato precario, creemos que siempre hay obligación de devolver las cosas objeto de la relación jurídica, lo que puede originar, cuando hubiere negativa, el delito de apropiación indebida.

d) "MANDATO".- Es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Se dice que el mandato puede ser: 1o.) General, y 2o.) Especial.

Es general cuando no se detallan los negocios o actos para los cuales se confiere; y Especial, cuando se determinan.

Este título es idóneo para poder generar el delito de apropiación indebida, en todos aquellos casos en que el mandante entrega al mandatario dinero, especies o cualquier cosa con un fin determinado (por ejemplo pagar una deuda, vender especies, etc.) y el segundo se las apropia. También puede originarse este delito, siempre que el mandato consista en cobrar cantidades de dinero u otras especies por el mandatario, a terceros que por cualquier título le deban al mandante y que sin embargo, el mandatario después de cobrar y percibir las, no las devuelve apropiándose las.

No debemos olvidar, que este título como los anteriores, sólo origina la mera tenencia de las cosas en manos del mandatario; de manera pues, que aquí también pueden presentarse los casos de apropiación indebida de cosas consumibles y fungibles. Así por ejemplo, si las cosas apropiadas

han sido consumidas y no son fungibles, se habrá realizado el delito en cuestión.

Si las cosas se han consumido y siendo fungibles el mandatario no devuelve otra cantidad igual de las mismas, se habrá cometido también el delito que estudiamos. Pero si se han consumido las cosas y siendo estas fungibles, el agente devuelve cantidad igual de las mismas, el hecho no tendrá pena por faltar el elemento perjuicio. Cosa distinta ocurre en el caso del empleado público, que aún sin causar perjuicio o entorpecimiento en el servicio (si lo causara, la pena sería mayor) y aunque devuelva el equivalente, usa indebidamente de los fondos puestos a su cargo, en este caso la apropiación indebida se habrá consumado, aunque el delito se llame por la calidad del agente, malversación de caudales públicos o peculado, en donde el elemento perjuicio no es requisito indispensable para integrar la infracción penal mencionada.

Irureta Goyena se refiere a una forma original del mandato, aquella que resulta de las colectas de beneficencia o con fines culturales o patrióticos; las personas que reúnen el dinero, son mandatarios de los donantes y si se lo apropian incurren en la conducta punible que examinamos.

Creemos incluso, que pueden presentarse delitos de apropiación indebida, originados en las asignaciones a título singular. Estas representan verdaderas deudas testamentarias cuyo pago corresponde a los herederos, originada tal obligación, por un mandato hecho por el testador; pero si los herederos no cumplen tales deberes para con los legatarios, apropiándose las cosas objeto de las asignaciones singulares, incumplen el mandato de pago ínsito en el testamento, cometiendo con ello el delito tantas veces mencionado.

e) "ADMINISTRACION".- Es éste un título que también se menciona como caso típico para originar el delito de apropiación indebida.

Lo que se ha dicho con respecto al mandato, es aplicable a la administración, que no constituye un título legal específico, sino una clase de mandato.

"Mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es indudable que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios. Cuando, por el contrario, desvía el administrador a usos propios los dineros confiados, estará subvirtiendo su título de mera tenencia y si no restituye el equivalente (la cual devolución excluye el delito al hacer de saparecer el perjuicio) realizará, ciertamente, un hecho que puede subsumirse en el delito descrito".

Sabido es, que todo administrador está obligado a rendir cuenta de su administración y que la relevación de rendirla no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

Se puede pedir la rendición de cuentas en cualquier tiempo por el mandante, a menos que se haya estipulado que se rinda en épocas fijas.

Rendida la cuenta, el administrador debe devolver al mandante el saldo que resulte a favor de éste, el cual devenga intereses desde que el administrador cae en mora de restituir.

La sola circunstancia de negarse el mandatario a rendir cuentas o a devolver el saldo después de rendida aquella, no constituyen delito de apropiación indebida; -

para que éste surja, es necesario el propósito de no entregar o no devolver las cosas sobrantes de la administración, o los saldos a favor del mandante, realizadas tales negativas con ánimo de lucro.

Réstanos decir, que en la administración, como en todo mandato, el mandatario podrá retener los objetos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte. No deberá confundirse entonces, éste derecho con el delito de apropiación indebida.

f) "ARRENDAMIENTO".- Es un contrato en que ambas partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio de terminado.

También aquí los inmuebles están excluidos, por razones ya expuestas con anterioridad, por no ser éstos objetos idóneos sobre los que pueda recaer el delito que estudiamos.

Debemos excluir asimismo, las cosas consumibles, por no ser éstas objetos idóneos de arrendamiento, desde luego que este contrato implica el uso de las cosas sin que se consuman. Si se arrendaran cosas consumibles, el contrato de arrendamiento se convertiría en contrato de mútuo (préstamos de consumo) o en depósito irregular.

El arrendatario, es un mero tenedor, sin ánimo de señor y dueño, porque la sola circunstancia de pagar el precio por el arrendamiento, es un reconocimiento del dominio del arrendador. Si aquel, dispone de la cosa, comportándose como señor y dueño (ánimus rem sibi habendi) cometerá delito de apropiación indebida.

La solución anterior no siempre es regla general, desde luego que el Código Civil vigente establece que -- siempre que se arriende un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación en contrario, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dicho ganado y el ganado mismo, con la obligación de dejar en el predio, al final del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades. Si al finalizar el arriendo no hubieren en el predio suficientes animales de las mismas edades y calidades, para efectuar la restitución, pagará el arrendatario la diferencia en dinero.

En este contrato, como en otros que ya hemos estudiado, en donde hay mera tenencia de las cosas, se reconoce al arrendatario un derecho de retención, que no debe confundirse con el delito que analizamos.

La ley reconoce también, un derecho de retención al arrendador, sobre las cosas de propiedad del arrendatario, cuando éste no ha pagado en su totalidad los cánones de arrendamiento. Este derecho, dice Politoff, es idéntico al del acreedor prendario, que asume la tenencia de la cosa prendada para asegurarse el pago de un crédito anterior al contrato de prenda.

Con respecto al arrendamiento para la construcción de una obra, podemos decir, que si el artífice suministra los materiales para la confección de ella, el contrato será de venta y éste es inidóneo para poder generar el delito que estamos estudiando. Por el contrario, cuando los materiales son suministrados por el arrendador y el arrendatario se apropia de ellos, comete la infracción penal susodicha.

Para finalizar este contrato, diremos que el arrendamiento de los servicios personales puede originar apro-

piación indebida, cuando se entregan cantidades de dinero como pago anticipado por la prestación de futuros servicios personales.

g) "SOCIEDAD O COMPAÑIA".- Es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Este contrato, dice Politoff, siguiendo a Ferrer Sama, no puede dar origen al delito que nos ocupa, sino la relación de mandato por la cual el administrador de los bienes sociales, socio o extraño, viene ligado a la sociedad misma. Por ello son aplicables aquí, los razonamientos referentes al mandato y a la administración, de que ya hemos hablado.

Este contrato a diferencia con el mandato da derecho a los socios para que estos puedan servirse, para su personal uso, de las cosas pertenecientes a la sociedad, con tal que las empleen según su destino y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros socios. Es natural, dice Claro Solar, que esta facultad no se refiere al dinero, porque deben ser cosas que no se destruyan por el primer uso, para que puedan ser igualmente usadas por los demás.

De lo anterior, podemos deducir, que el socio administrador carece de facultad para usar a fines particulares, los dineros que administra, porque si los usa, cometerá el delito de apropiación indebida, a menos que devuelva el equivalente para hacer desaparecer el elemento perjuicio.

En cambio, si quien dispone de las cosas es un socio no administrador, éste por no ser tenedor de aquellas tendrá que apoderárselas para distraerlas y entonces el hecho

sería constitutivo de hurto de cosa común, y éste, ya dijimos en párrafo anterior, no constituye delito por no estar tipificado en ninguna legislación penal. Lo mismo podemos decir de la apropiación indebida de cosa común.

Lo que sí podemos afirmar, es que el delito en estudio puede presentarse en el caso de la sociedad de hecho, disuelta, en donde aparecen claramente determinados los derechos de cada uno de los ex-socios. Si uno de estos detenta cosa de ajena pertenencia, o sea, que pertenecen a otro ex-socio, y sin embargo se queda con ellas, cometerá el delito en referencia.

2o.) "DE NATURALEZA MERCANTIL".-

a) LA COMISION.- Este contrato es una especie de mandato puramente mercantil y existe cuando el mandatario ejecuta el mandato mercantil sin mención o alusión alguna al mandante, contratando en su nombre propio (en esto se diferencia del mandato civil) pero en interés del comitente, como principal y único contratante.

El contrato de comisión puede dar origen al delito de estafa o al delito de apropiación indebida, en los casos en que el comisionista lleva cuenta de su función y las altera o altera los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho. Para que haya estafa, será necesario el uso de artificios engañosos anticipados o concomitantes para la obtención de la entrega de los fondos o de las cosas que serán objeto del delito. En cambio, puede ocurrir que el comitente haya adelantado los fondos al comisionista y que la presentación de las cuentas deformadas tienda a ocultar una apropiación indebida; en tal caso, la falsedad de las cuentas no estará dirigida a obtener la entrega, sino a justificar la no devolución.

De lo anterior, se deduce, que para que esté perfecto el delito de apropiación indebida, será necesaria la apropiación por el comisionista, de los fondos que anticipadamente ha recibido; la disimulación de tal acto a través de las cuentas falsas y la no restitución de otras cantidades equivalentes a los fondos recibidos.

Por lo demás, todo lo que ya dijimos con respecto al mandato, es aplicable al contrato de comisión.

b) "CONTRATO DE ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION".- Es este un contrato por el

cual dos o más comerciantes, toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas y sucesivas, que debe efectuar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio.

En este contrato es reputado como único dueño, el gestor del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. De esto se deduce que para otros efectos, no se reputa único dueño o sea que existen otros dueños, donde resulta una copropiedad.

El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social. De tal manera, dice Politoff, que al efecto de decidir una eventual incriminación por apropiación indebida por el gestor de una cuenta en participación, debemos remitirnos a lo que ya expusimos acerca de la comunidad, concluyendo que la disposición indebida de parte del gestor condómino, no queda comprendida en la órbita que rige la figura delictiva que

analizamos, la que se aplica sólo a tenedores de cosas ajenas que comienzan a poseer *ánimus rem sibi habendi*, subvirtiendo su título precario.

c) "CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE".- Es este un contrato de naturaleza mercantil el cual se celebra entre un remitente o cargador que da el encargo del transporte y un empresario o porteador que se obliga a ejecutarlo o hacerlo ejecutar.

Este, no es más que un contrato de arrendamiento aplicado al transporte mercantil, motivo por el cual todo lo dicho en párrafos anteriores con respecto al contrato de arrendamiento, debe de aplicarse a este título comercial.

3o.) "DE NATURALEZA LABORAL" .- Los contratos de trabajo pueden ser colectivos o individuales; pero para nuestro estudio sólo nos interesa estos últimos.

Contrato individual de trabajo, es aquel convenio verbal o escrito celebrado por una persona natural o jurídica llamada patrono y una persona natural llamada trabajador, por medio del cual éste se compromete a la prestación de sus servicios personales, bajo condiciones de dependencia y subordinación; y el otro se compromete a pagar un salario por tales servicios.

Sabemos que entre las obligaciones legales de los patronos, está la de proporcionar al trabajador los útiles, herramientas y elementos necesarios para que éste pueda realizar su trabajo. Esta es una obligación de naturaleza estrictamente laboral. Si el trabajador se queda con las cosas que ha recibido para desempeñar su trabajo o dispusiere de ellas, comete delito de apropiación indebida. Esto es en el supuesto caso que el trabajo deba realizarse en el domicilio del trabajador o fuera de la vigilancia del patrono, porque en caso --

contrario, o sea cuando la labor deba realizarse en la oficina, en la casa, en la fábrica, en el taller, etc., etc. del patrono y el trabajador se apropia los objetos o útiles de trabajo, sustrayéndolos de la esfera de fiscalización del patrono, cometerá delito de hurto.

A los contratos laborales en cuanto a este punto se refiere, debemos aplicar las cosas dichas en párrafos anteriores referente al comodato o préstamo de uso por la similitud que existe entre ambos.

4o.) "DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA".-- Son los contratos celebrados por el gobierno y los particulares a fin de que éstos realicen determinada actividad en favor de aquel. El caso típico de estos contratos es el de los empleados públicos. Si estos manejan fondos o negocios del Estado y aprovechándose de esas funciones se apropian o distraen cantidades de dinero o de cosas, cometerán delito de apropiación indebida, pero que por ser los sujetos activos funcionarios, empleados o particulares con funciones públicas, el delito se llama entonces malversación de caudales públicos o peculado.

Las enumeraciones que hemos hecho de los títulos que pueden originar el delito de apropiación indebida, no es taxativa y sólo hemos analizado los más importantes, a guisa de ejemplo.

Hasta aquí hemos visto, solamente títulos de mera tenencia, como únicos idóneos para servir de base al tantas veces mencionado delito. ¿Habrán algún caso en que el título sea traslativo de dominio y sin embargo pueda originar después el delito de apropiación indebida? Nosotros creemos que sí lo hay, por excepción. Son los casos de los contratos de compra venta con pacto de retroventa; si el comprador, requerido por el vendedor, no devuelve la cosa objeto del contra

to al transcurrir el plazo, cometerá la figura delictiva que ocupa nuestra atención. Lo mismo ocurre en el caso contrario, o sea cuando el contrato de compra-venta se realiza con pacto de retroenmendado o retroamendo; si el vendedor, requerido por el comprador no devuelve el dinero, precio de las cosas objeto de la compra-venta, cometerá delito de apropiación indebida del dinero. También podría originarse este delito, del contrato de compra-venta con pacto de retracto, pues si presentándose persona que mejore la compra dentro del año siguiente a la celebración del contrato y el comprador no devuelve la cosa y no mejora el precio al ser requerido por el vendedor, aquel cometerá la infracción penal que analizamos.

En los tres casos de compra-venta con pactos especiales arriba mencionados, no surgirá el delito susodicho si no hay ánimo de lucro de parte del tenedor de la cosa o del dinero y si no hay tampoco un perjuicio patrimonial para el que cumple lo pactado.

Con anterioridad, hemos estudiado, solamente tí tulos con obligaciones civiles. ¿Y en el caso de las obligaciones naturales?

¿Pueden las obligaciones naturales originar el delito de apropiación indebida?

Sabemos que las obligaciones pueden ser civi--les o naturales. Aquellas son las que dan derecho para exigir su cumplimiento; éstas, no confieren derecho alguno, pero cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Para que no pueda pedirse la restitución de lo pagado en virtud de cumplirse obligaciones naturales, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente o sea a sabiendas que no se está pagando una obligación civil, sino, una na-

tural. Es aquí en donde puede surgir la figura penal que estudiamos. En efecto: si el que paga una obligación natural lo hizo creyendo que pagaba una civil, pero con posterioridad se enteró de su error y por ello pide la devolución de lo pagado y además quien ha recibido el pago se apropia de éste, sabiendo también que el pagador actuó por error, se habrá realizado el delito de apropiación indebida. Pero si quien recibe el pago cree que el pagador sabe de la invalidez de la obligación que está solventando, no cometerá delito alguno por haber procedido también por error.

Hasta aquí hemos visto someramente, sólo títulos legales, porque la mayoría de los autores de Derecho Penal sostienen que los únicos títulos que pueden dar origen al delito en estudio, son los legales enumerados en el Código Penal, en el delito de apropiación indebida, o algunos títulos similares, pero siempre legales, que produzcan obligación de entregar o devolver las cosas.

¿Y las obligaciones morales, pueden originar el delito de apropiación indebida? Nosotros estimamos que sí y el caso típico es el de los esponsales o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada. Sabemos que esta promesa, no produce obligación alguna ante la ley civil, desde luego que no puede alegarse ni para pedir que se lleve a cabo el matrimonio ni para demandar indemnización de perjuicios. Lo que sí puede pedirse, es la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado. Es lógico que si el demandado no devuelve las cosas al cumplirse la condición resolutoria, cometerá el delito en referencia, siempre que haya ánimo de lucro en el tenedor y un perjuicio patrimonial contra el demandante.

Debemos advertir, que directamente no son las

obligaciones naturales ni las obligaciones morales las que pueden en sí originar el delito de apropiación indebida, sino que en el primer caso, será el pago hecho por error el que lo genere y en el segundo será la donación condicionada a la celebración del matrimonio.

Para terminar el punto relativo a los títulos idóneos, diremos solamente, que todos los que hemos examinado hasta este momento, son títulos originados de convenciones celebradas directa y personalmente, y por medio de las cuales se ha entregado alguna cosa (depósito, comodato, arrendamiento, etc.) o se ha dado una facultad (cobrar créditos, realizar una obra, un mandato de compra, etc.) Pero bien podría suceder, que el contrato que genere la infracción delictiva que ocupa nuestra atención, no fuera una convención verbal o escrita, directa y personal, sino que fuera un convenio presunto como en el caso de los contratos llamados de adhesión, o sea aquellos en que hay un oferente que señala las condiciones esenciales de un contrato que él desea celebrar, y el aceptante, sin discutir las, se adhiere a ellas realizando voluntariamente los presupuestos del ofrecimiento. ¿Será posible que de los contratos de adhesión pueda originarse el delito de apropiación indebida? Por ejemplo, el caso del médico que en su sala de espera ha colocado un letrero que se lee: "Sírvese tomar asiento y esperar, el médico lo atenderá pronto". Suponiendo que el paciente o cliente o visita, efectivamente toma asiento (tenencia de la cosa) y con posterioridad y aprovechando tal tenencia del sillón, por ejemplo, se la apropia con ánimo de lucro y se la lleva para su casa. Lo mismo puede suceder en el caso de uso del teléfono público que cualquiera puede usar, con obligación de pagar el servicio y devolverlo. Si alguien, al momento de estarlo usando se le o-

curre apropiárselo y en realidad se lo apropia para sí con ánimo de señor y dueño, causando con ello un perjuicio patrimonial a la empresa telefónica. En ambos casos, podría creerse que los delitos cometidos son de apropiación indebida, pero está bien claro que en ambos ejemplos de contratos de adhesión el acto ejecutado por el agente es más bien una "aprehensión" que una apropiación verdadera, pues para que esta exista, es elemento necesario una entrega fiduciaria, mientras que en los casos propuestos, es una simple prención. Por ello, debemos concluir afirmando que en los casos de los contratos de adhesión, el delito ejecutado debe ser calificado como hurto y no como apropiación indebida. Si así no fuera, todo aquel que se introdujera en casas habitadas a hurtar o robar pertenencias ajenas sería castigado no por hurto o robo, sino por el delito de apropiación indebida por el solo hecho de encontrarse en la entrada principal de dichas casas, un rótulo que dijera: "Welcome" (bienvenido), lo cual constituiría una tremenda exageración.

"LOS GRADOS DE PERFECCION EN EL DELITO DE  
APROPIACION INDEBIDA"

---

La doctrina reconoce cinco grados de perfección en todos los delitos, son estos a saber: 1o.) Imposibles; 2o.) Tentados; 3o.) Frustrados; 4o.) Consumados; y 5o.) Agotados.

Estos grados quizás puedan presentarse en el delito de apropiación indebida y aunque algunos tratadistas del Derecho Penal no se ocupan extensamente de esta cuestión, nosotros trataremos de hacer un breve análisis de ellos.

1o.) "DELITO IMPOSIBLE DE APROPIACION INDEBIDA"

Sabemos que para cometer cualquiera de los de-

litos contra la propiedad, son requisitos necesarios que la cosa objeto del mismo, no pertenezca al que lo ejecuta y que las cosas tengan un valor económicamente apreciable. Tan cierto es esto, que cuando falta cualquiera de los dos elementos que hemos mencionado, la realización del delito es en grado de imposible. Así por ejemplo, cuando alguien ha recibido en comodato una cosa para usarla durante algún tiempo y al concluir éste, se queda con ella, apropiándose, creyendo que la cosa es de ajena pertenencia. Si con posterioridad a tal apropiación se sabe que tal cosa, era de su legítima propiedad, en este caso, el delito sería imposible por no ser de ajena pertenencia el objeto material del mismo.

También estaremos en presencia de un delito imposible de apropiación indebida, cuando alguien entrega, por ejemplo, a otro un sobre cerrado, manifestándole que dentro de aquel hay cosas de muchísimo valor para él. Suponiendo que el depositario se apropiara de aquel sobre creyendo que se lucraría con su contenido y con posterioridad descubre que en dicho sobre solamente hay un mechón de pelo dorado; en este caso el delito sería imposible, porque las cosas objeto de la acción criminosa carecen de valor económico, y por ello haría falta el elemento perjuicio del delito susodicho.

#### 2o.) "TENTATIVA DE APROPIACION INDEBIDA".-

Como regla general aplicable a todos los delitos, sabemos que hay tentativa de los mismos, cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

¿Cómo podría darse un caso de tentativa en el delito de apropiación indebida? Creemos que por las inúmeras

formas que puede revestir la toma de posesión en tal delito, no es posible que se dé la existencia de él en grado de tentativa. Además, debemos recordar que el delito que analizamos - lleva en sí un elemento esencial: la actitud omisiva a devolver o entregar las cosas recibidas o negar haberlas recibido y en los hechos criminales cometidos por omisión o por comisión por omisión, no es dable el grado de tentativa.

Creemos que en el delito de apropiación indebida, sería imposible poder apreciar los actos que pueden constituir un principio de ejecución, de apropiación o distracción, sin que tal apropiación o distracción estén ya cumplidas.

3o.) "FRUSTRACION EN EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA".

Hay delito frustrado, cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza, suficientes para producirlo y - sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente. Lo dicho en el numeral anterior con respecto a la tentativa en el delito de apropiación indebida, es aplicable al grado de frustración en el mismo hecho criminoso, porque también aquí resulta harto difícil poder distinguir cuándo estamos en presencia de una apropiación o distracción frustradas, de las cosas objeto de la conducta delictiva sin que tal delito no se encuentre ya realizado en su plenitud.

4o.) "CONSUMACION EN EL DELITO DE APROPIACION INDEBIDA".

La doctrina discute acerca del momento en que se dice que el delito que estudiamos se ha consumado. Así, unos autores sostiene que la apropiación indebida se consuma - en el preciso momento en que el agente dispone o se apropia -

de las cosas que ya se encuentran en su poder. Otros sostienen, que el delito en referencia deberá tenerse por consumado hasta el momento en que el dueño de las cosas reclama del tenedor su devolución; y en los contratos en que se ha fijado fecha para la restitución de las cosas, hasta la llegada de aquella sin que el agente las haya regresado.

Politoff sostiene el segundo criterio o sea el de la necesidad del reclamo (judicial o extra judicial) de parte del propietario de las cosas, hecho al tenedor de las mismas para que las devuelva y la negativa de éste para restituir las posterior a la petición de devolución. Y en aquellos contratos en que se fija época o fecha para efectuar la restitución de las cosas, no basta la apropiación o distracción de las mismas, sino que será necesaria la llegada de la época o fecha señalada, sin que se hayan devuelto, no siendo en este caso indispensable el reclamo del propietario.

Lo anterior, debe necesariamente ser así argumenta Politoff, porque de otra suerte podría presentarse el caso por ejemplo, que el dueño de una cosa se la prestara a otro por un plazo de veinte años para su uso (comodato) y el prestatario, al día siguiente del préstamo dispone o se apropia de ella; transcurridos los veinte años, el prestador reclama la restitución de ella. Según el primer criterio, tanto la acción civil para la devolución de los objetos, como la acción penal para el castigo del delincuente, estarían prescritas; en cambio y según el otro criterio, la prescripción comenzaría a contarse desde el reclamo o desde la llegada de la época o fecha.

El delito de apropiación indebida, según la tesis de Politoff, se consuma por el perjuicio que causa la no restitución de las cosas recibidas, por la apropiación o dis-

posición realizadas sobre ellas y no por la sola apropiación o disposición de las mismas.

Nosotros no nos adherimos a ninguno de los dos criterios expuestos, y sostenemos más bien una postura ecléctica, desde luego que consideramos que el delito de apropiación indebida se consuma con el sólo cambio de ánimo o de intención, operado en la intimidad de la conciencia del sujeto activo, que en virtud de dicho cambio, de mero tenedor pretende ser propietario o se comporta como tal, de las cosas (*animus rem sibi habendi*) apropiándose las o distrayéndolas, siendo dicha transformación o cambio imperceptible por hechos externos.

Podría contra argumentársenos, que en el delito que analizamos, es requisito indispensable el perjuicio patrimonial realmente causado y según el criterio que sustentamos, bien podría suceder, que tal elemento no se produjera, por ejemplo, si alguien entrega una cosa a otro para que la use y éste se la apropia o la distrae donándola a un tercero, pero con posterioridad se arrepiente del hecho criminoso y adquiere otra cosa exactamente igual a la anterior y por ser ambos objetos idénticos, devuelve a su prestador el nuevo objeto. En este caso, nos dirían que no hubo delito de apropiación indebida por faltar el perjuicio; pero según nuestro criterio en verdad creemos, que tal infracción penal se ha realizado, con la diferencia que por faltar el elemento perjuicio, se convierte en un hecho irrelevante para el Derecho Penal.

Nosotros sostenemos que para apreciar la existencia del hecho Penal susodicho, no basta que éste se haya consumado, es necesario además, que haya llegado hasta el grado de "agotado". Así por ejemplo, si X persona entrega en comodato un libro a Y para que éste lo use durante un mes, al

cabo del cual deberá regresarlo. Apoyándonos en la tesis que sustentamos, pueden presentarse dos situaciones, según el presente ejemplo, ya se trate de "apropiarse" el libro o de "distraerlo". Si Y se lo apropia al día siguiente de haberlo recibido, el delito que ocupa nuestra atención se habrá consumado, aunque no lo sepa el propietario X. Después y si al finalizar el plazo del préstamo de uso, Y no devuelve el libro aún cuando X se lo ha reclamado, el hecho se habrá agotado por la negativa de Y a devolverlo y hasta en este instante se dá el perjuicio económico, porque es hasta en ese momento que se tiene la certeza de que aquel libro no se devolverá. En cambio, y siempre con el mismo ejemplo, si Y dona el libro al día siguiente de haberlo recibido a un tercero Z, antes de tal donación, el hecho criminal ya se había consumado, porque para que Y pudiera donar el libro, primero era indispensable, que él se sintiera señor y dueño del objeto y este es un momento anterior a la distracción, pero como después y a causa del animus rem sibi habendi, lo distrajo donándolo, el delito llegó hasta el grado de agotamiento. De tal suerte que el propietario X vencido el plazo, reclamará a Y la devolución del libro, pero Y no se lo devolverá por haberlo distraído y será hasta en ese instante que X sufrirá el perjuicio patrimonial, porque hasta en ese momento sabrá, que el libro de su propiedad ha sido objeto de apropiación indebida.

Creemos pues, que quienes discuten el momento en que debe tenerse por realizado el hecho criminoso que estudiamos, tienen razón en ambas posturas; lo que sucede es: que los primeros se sitúan, para estimar realizado el delito de apropiación indebida, en el grado de su consumación, y los segundos en el grado de su agotamiento.

Sostenemos nosotros, el criterio de que no pue

de hablarse típicamente del delito de apropiación indebida, - mientras este no se halle agotado y es precisamente desde es te grado de donde debe comenzar a contarse la prescripción, - civil o penal.

El delito de apropiación indebida, exige para su perfección el elemento perjuicio patrimonial, efectivo y - real; de tal suerte que el grado de agotamiento en esta acción punible, debe involucrar una situación tal en que ya haya ver daderamente un perjuicio patrimonial; eso sí, no debemos olvi dar, que para perjudicar patrimonialmente a alguien, no es ne cesario que se le prive definitivamente de su propiedad. Hay perjuicio económico posible, causado por privaciones tempora-- rias de algo que nos pertenece.

5o.) "EL AGOTAMIENTO EN EL DELITO DE APROPIA-  
CION INDEBIDA" .-

Para poder disponer, delictivamente de una co- sa, es necesario, primero, apropiársela o sea que estando el agente en poder de ella, surja de repente en él, el animus -- rem sibi habendi o sea la intención de comportarse como señor y dueño de la misma, sea para quedarse con ella o para vender la o donarla, etc. Hasta aquí, estamos en presencia del deli- to consumado de apropiación indebida; pero cuando el autor -- del mismo, efectivamente ha donado o vendido el objeto del de lito consumado y a requerimiento (judicial o extra judicial) del propietario, no devuelve por consiguiente las cosas obje- to del delito, la infracción penal ha llegado al grado de ago tamiento. Lo mismo ocurre, cuando es requerido para regresar- las y él niega haberlas recibido.

LA CODELINCUENCIA EN EL DELITO  
DE APROPIACION INDEBIDA

---

Reconocida es, en todas las legislaciones penales del mundo como la nuestra, la clásica graduación de la -- participación criminal de los sujetos activos en las infrac-- ciones delictivas, atendiendo a la mayor o menor intervención en las mismas. Tales sujetos se dividen en: 1o.) Autores; 2o.) Cómplices; y 3o.) Encubridores.

1o.) Se consideran autores: a) los que toman -- parte directa en la ejecución del hecho; b) los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo; y c) los que coope-- ran a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hu-- biera efectuado.

Son los primeros, los llamados "autores mate-- riales" y en el delito de apropiación indebida, son aquellos que efectivamente realizan el hecho criminoso. Por ejemplo, -- si una persona X ha entregado en comodato a dos amigos Y y Z para que lo usen, el vehículo de su propiedad y éstos últimos, aprovechándose de la circunstancia de tenerlo en su poder, i-- dean, deliberan y resuelven quedarse con él, y en verdad se lo apropian y lo venden por partes, ambos serán considerados co-- autores del hecho punible en referencia.

Los segundos, o sea los que fuerzan o inducen a otros, son llamados "Autores intelectuales".

Los que fuerzan, son aquellos que emplean me-- dios de fuerza (físicos o morales) para que otro ejecute el -- delito. En estos casos, generalmente el único responsable cri-- minalmente es el que emplea la fuerza y el otro, es un mero -- instrumento que puede estar exento de responsabilidad crimi-- nal por la eximente de obrar violentado por una fuerza irre--

sible. Sabemos que el empleo de fuerza o de medios violentos, es incompatible con el delito que analizamos, pues en esos casos la acción criminosa podría ser calificada como coacción o como amenaza pero no como delito de apropiación indebida, porque si bien es cierto que por medio de la fuerza se puede obligar a otra a cometer un hecho determinado, también es cierto que el animus rem sibi habendi (indispensable en el delito que estudiamos) no puede hacerse nacer jamás por medios violentos. Y si quien ejecuta el hecho no lo hace voluntariamente y con los ánimos necesarios, no habrá apropiación indebida y quien lo forzó a ejecutarlo, por ello, responderá de otro delito.

Con respecto a la inducción, se conocen tres clases: a) por orden; b) por mandato o pacto; y c) inducción propiamente dicha.

a) En caso de la inducción por orden no puede darse el delito que es punto central en esta tesis, para el inducido por medio de órdenes, desde luego que para existir el delito de apropiación indebida, es necesario el animus rem sibi habendi y el animus lucrandi y tales intenciones deben ser voluntarias y deseadas y no ordenadas. En cuanto al inductor por mandato, puede ser sujeto activo de hurto o robo o estafa si por ejemplo al ordenarle a un subalterno suyo que se apropie cierta cantidad de dinero que tiene en su poder, en depósito, lo hace con el ánimo de que su inducido le entregue después ese dinero. Posiblemente, el subalterno no tendrá responsabilidad criminal alguna, todo depende de si la orden fué dada dentro del giro ordinario de sus relaciones de trabajo y obediencia. En cambio el inductor (superior jerárquico) sí sería responsable de delito toda vez que la intención de apropiárselo involucre ánimo de lucro o intención de dañar. Esta

clase de inducción por orden, puede darse más bien en el delito de peculado o malversación de caudales públicos, en donde las relaciones entre el inductor y el inducido, por las funciones que desempeñan son más jerarquizadas y de mayor obediencia.

b) En el caso de inducción por mandato o pacto veremos si es posible que pueda presentarse el delito de apropiación indebida. Por ejemplo en el caso de que X persona le pague cierta cantidad a Y para que éste no devuelva a Z el automóvil que le dió en depósito. Suponiendo que Y acepta el pago, se queda con el vehículo (animus rem sibi habendi) y lo vende por partes, es lógico que Y habrá cometido el delito de apropiación indebida, desde luego que se dieron todos sus elementos; pero X ¿Qué delito cometió? Todo depende de la intención, porque si ésta llevaba ánimo de lucro, el delito será de apropiación indebida; pero si su intención solamente era causar un perjuicio a Z su hecho criminal será de daños. Asimismo, si el inducido por mandato o pacto no tiene la intención, al realizar el hecho, de comportarse como señor y dueño de la cosa que se apropia, sino más bien la de causar un perjuicio, el delito también será de daños y no el que es tema de este estudio.

c) Por último, en la inducción propiamente dicha, creemos que también puede presentarse el delito de apropiación indebida.

Lo anterior lo afirmamos teniendo en cuenta -- que la inducción propiamente dicha es aquella que ejecuta un sujeto sobre otro a fin de convencerlo o de influir en su ánimo, para que éste realice específicamente una acción criminal, -- con determinada finalidad, que puede ser igual o distinta a -- la del inducido. Por ejemplo, hay un inductor que logra conven

cer a un mero tenedor de una cosa (comodatario, depositario, arrendatario, etc.) para que se quede con ella. Es indudable, que si el inducido ejecuta tal hecho, estará cometiendo apropiación indebida, pero mientras en el inductor no exista ánimo de lucro ni ánimo de comportarse como señor y dueño de las cosas objeto del delito que él indujo a otro a cometer, su infracción penal podría ser de daños o de otro delito parecido, pero no el de apropiación indebida, todo depende de la intención o sea de la finalidad que persiga el inductor, porque si éste pretende dividirse el producto de lo apropiado por su inducido, entonces sí habrá apropiación indebida para ambos.

Las conclusiones a que hemos llegado en los -- tres casos de inducción, resultan confusas e ilógicas, desde luego que ellas involucran la afirmación de que el inductor -- tendría una responsabilidad distinta a la del inducido por ser diferentes los hechos criminales imputados, por no haber sido iguales las intenciones perseguidas por el que indujo y por el que lo ejecutó, y además por que no se dá en los inductores, -- el elemento de la mera tenencia de las cosas, necesario para los autores de apropiación indebida. Pero esto es así, porque verdaderamente los inductores "se consideran autores", aunque efectivamente no lo sean. Por ello nuestro razonamiento parece un contrasentido.

Y por último, los terceros, o sea los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado. A estos se les llama autores auxiliares o necesarios.

Creemos nosotros, que no se puede auxiliar al agente que está realizando el delito de apropiación indebida, con acto tal que sin éste no se hubiera efectuado, sin que en realidad ya se haya consumado la infracción penal que estudia-

mos.

Sabemos que el animus rem sibi habendi y el animus lucrandi, son situaciones psíquicas, necesarias y propias del agente del delito y éstas se manifiestan exteriormente hasta cuando el sujeto activo se resiste a devolver o entregar las cosas o niega haberlas recibido. Pero con anterioridad a tales manifestaciones, ya hubo dentro del agente un hecho de naturaleza puramente espiritual (el cambio de ánimo de mero tenedor de las cosas, al ánimo de comportarse como señor y dueño de las mismas) sin que para tal evento se requiera el auxilio o la ayuda necesaria de un tercero, de tal suerte que sin esa ayuda el delito no se hubiera realizado,

Más bien, estimamos nosotros, que el auxilio o la ayuda necesaria no es dable para la consumación del delito de apropiación indebida sino para el grado de agotamiento.

2o.) Son cómplices, los que no siendo autores según la clasificación anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Los cómplices, son subalternos en el negocio criminológico. Se les llama también semi-autores.

Estamos seguros que para el delito que es objeto de esta tesis, no puede darse el caso de los cooperadores por actos anteriores a la ejecución del hecho criminoso, sencillamente porque es imposible percatarse de los momentos anteriores a la ejecución del delito, desde luego que el cambio de ánimo de mero tenedor a señor y dueño, se opera exclusivamente en el interior del sujeto activo. No puede pues, haber una intervención anterior a la ejecución del delito sin que se esté cooperando cuando en realidad el hecho ya se ha consumado.

Es imposible también, delimitar el momento en

que se está ejecutando el delito y el momento en que ya está consumado. Quien pretenda cooperar con actos simultáneos a la ejecución, debe intervenir precisamente, cuando el acto se está llevando a cabo, pero por la dificultad señalada en este párrafo, no sabríamos si el que interviene en calidad de cooperador lo hace en el desarrollo del delito o si lo hace en la consumación, porque ambos momentos se confunden y en este supuesto, tal cooperador más bien tendría la calidad de coautor o la de cómplice en el grado de agotamiento, pero no en la realización.

3o.) Son encubridores lo que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

a) Aprovechándose por sí mismos o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

b) Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento, y

c) Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable.

El caso de los encubridores, no presenta mayores problemas en el delito de apropiación indebida, desde luego que ellos intervienen con posterioridad a la realización del hecho criminoso a sabiendas de la perpetración del mismo, ya sea participando o aprovechándose de la apropiación o distracción, que de ciertos objetos, delictivamente, ha llevado a cabo otra persona. (autor). En este caso, se supone ánimo de lucro de parte de los llamados "encubridores reales". Pero -- bien puede suceder que su participación sea para impedir el -

descubrimiento del delito; en este caso se les llama "encubridores materiales", y por último, su intervención puede ser para impedir la captura del delincuente (encubridores personales).

En los tres casos de encubrimiento, los delincuentes no son castigados por la intención que persiguen, sino por el resultado de su actividad criminal.

Podemos concluir, diciendo que el encubrimiento en sus tres diversas formas conocidas, se puede presentar en el delito que ocupa nuestra atención.

#### "C O N C L U S I O N E S"

---

No podemos concluir este modesto trabajo, sin antes manifestar, que el delito de apropiación indebida, entraña infinidad de problemas referentes, más que todo, a la sutil diferencia de éste con las cuestiones puramente privadas.

Asimismo, es harto difícil: determinar el momento de su consumación: no confundir éste grado con el de agotamiento y más que todo, consideramos casi imposible la prueba de la consumación, según el criterio que hemos adoptado en esta tesis (acto espiritual o síquico).

Otro de los problemas que da lugar a pensar mucho, es el referente al perjuicio patrimonial que se exige para la configuración del hecho criminal, desde luego que habrá casos en que las cosas, después de consumado el hecho, son recuperadas y devueltas a su legítimo dueño, desapareciendo con ello tal elemento, sin que por esto podamos afirmar que no hubo delito de apropiación indebida. O cuando la acción criminal ha recaído sobre cosas que se han consumido, pero -

que son además, fungibles y por esta última circunstancia, el delincuente se arrepiente de su hecho criminal y devuelve otra cantidad igual de las mismas cosas; en este caso, hubo delito, pero por faltar el elemento perjuicio tal hecho es irrelevante para el Derecho Penal.

También resulta difícil, diferenciar cuándo estamos en presencia del delito de apropiación indebida y cuando en el uso indebido de las cosas que han sido objeto de la relación jurídica contractual.

Però lo que más consideramos de difícil comprobación (si no imposible) es el animus rem sibi habendi y el ánimo de lucro, porque éstas son situaciones meramente internas del delincuente.

No hemos hecho sino señalar, algunos de los más importantes problemas que nosotros encontramos en el desarrollo de este estudio.

Estimamos que el Juez que se encuentre ante alguno de tales escollos, no sólo deberá tener un concepto claro y preciso del delito tantas veces mencionado, sino que, también, deberá tener un amplio conocimiento de las instituciones privadas contractuales para poder distinguir con certeza los casos que ante él se presenten y delimitar su campo de ubicación.

Por último, consideramos necesario señalar, según nuestro propio criterio, que el Art. 490 No. 5o. de nuestro Código Penal vigente que trata sobre el delito de apropiación indebida, es corto en sus alcances o proyecciones y confuso en su redacción, por las razones que en el capítulo siguiente explicaremos.

"RECOMENDACIONES"

Es imperativo que ésta, como toda Tesis, contenga ciertas recomendaciones que a continuación nos permitimos apuntar: Creemos que tal como se encuentra la redacción del Art. 490 No. 5o. Pn. que trata del delito de apropiación indebida, resulta confusa, tal como ya lo manifestamos al final del punto anterior, por cuanto dice: "El que en perjuicio de otro" dando a entender con esto que el ánimo de perjudicar es constitutivo del dolo específico del hecho criminoso y --- bien sabemos que esto no es así, porque la finalidad perseguida por el agente es el lucro propio o de un tercero. Mejor sería que el Art. en referencia dijese: "El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero", así, el elemento perjuicio no quedaría como fin o como objeto perseguido por quien lo ejecuta, sino como consecuencia lógica de la realización del delito. Además, así se obviaría el problema de que no sería requisito indispensable para su existencia, la realización del perjuicio real y efectivo, ya que conforme a la redacción que -- proponemos, bastaría con la intención de lucrarse aunque no se haya causado perjuicio alguno.

Por otra parte, dice el mismo Art.: "se apropiaren o distrajeren", vocablos que involucran hasta cierto punto, una redundancia, desde luego que "apropiarse" es "quedarse personalmente con las cosas ajenas con ánimo de señor y dueño" y para que exista distracción, es indispensable que haya una apropiación anterior. La diferencia, pues, de ambos vocablos, está en la finalidad que se le den a las cosas que se tienen obligación de entregar o devolver, ya que para el primer vocablo el fin sería quedarse con ellas y en cambio para el segundo el fin sería distraerlo. De donde, toda distrac--

ción involucra una aprobación previa, aunque no toda apropiación involucre una distracción posterior. El vocablo "distrájeran", a nuestro juicio, sale sobrando.

Sigue diciendo el Art. "dinero, efectos u otras cosas muebles". Nosotros creemos que con sólo decir "cosas muebles, hubiera bastado porque en esta generalización estarían comprendidos el dinero, los efectos, y demás cosas.

Continúa en su redacción el mismo Art., así: "que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas". Nos parece que está de más mencionar ciertos títulos a guisa de ejemplo porque quienes deban aplicar el derecho vigente en un país, deben ser técnicos y por ello debe suponerse el conocimiento de los títulos que pueden dar origen al delito mencionado. Hubiera bastado con que el Art. dijera: "que hubieren recibido por cualquier causa que produzca obligación de entregarlas o devolverlas". Como podrá apreciarse, intencionalmente hemos omitido los nombres de los títulos legales y hemos, además, cambiado la frase "o por otro título" por la de "por cualquier causa", con el fin de salvar el problema que puede surgir al preguntarse el intérprete si esos otros títulos deban ser legales también o no y en caso afirmativo, si tienen necesariamente que ser civiles y mercantiles o si además pueden ser laborales y administrativos; y también podría caber la posibilidad de incluir títulos de naturaleza moral o natural. En cambio, en la frase "por cualquier causa" que nosotros sugerimos, quedan comprendidas todas aquellas relaciones entre personas, que originen la entrega de cosas de parte de una de ellas, con obligación de entregarlas o devolverlas de parte de la otra.

Y por fin, el primer inciso del Art. tantas --

mencionado, termina diciendo: "o negaren haberlas recibido". Esta frase nos parece bien, desde luego que es distinta la situación del que acepta que las cosas le fueron entregadas pero se niega a devolverlas o entregarlas, de aquel que no acepta tal entrega, fingiendo no haberlas recibido jamás.

El segundo inciso de dicho Art. dice: "En el caso de depósito miserable o necesario se agravará en una -- tercera parte de la pena señalada". Esta especial agravación de la pena del delito de apropiación indebida, nos parece incorrecta, por constituir las circunstancias que originan el depósito necesario o miserable, agravante de general aplicación a todo delito.

Queremos indicar además, que no estamos de acuerdo en que el delito de apropiación indebida, esté ubicado en nuestro Código Penal como un simple Artículo más en el título que trata de las "estafas y otros engaños", porque -- tal infracción penal, ni constituye estafa ni se realiza mediante engaño. Por ello, consideramos necesario que el delito en cuestión, adquiera su autonomía legal, para cuyo fin -- deberá legislarse poniéndolo en otra sección sólo y aparte.

Consideramos, repetimos, necesario que el delito que ocupa nuestra atención, contenga una serie de disposiciones que normen en forma general y completa, todos aquellos casos que con mayor factividad puedan presentarse al intérprete.

Así pues, y con base en la crítica que a grandes rasgos hemos formulado de la actual redacción contenido en el Art. que trata del delito de apropiación indebida en -- nuestro Código Penal vigente, nos permitiremos a continua---ción, elaborar un bosquejo de lo que a nuestro juicio debería contener la susodicha infracción delictiva:

SECCION 3a.

"APROPIACION INDEBIDA".

Art. \_\_\_\_ Son reos de apropiación indebida los que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apropiaren cosas muebles que hubieren recibido por cualquier causa, con obligación de entregarlas o devolverlas o negare haberlas recibido.

Art. \_\_\_\_ Los reos de apropiación indebida, incurrirán en las penas siguientes:

- 1o.- Con un año de prisión mayor, si la apropiación pasare de diez y no excediere de veinticinco colones;
- 2o.- Con dos años de prisión mayor si excediere de veinticinco y no pasare de doscientos colones;
- 3o.- Con cuatro años de presidio si pasare de doscientos y no excediere de quinientos colones;
- 4o.- Con seis años de presidio si excediere de quinientos y no pasare de mil colones;
- 5o.- Con diez años de presidio si excediere de un mil hasta diez mil colones, y pasando de esta cantidad la pena será de doce años de presidio.

Art. \_\_\_\_ Las penas establecidas en el artículo anterior serán aumentadas en una tercera parte más cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1o.- Si la apropiación fuere de objetos destinados a un culto que tenga prosélitos en El Salvador;
- 2o.- Si se cometiere en lugar destinado al culto o en acto religioso;
- 3o.- Si el delito fuere cometido con manifiesta inmoralidad profesional. En este caso será requisito indispensable que el hechor ostente un título académico sobre dicha profesión;

4o.- Si por el delito el perjudicado hubiere quebrado o quedado arruinado;

5o.- Si el reo dispuso de las cosas muebles para juegos de azar, para satisfacer vicios o para sostener vida licenciosa;

6o.- Si el delito hubiere sido cometido sobre cosas muebles destinadas a obras de caridad, de beneficencia, o actividades culturales o de asistencia médica o a fines patrióticos.

Art. \_\_\_\_ Cuando en el hecho concurrieren dos o más de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior, se duplicará la pena.

Art. \_\_\_\_ Las penas correspondientes serán disminuidas en sus dos terceras partes, si en cualquier estado del juicio el delincuente devolviere las cosas apropiadas o enterare su valor en dinero.

Art. \_\_\_\_ En el delito de apropiación indebida no se presume el ánimo de lucro. Este deberá comprobarse plenamente por cualquier medio legal.

Art. \_\_\_\_ Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil, por las apropiaciones indebidas que recíprocamente se cometan:

1o.- Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la línea recta.

2o.- El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.

3o.- Los hermanos o cuñados si vivieren juntos.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito.

=====

B I B L I O G R A F I A

- 1o.- DERECHO PENAL..... Eugenio Cuello Calón  
2o.- PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Francisco Carrara  
3o.- DOCTRINA PENAL DEL TRIBUNAL  
    SUPREMO..... Manuel Rodriguez Navarro  
4o.- EL DELITO DE APROPIACION  
    INDEBIDA..... Sergio Politoff Lifschitz  
5o.- DERECHO PENAL ARGENTINO..... Sebastián Soler  
6o.- LA ESTAFA..... Diego Vicente Tejera h.  
7o.- CODIGOS DE LA REPUBLICA DE  
    EL SALVADOR.....

=====