



Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)

Rafael Simons Vallejo

Asesor jurídico del Sindic de Greuges
de la Comunidad Valenciana

SUMARIO: I. Introducción. II. La apropiación indebida en los sucesivos Códigos penales españoles. III. La interpretación tradicional del delito de apropiación indebida. Consideraciones críticas. IV. Nuevo enfoque del delito de apropiación indebida: la apropiación indebida como tipo básico de la delincuencia patrimonial apropiatoria. V. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando el intérprete se acerca al estudio del delito de apropiación indebida se enfrenta, sin lugar a dudas, a uno de los tipos más problemáticos del Derecho penal patrimonial. Este delito cuenta, en efecto, con un largo período de recorrido histórico, al constituir uno de los cuatro pilares fundamentales (junto al hurto, la estafa y la administración desleal) sobre los que conceptualmente descansa (o *debería* descansar) todo el sistema de

protección penal de los intereses patrimoniales estrictamente individuales. Desgajado, a lo largo del proceso de conformación histórica de los sistemas actuales de Derecho penal patrimonial, del antiguo delito de *furtum* romano, y construido a partir de la doctrina del *hurto impropio* en la época medieval¹, el delito de apropiación indebida se halla presente en todos los sistemas destinados a la protección penal del patrimonio, al menos en los países de nuestro entorno cultural más inmediato².

1. El delito de *furtum* romano se definía, según PAULO, como "*Contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei etiam usus eius possessionisve*" (Paulus, § 1 bib. XXXIX, ad. Ed. 1,1, § 3. F., citado por MANZINI, V.: *Trattato del furto e delle varie sue specie, parte prima: evoluzione generale sociologica e giuridica del furto*, Vol. Primo, Torino, 1902, p. 280; DOMINGO, R y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B. (*Reglas jurídicas y aforismos*, Elcano, 2000, p. 170) traducen este aforismo como "apropiación fraudulenta de una cosa con el fin de obtener un enriquecimiento, bien sea de lo misma cosa, bien sea de su uso y posesión". Como recuerda PEDRAZZI, en el Derecho romano, la apropiación indebida encontraba su acomodo en el delito de hurto así definido, y allí permaneció hasta que el delito de hurto no exigió entre sus requisitos la presencia de una *sustracción*; cuando el delito de hurto asumió, merced a la presencia de este requisito, la fisonomía que hoy posee, la dificultad de encuadrar en él las hipótesis que actualmente conocemos como apropiación indebida, hizo nacer la doctrina del *hurto impropio*, que permitía distinguir ambas figuras y sancionar la primera de ellas, pero que ponía ya también de manifiesto la íntima conexión existente entre ellas: hurto y apropiación indebida son figuras complementarias, ya que es reo de apropiación indebida quien se apropia de la cosa ajena sin sustraerla y, por ello mismo, sin cometer hurto ("*Appropriazione indebita*", en *Enciclopedia del Diritto*, II, Ali-Are, 1958, p. 833).

2. Así, el Código penal alemán, en su § 246 StGB (en la redacción que del mismo ha establecido la 6.ª Ley para la reforma del Derecho penal, de 1.4.1998 —BGBI. I S. 164—; en adelante *6. StrRG*), sanciona o quien se apropie antijurídicamente, para sí o para un tercero, de una cosa mueble ajena, cuando el hecho no se halle sancionado con una pena más grave en otro precepto, con la pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa, y con pena de hasta cinco años de privación de libertad o pena de multa cuando la cosa le hubiera sido confiada al autor. Por su parte, el Código penal italiano sanciona, en su art. 646, a quien, para procurarse a sí o a otro un beneficio injusto, se apropia del dinero o la cosa mueble ajena de la cual tuviera, por cualquier título, la posesión; también el Código penal francés, bajo la denominación de "*abuso de confianza*", sanciona esta modalidad de comportamiento, indicando que éste es el hecho de una persona de desviar, en perjuicio ajeno, fondos, valores o un bien cualquiera que le hayan sido entregados y que los haya aceptado con obligación de devolverlos, representarlos o hacer de ellos un uso determinado (artículo 314-1 CPF de 1994). Por último, también el Código penal portugués prevé una infracción análoga, el "*abuso de confianza*", que sanciona a quien ilícitamente se apropie de una cosa mueble que le haya sido entregada por título no traslativo de la propiedad (art. 205 CPP).

Esta presencia constante en dichas legislaciones europeas desde la Edad Media, no ha evitado, sin embargo, que esta infracción plantee todavía hoy numerosas incógnitas, relativas tanto al contenido de injusto esencial que la misma incorpora al ámbito más general de la delincuencia patrimonial, como a las relaciones de semejanza y, sobre todo, distancia que ésta mantiene con las otras figuras basilares de este sector de la parte especial de nuestra disciplina.

Precisamente, a la exégesis de estas dos cuestiones irá destinado el presente estudio, que se propone ensayar tanto una definición del propio delito de apropiación indebida, cuanto una consiguiente delimitación del mismo frente al resto de delitos patrimoniales, y especialmente, frente al hurto y la estafa.

II. La apropiación indebida en los sucesivos Códigos penales españoles

El delito de apropiación indebida, remontándonos a sus antecedentes más cercanos en el tiempo³, fue tradicionalmente regulado en nuestros primeros Códigos penales como una infracción situada a medio camino entre el hurto y la estafa (*significativamente*, las dos principales figuras derivadas del *furtum* romano que constituían, respectivamente y según se entendía, el paradigma de la apropiación y el fraude, las dos grandes modalidades de agresión a los intereses patrimoniales ajenos). De esta forma, el Código penal de 1848, ejemplo representativo de esta criticable situación, llevaba a cabo un desdoblamiento de la apropiación indebida, regulando en el capítulo destinado a los hurtos, “la negativa de haber recibido dinero o cosa mueble” y en el capítulo de las estafas, las formas positivas (apropiación y distracción) de esta infracción⁴.

El Código penal de 1870, implicó, desde este punto de vista, la definitiva independencia de la apropiación indebida respecto del hurto, pero no así respecto de la estafa. De este modo, la

“negativa de haber recibido” pasó a integrar la *coletilla* final del art. 548, número 5 —precepto dedicado a la regulación de esta infracción—; esta norma se hallaba ubicada, sin embargo, en el capítulo relativo a las estafas⁵. No va a ser hasta el Código penal de 1944 cuando se produzca una relativa separación de la estafa y la apropiación indebida, al quedar esta última situada no *en sino al lado* de aquélla⁶, en un capítulo independiente; conformando, eso sí, junto a ella, el título común *De las Defraudaciones*.

Más allá de su ubicación sistemática, y adentrándonos en lo que constituye propiamente su contenido material, la influencia que ha ejercido en la conformación de esta infracción el Derecho penal francés resulta absolutamente innegable. Así, el art. 441.1 del CP de 1848, texto del que proviene básicamente la redacción del actual tipo del art. 252 CP, sancionaba, de modo bastante similar a lo prevenido por el art. 408 del Código penal napoleónico, a quienes “en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla”, imponiendo la pena en su grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario. Con ello, como veremos, se asumía una concepción del delito equivalente al “abuso de confianza” regulado en el Derecho penal francés; concepción caracterizada por exigir, no sólo la previa posesión de la cosa objeto de la apropiación, sino por tasar también el modo en el que el sujeto debería haber accedido a ésta⁷.

Este concepto de apropiación indebida pasó relativamente intacto el curso de los sucesivos Códigos penales, que lo fueron acogiendo como única forma legal de apropiación indebida, hasta 1983. En esta fecha, el art. 535 del CP de 1973⁸, entonces vigente, se vio modificado (y sustancialmente ampliado) con la introducción de una nueva modalidad de apropiación indebida, con-

3. Para un análisis de los antecedentes más remotos de este delito en nuestro Ordenamiento jurídico, puede consultarse SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *El delito de apropiación indebida*, Barcelona, 1978, pp. 17 a 26 y SILVA CASTAÑO, M.ª L.: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Madrid, 1997, pp. 24 a 26.

4. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1989, p. 268.

5. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *El delito (...)*, *ob.cit.*, p. 31.

6. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE*, p. 268.

7. PEDRAZZI, C.: “Appropriazione indebita”, en *ob.cit.*, p. 837.

8. Con anterioridad a la reforma de 1983, el art. 535 CP sancionaba a “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario”.

sistente en "apropiarse, con ánimo de lucro, de un bien perdido"⁹.

La aprobación del Código penal de 1995 no supuso una modificación esencial del delito de apropiación indebida, que seguía englobado en el capítulo dedicado a las *Defraudaciones* con una redacción bastante similar, en sus aspectos básicos, a la original de 1848¹⁰. Por otra parte, la apropiación indebida de cosa hallada, que había sido ubicada en esta sección por la reforma de 1983, aparecía ahora regulada en el art. 253 CP¹¹, junto a la apropiación de cosa sin dueño; mientras que el art. 254 CP¹² introducía, como novedad, la apropiación de cosa recibida por error, modalidad delictiva anteriormente desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

El último eslabón en la cadena evolutiva de este género de infracciones se halla integrado por la reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en la que los preceptos anteriormente expuestos tan sólo se ven levemente alterados en lo que se refiere a la cuantía necesaria para apreciar delito, y no falta (art. 623.4 CP), de apro-

piación indebida, en cada una de sus distintas modalidades (*cuantía límite* entre el delito y la falta que pasa de las antiguas "cincuenta mil pesetas" — 300,51 euros— a los actuales 400 euros), manteniéndose los mismos, empero, absolutamente invariables en todos sus restantes elementos.

III. La interpretación tradicional del delito de apropiación indebida. consideraciones críticas

Bajo la vigencia del antiguo art. 535 del CP de 1973, la esencia del delito de apropiación indebida había sido tradicionalmente explicada a partir de la conjunción de dos de los elementos que, según el tenor literal del mismo, debían integrarlo: por un lado, y en primer lugar, la previa existencia de un título que hubiera motivado la *recepción* de la cosa por parte del sujeto activo, y que le hubiere impuesto, simultáneamente, la obligación de devolverla o aplicarla a un determinado fin, una vez que hubiese transcurrido un cierto período de tiempo; por otro lado, y en segundo lugar, la verificación, por parte de este mismo sujeto, de un comportamiento de contenido apropiatorio sobre

9. LO 8/1983, de 25 de junio. Con anterioridad a su inclusión entre los delitos de apropiación indebida, la apropiación indebida de cosa pérdida se encontraba inexplicablemente ubicada en el art. 514.2.º CP, como una modalidad legal de hurto. Esta ubicación sistemática del hurto de cosa pérdida en el ámbito del delito de hurto, en lugar de en el de la apropiación indebida, fue objeto de una crítica generalizada por parte de la doctrina penal española, que insistía en la escasa vinculación que, en realidad, presentaban entre sí el hurto y el llamado, por exigencias legales, hurto de cosa pérdida. Resultan especialmente clarificadoras y acertadas, en este sentido, las consideraciones desarrolladas por FERRER SAMA, quien resumiendo el parecer generalizado de nuestra doctrina ya indicaba en 1945, que "los legisladores de 1870 no estuvieron acertados al incluir la figura penal que hoy recoge el art. 505 del vigente CP en su segundo apartado en el capítulo dedicado al hurto, ya que son profundas las diferencias que existen entre este delito y la apropiación de cosa pérdida (...). Los modernos sancionan esta última como modalidad del de apropiación indebida, siendo ésta su verdadera naturaleza. (...) El presupuesto del delito de hurto propio definido en el número 1.º del art. 505 de nuestro Código penal consiste en la existencia de una cosa en la esfera de posesión de alguna persona, viniendo la conducta delictiva a violar tal estado posesorio al sustraer al sujeto la cosa de las manos de quien la detentaba. Por el contrario, el presupuesto básico del tipo que ahora estudiamos supone la existencia de una cosa que no encontrándose en la posesión material de nadie, sigue perteneciendo a algún sujeto. Por ello, entre una y otra modalidad existe la diferencia fundamental de que mientras con el hurto se sustrae la cosa a la esfera de posesión del que la tenía al mismo tiempo que tal cosa pasa a la esfera de posesión del culpable, en el hurto impropio del número 2.º no se sustrae la cosa a esfera de posesión alguna, puesto que cuando se toma la misma ésta no tenía materialmente poseedor (...)" (*El delito de apropiación indebida*, Murcia, 1945, pp. 68 y 69). Siguiendo este esquema de razonamiento, la mayoría doctrinal (así, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Tomo II, *Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, 2.ª ed., puesta al día por CARLOS GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1977, p. 872; MUNOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Sevilla, 1979, p. 233) opinaba que la correcta ubicación sistemática de esta previsión normativa se hallaba entre los delitos de apropiación indebida, siendo por ello esta reforma legal una especie de reconocimiento expreso sobre la exactitud de estas consideraciones y, por lo tanto, del carácter de la apropiación de cosa pérdida de auténtica y genuina apropiación indebida.

10. De esta forma, el art. 252 CP sancionaba a "los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otra título que produzca obligación de entregarlas o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito miserable o necesario".

11. Que establezca lo siguiente: "Serán castigadas con la pena de multa de tres a seis meses las que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa pérdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años".

12. Según el cual "Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiéndola recibido indebidamente, par error del transmitente, dinera o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas".

dicho objeto *recibido*. Como indicaba gráficamente en este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, resumiendo lo que constituía un parecer generalizado de la doctrina y la Jurisprudencia de nuestro país, “en la dinámica del delito hay que distinguir dos momentos: uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento (...)”¹³.

Tal y como se aprecia en la definición propuesta de la dinámica comisiva del delito de apropiación indebida, el núcleo esencial del contenido de injusto de esta infracción patrimonial era habitualmente identificado con la verificación de una conducta de naturaleza estrictamente apropiatoria puesta en práctica por el sujeto activo, dado que, en palabras de QUINTANO RIPOLLÉS, “el apropiarse” constituía, precisamente, la esencia en el delito que de ella toma el nombre de apropiación indebida¹⁴.

No obstante, y a pesar del papel central que *la apropiación* estaba llamada a desempeñar en el proceso de definición del contenido de injusto de la infracción, lo cierto es que la misma apenas fue objeto de atención por parte de la doctrina penal española, que tan sólo la analizó, de forma absolutamente marginal, a los efectos de diferenciar

los supuestos típicos de apropiación indebida de aquellos otros hechos que, aunque cercanos conceptualmente a ella, únicamente eran susceptibles de integrar atípicas formas de utilización temporal de las cosas muebles ajenas¹⁵.

De esta forma, el concepto de apropiación era concebido, por la mayoría doctrinal, como cualquier acto por medio del cual se produjese una disposición de la cosa como propia siempre que ello implicase, simultáneamente, un incumplimiento definitivo de las obligaciones, impuestas legalmente, de entregar o devolver esta cosa¹⁶. A través de esta definición, compartida por la mayoría de los autores con alguna que otra matización puntual, se ponían de manifiesto los dos caracteres que definían el concepto penal de apropiación. Desde un primer punto de vista, la apropiación implicaba necesariamente que el sujeto activo “hiciera la cosa suya”¹⁷, esto es, “que se comportara como si fuese dueño”¹⁸ de la misma, disponiendo de ella en calidad de propietario (idea que bien podría resumirse, como hace la doctrina alemana¹⁹, en el conocido aforismo latino *se ut dominum gerere*).

Esta disposición de la cosa *como si fuese propia* no bastaba, sin embargo, para captar —y, por ende, definir— de forma completa y precisa la esencia de la apropiación en cuanto conducta típica de esta

13. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Apropiación indebida”, en COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Manual de Derecho penal. Parte especial II (adaptado a los programas de las oposiciones de ingreso en las carreras judicial y fiscal)*, Madrid, 1990, p. 304.

14. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *PE*, p. 903. En el mismo sentido, PEDRAZZI, C.: “Appropriazione indebita”, en *ob.cit.*, p. 842.

15. DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Barcelona, 1994, pp. 152 y 153.

16. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE*, p. 278.

17. En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2000, p. 696; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “Art. 252”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II. Arts. 138 a 385, Madrid, 1997, p. 2799;

18. De este modo, FERRER SAMA (*El delito (...)*, *ob.cit.*, pp. 52 y 53) habla de “hacer suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de disponer y usar de ella como dueño”; para CUELLO CALÓN (*Derecho penal. Tomo II (parte especial)*, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, Volumen segundo, 14.ª ed., Barcelona, 1975, p. 959) la apropiación representaría un acto de disposición del sujeto activo sobre la cosa realizado “como si fuese su propietario”; SAINZ-PARDO CASANOVA (*El delito (...)*, *ob.cit.*, pp. 74 y ss.) se refiere a disponer de la cosa como propia, o colocarse en la misma posición que el propietario; MUÑOZ CONDE (*PE* 3.ª ed., p. 236) la define como “disponer de ellas —esto es, las cosas ajenas recibidas— como si fueran propias”; para BUSTOS RAMÍREZ (*Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 244), ésta consiste en “actos de disposición” de las cosas; de “comportarse como dueño” habla MANJÓN-CABEZA OLMEDA (*Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial referencio de lo no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*, Madrid, 1988, pp. 184 y 188); VIVES ANTÓN (“Capítulo LV: Delitos contra la propiedad (continuación): la apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en COBO DEL ROSAL, M. y otros: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1988, p. 913) concibe la apropiación “como actos de indebida atribución de dominio”; CALDERÓN CEREZO, habla de *adueñamiento* de la cosa por parte del sujeto activo (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II)”, en CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 261); VALLE MUÑOZ (“Sección 2.ª. De la apropiación indebida”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, p. 1165), habla de “ejercicio por el poseedor de actos dominicales”.

19. Por todos, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband 1, 8., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1995, p. 333, marg. 38.

categoría delictiva; en efecto, y como pronto puso de manifiesto la doctrina, una identificación *absoluta* del concepto de apropiación con esta utilización de la cosa en concepto de dueño, hubiera supuesto introducir en el ámbito de aplicación del precepto toda una serie de hipótesis que, no obstante, no parecerían merecer esta calificación. De esta forma, la necesidad de excluir del campo de la tipicidad de la apropiación indebida, los casos de meros usos ilícitos no dominicales de las cosas muebles ajenas²⁰, que no podían integrar el delito estudiado por no hallarse presente en ellos una voluntad de retención definitiva, condujo a la doctrina a exigir, junto al elemento anterior, la *incompatibilidad* entre la conducta a título de dueño, base de la noción analizada, y la obligación de entrega o devolución posterior que pesaba sobre el sujeto activo; con ello, se entendía que tan sólo constituían hipótesis verdaderamente apropiatorias, a los efectos del delito de apropiación indebida, aquellas acciones que, suponiendo una disposición de la cosa a título de propietario, implicasen simultáneamente una imposibilidad de cumplir la obligación de restitución de la cosa a su legítimo dueño o de aplicación de la misma al fin que se hubiera convenido, de modo que —con ello— el sujeto pasivo se viera definitivamente privado de la cosa objeto de su de-

recho de propiedad, la cual pasaba, merced a esta conducta apropiatoria, a integrar el patrimonio —más correctamente, el ámbito de dominio fáctico de disposición— del sujeto activo.

Con esta definición, y aunque no siempre se hiciera expresa referencia a ello²¹, se asumía, en el ámbito doctrinal español, una concepción de la apropiación equivalente a la dominante en las doctrinas italiana²² y, especialmente, alemana, donde el análisis de esta noción había recibido una particular atención y, fruto de ello, había alcanzado también un alto grado de depuración conceptual.

En Alemania, la apropiación (*Zueignung*), vértice sobre el que descansa toda la construcción de los delitos de apropiación (entre los que se incluyen, junto a la apropiación indebida —*Unterschlagung*—, también el hurto —*Diebstahl*— y el robo —*Raub*—, en sus diversas modalidades), es pacíficamente definida a partir de los dos elementos, positivo y negativo, que a juicio de la doctrina mayoritaria la integran.

Así, y desde un punto de vista positivo, el concepto de apropiación requiere la verificación de una conducta de apropiación en sentido estricto (*Aneignung*), que se concibe como la constitución de una relación de dominio con la finalidad de ejercer un uso de la cosa análogo a aquel que tan sólo corresponde al propietario²³ y que implica, externamente²⁴,

20. Éstas eran hipótesis en las que el sujeto activo utilizaba la cosa, fuera de las facultades y obligaciones pactadas, pero sin ánimo de retención definitiva —definición aportada por la STS de 13 de noviembre de 1970, citada por MANJÓN-CABEZA OLMEDA (*Nuevo enfoque* (...), *ob.cit.*, p. 187)—, restituyendo, con posterioridad a su uso, el objeto a la persona de su legítimo propietario. En estos casos, en los que se encontraba ausente una voluntad de apropiación definitiva, calificar el hecho como apropiación indebida parecería ir en contra del sentido habitual y lógico de la propia noción que trata de definirse. Un análisis, con profundidad, de los usos ilícitos no apropiatorios y su situación legal, puede consultarse en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1988, pp. 81 y ss.

21. Si porten de las consideraciones desarrolladas en el seno de la doctrina germana, con expresa remisión a ella, por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal* (...), *ob.cit.*, pp. 147 y ss.; SILVA CASTAÑO, M.º L.: *El delito* (...), *ob.cit.*, p. 90 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Acerca de la mal llamada "apropiación indebida" de dinero", en *Actualidad jurídica Aranzadi* (en adelante, AJA), núm. 335, 26 de marzo de 1998, p. 2.

22. Así, PEDRAZZI, C.: "Apropriazione indebita", en *ob.cit.*, pp. 842 y ss.; MANTOVANI, F.: *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 102; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte speciale, Volume secondo, tomo secondo. Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 1992, p. 86; ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, I, tredecima edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Milán, 1999, p. 330.

23. BINDING, K.: *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrecht. BT I*, 2. Auflage, Leipzig, 1905, p. 268.

24. En el ámbito doctrinal alemán, y a diferencia de lo que sucede en España, como consecuencia de la distinta regulación legal de los delitos de apropiación, el concepto de apropiación es analizado, generalmente, al hilo del estudio del delito de hurto, donde constituye un elemento puramente subjetivo. La conducta en el delito de hurto consiste, en efecto, en un apoderamiento (*Wegnahme*) realizado con la intención de apropiarse de la cosa mueble ajena, de modo que ésta —la intención de apropiarse— pertenece al aspecto puramente subjetivo de aquella —el apoderamiento—. El delito de apropiación indebida se caracteriza por elevar a la categoría de conducta típica lo que en el delito de hurto no es, por lo tanto, sino un aspecto estrictamente subjetivo. La mayoría de la doctrina entiende, como consecuencia de esto, que la apropiación, en cuanto conducta del delito de apropiación indebida, consiste en cualquier acta de disposición de la cosa ajena que manifieste externamente lo que no deja de ser un elemento intencional y, por ende, totalmente interno, cual es la voluntad de apropiarse de las cosas ajenas. (Por todos, con amplias referencias, véase SAMSON, "§ 246", en RUDOLPHI / HORN / SAMSON: *Systematischer Kommentar zum StGB*, Band II, BT (§§ 80-358), Neuwid/Frankfurt, 1984, p. 51, marg. 30 y Ruã, W.: "§ 246", en *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. Nebearbeitete Auflage, 15. Lieferung, §§ 242-262, Berlin/New York, 1994, pp. 113 y ss., margs. 12 y 13). Como indica magistralmente a este respecto PEDRAZZI, esta transformación de la apropiación en un elemento objetivo se explicaría por el simple hecho de que el nacimiento de un *animus domini* es, de por sí, un hecho puramente interior; es una mutación de la actitud psíquica de una persona en relación con la cosa, que como tal, no puede ser penalmente relevante: es necesario que este *animus domini* se ponga de manifiesto en una conducta que sea expresión adecuada de un *señorío absoluto* sobre la cosa, y que sea por lo tanto incompatible con el debido reconocimiento de la posición superior de otro ("Apropriazione indebita", en *ob.cit.*, p. 842, *in fine*, y 843).

la utilización —aunque tan sólo sea temporal— de la cosa por parte del sujeto activo como si fuese el propietario de la misma²⁵, realizada con la intención de incorporarla, si quiera sea momentáneamente, a su propio patrimonio²⁶. En efecto, y como gráficamente describiera BINDING, el ladrón de una cosa, o quien pretende apropiarse de ella, quiere situarse en la misma posición que ocupa el propietario y crear para sí una relación sobre ésta, a la que tan sólo le faltaría la sanción jurídica para ser una (auténtica) relación de propiedad. Quiere, a través de la negación de la voluntad del propietario, someter a la cosa a su voluntad de dominio, disponer de ella, consumirla, usarla: ésta debe ser “suya”²⁷, y en la constitución de semejante relación de dominio es en lo que reside la esencia de esta apropiación en sentido estricto (*Aneignung*)²⁸.

Desde un punto de vista negativo, sin embargo, el concepto de apropiación estaría integrado por la *expropiación de la cosa* a la persona de su legítimo propietario (*Enteignung*). De acuerdo con este segundo componente, la ejecución de la conducta apropiatoria anteriormente descrita debería producir, como efecto correlativo, la privación definitiva, a quien aparece como propietario del objeto material del delito, de sus posibilidades de disposición sobre ella²⁹; en palabras de BINDING, debería convertir el derecho del propietario en *ilusorio*, como consecuencia de la salida fáctica de la cosa de su ámbito de dominio³⁰.

Por otra parte, y como se ha esforzado en señalar la doctrina germana, y nosotros ya hemos apuntado, conviene recordar que la apropiación en sentido estricto (*Aneignung*), puede ser meramente temporal: lo único relevante es que el sujeto utilice la cosa con intención, presente en cualquier instante, de incorporarla definitivamente a su patrimonio³¹. La expropiación (*Enteignung*), por el contrario, debe ser permanente: el sujeto debe actuar movido por la voluntad de privar definitivamente al propietario de la posibilidad de ejercer sus poderes dominicales sobre la cosa.

Por último, y a modo de conclusión, creemos que resulta interesante destacar, a los efectos de las consideraciones que posteriormente desarrollaremos, que la apropiación presenta *un contenido esencialmente subjetivo*. En efecto, la apropiación remite, como ya hemos indicado mediante la introducción del adverbio *externamente* en la definición de la *apropiación en sentido estricto*³², a la simple idea de una conducta que ponga de manifiesto lo que, en realidad, no es más que “una mutación de la actitud psíquica de la persona en relación con la cosa”³³; desde este punto de vista, constituirán acciones apropiatorias todas y cada una de las conductas que manifiesten externamente esta mutación, es decir, que manifiesten una intención de apropiación frente a cosas muebles aje-

25. Por todos, SAMSON, “Vor § 242”, en RUDOLPHI / HORN / SAMSON: *Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, BT (§§ 80-358)*, Neuwid/Frankfurt, 1984, p. 3, marg. 15.

26. DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal (...)*, *ob.cit.*, p. 147.

27. BINDING, K.: *BT*, p. 268.

28. En el mismo sentido, *Ruä* define este componente del concepto de apropiación como la creación de una posición fáctica de poder a la cual debe someterse —incluso— el poder absoluto de disposición del propietario. (“§ 242”, en *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. Neubearbeitete Auflage, 15. Lieferung, §§ 242 – 262, Berlin / New York, 1994, p. 37, marg. 50).

29. BINDING, K.: *BT*, p. 264; Samson, “Vor § 242”, en *ob.cit.*, p. 3, marg. 15.

30. BINDING, K.: *BT*, p. 264. Esta matización al significado del término “expropiación” se introduce por que el mismo no quiere decir que, como consecuencia de la apropiación en sentido estricto, se produzca una expropiación o pérdida del *derecho de propiedad* que corresponde al sujeto pasivo, ya que civilmente —como bien recuerda MANJÓN-CABEZA (*Nuevo enfoque (...)*, *ob.cit.*, p. 184)—, en nuestro Ordenamiento el mismo tan sólo se adquiere o transmite en virtud de algunos de los medios contenidos en el art. 609 del CC, entre los cuales no se halla, por supuesto, la apropiación antijurídica. Como suele por ello afirmarse, desde BINDING, la expropiación que integra el concepto de apropiación hace referencia a la pérdida por parte del propietario, no de su derecho de propiedad, sino únicamente de la posibilidad de ejercer las facultades de dominio que de él se derivan, como consecuencia de la *salida fáctica* de la cosa de su ámbito de dominio por la apropiación —en sentido estricto— puesta en práctica por el sujeto activo. En palabras del autor germano, la expropiación, en el delito de apropiación indebida, hace referencia a la separación definitiva de la cosa del dominio de su dueño, siempre que no implique una destrucción de la misma; con ello, el propietario debe perder definitivamente la posibilidad de disponer de la misma como propia y, como tal, usarla. Se afirma por ello que la expropiación, en definitiva, no niega el derecho de propiedad, sino que tan sólo lo convierte en *ilusorio*.

31. Especialmente elocuente en este sentido, se muestra DE LA MATA BARRANCO, quien siguiendo a WESSELS indica que “es indiferente que el sujeto activo se quede definitivamente con el objeto material en cuestión, o bien lo devuelva o lo destruya. Lo único que se requiere para afirmar la apropiación es que durante el tiempo que dure la utilización del bien tomado, su comportamiento sea el de un pseudo-propietario, que, como tal, no reconoce la propiedad ajena” (*Tutela de la propiedad (...)*, *ob.cit.*, p. 148).

32 Véase nota a pie de página 25.

33 PEDRAZZI, C.: “Apropiazione indebita”, en *ob.cit.*, p. 842 *in fine*, y 843.

nas (*animus rem sibi habiendi*); lógica consecuencia de ello, es que esta intención pasa a erigirse en un elemento subjetivo del tipo, imprescindible para afirmar la tipicidad de la conducta. Como indica la Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia alemana al respecto, para afirmar la presencia de una apropiación es, por lo tanto, suficiente con que la voluntad apropiatoria del autor se ponga en movimiento a través de una acción externa reconocible (*Manifestationstheorie*)³⁴.

La combinación de estos dos elementos, positivo y negativo, análogos a los señalados por la doctrina española, y anteriormente enunciados, definía por lo tanto nítidamente el contenido del verbo típico "apropiarse", que empleaba el art. 535 ACP y, lo que puede resultar más relevante, permitía deslindar los delitos de apropiación indebida de otra serie de figuras afines a ésta que, sin embargo, no debían confundirse con ella. De este modo, la exigencia de una apropiación en sentido estricto, permitiría diferenciar la apropiación indebida del delito de daños³⁵, mientras que la presencia de la expropiación debería consentir no incluir en el ámbito típico del delito los supuestos ya mencionados de usos ilícitos no apropiatorios³⁶.

La especial dinámica comisiva del delito objeto de nuestro análisis, y con ello la definición de su específico contenido de injusto en el seno más general de los delitos patrimoniales, no podía ser, sin embargo —y lógicamente a tenor de la dicción literal del art. 535 ACP—, construida exclusivamente sobre la base del único y estricto concepto de la apropiación. Éste era, en realidad, un concepto genérico de la delincuencia patrimonial, sobre

cuya base se construían también otras infracciones contenidas en el mismo Título del Código penal, siendo el ejemplo más significativo de ello, sin lugar a dudas, el delito de hurto, figura cuya esencia se centraba igualmente en la verificación de una conducta de naturaleza estrictamente apropiatoria —tomar la cosa mueble ajena, apoderarse de ella—. Afirmar por ello que el contenido de injusto de la apropiación indebida radicaba en la realización de una conducta apropiatoria sobre las cosas muebles ajenas, no suponía en puridad definir completa y precisamente la esencia de esta infracción, pues ésta era una aseveración que podía resultar, asimismo, válida para cualquier otro "delito de apropiación", como el hurto o el robo³⁷.

La definición de la apropiación indebida se completaba usualmente por esto, con la adición de un nuevo elemento, derivado de las propias exigencias legales, al que se le solía atribuir la función de *presupuesto* de la conducta, aun cuando en realidad, y como trataríamos de justificar, el mismo adoptaba el rol de auténtico elemento caracterizador de lo que bien podríamos denominar "el núcleo básico" de la infracción analizada. Este componente típico resultaba ser, como ya hemos anunciado, la presencia de un previo título jurídico que hubiera motivado la entrega, y por lo tanto, (y lo que era en verdad más importante) *la recepción de la cosa por parte del sujeto activo*, creándole, además, a este último, la obligación de custodiarla hasta que llegase el momento de proceder a su *devolución* o aplicación (*entrega*, según el texto legal) a un determinado fin³⁸.

Con la introducción de este presupuesto, la apropiación indebida se erigía en una infrac-

34. Y como indican TRÖNDLE y FISCHER, la jurisprudencia alemana califica como "manifestación de la voluntad de apropiación" a cualquier conducta en la que la voluntad de apropiación se objetivice (*Strafgesetzbuch*, 50. Auflage, München, 2001, p. 1452, marg. 12).

35. Ya que como indica BINDING, en el supuesto de destrucción de la cosa mueble ajena no se puede hablar con propiedad de la verificación de un acto de disposición sobre ésta, puesto que quien destruye algo quiere justamente lo contrario de la apropiación en sentido estricto —*Aneignung*— (*BT*, p. 268).

36. Pues como señala SAMSON, la expropiación sin apropiación (*Enteignung ohne Aneignung*) es una destrucción de la cosa y la apropiación temporal sin expropiación definitiva (*Aneignung ohne dauernde Enteignung*) es un uso temporal —*furtum usus*— ("§ 242", en *ob.cit.*, p. 19, marg. 56).

37. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *PE*, p. 865.

38. En efecto, según entendía la doctrina española, no todo incumplimiento de una obligación de devolver era apto para ser considerado como un supuesto de apropiación indebida. Según se indicaba, únicamente eran susceptibles de integrarlos, aquellos títulos que establecieran, como parte del débito, la obligación de devolver; por el contrario, deberían quedar excluidas todas aquellas otras obligaciones de devolver que se derivasen de la responsabilidad por incumplimiento del débito característico de la concreta relación jurídica que generó la entrega (RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y obonado por error", en *ADPCP*, 1982, pp. 513 y ss.; *Nuevo enfoque (...)*, *ob.cit.*, pp. 108 y ss., en especial, p. 110 *in fine*). Es decir, y como hemos indicado, sólo existía apropiación indebida cuando el sujeto incumplía, en virtud de la conducta de apropiación, una obligación de devolver que constituía el contenido característico y principal de la relación jurídica que había motivado la entrega y correspondiente recepción.

ción construida al abrigo del concepto civil de posesión³⁹. En efecto, y según esto, este delito no tendría la misión de sancionar cualquier tipo de conducta de contenido apropiatorio, sino tan sólo aquellas infracciones que versarán sobre elementos patrimoniales ajenos previamente poseídos por el sujeto activo. La esencia del tipo delictivo se cifraba, por ello, en el hecho de que el autor hiciera suya una cosa mueble que *ya poseyera* lícitamente por haberla recibido con anterioridad del sujeto pasivo en virtud de alguno de los títulos que el precepto detallaba⁴⁰. El texto legal era claro, en este sentido, al exigir que la cosa objeto de la posterior apropiación hubiera sido entregada —en virtud de un título jurídico que estableciera la obligación de entregarla o devolverla— a quien más tarde se convertiría, merced a la conducta apropiatoria, en el sujeto activo del delito. Nótese que con ello se producía, en realidad, una *doble limitación relevante* en el concepto penal de apropiación; en primer lugar, tan sólo serían susceptibles de integrar esta noción, a los efectos del art. 535 ACP,

las conductas que, reuniendo los elementos apropiatorios previamente definidos, tuvieran por objeto una cosa mueble que le hubiera sido entregada voluntariamente al sujeto activo del delito para que éste la custodiase (o poseyese); en segundo lugar, no era suficiente con que el sujeto activo tuviera la posesión de la cosa, sino que era preciso, adicionalmente, que la misma se hubiera adquirido en virtud de uno de los títulos jurídicos citados en el precepto; consecuencia de todo ello era, por lo tanto, la necesidad de que las cosas se hallasen bajo la legítima y previa posesión de este sujeto, y que esa legítima posesión se fundase en un específico título jurídico de los que impusiese la obligación de entregar o devolver.

El contenido de injusto de la apropiación indebida quedaba, gracias a ello, final y perfectamente delimitado: *la apropiación indebida consistiría en la apropiación antijurídica de los elementos patrimoniales ajenos que hubieran sido previamente dados en posesión al sujeto activo para que éste los custodiase y posteriormente los entregase o devolviese*⁴¹.

39. La vinculación del delito de apropiación indebida al concepto de "posesión" constituye, como veremos, uno de sus aspectos esenciales de esta figura y, al mismo tiempo y sin lugar a dudas, uno de los factores que explican la oscuridad que tradicionalmente ha presentado esta infracción delictiva. La construcción del delito de apropiación indebida a la luz del *concepto civil* de posesión había sido tradicional rechazada por la doctrina penal española; según se consideraba, la noción de posesión en el ámbito civil era excesivamente vaga, de modo que la misma se mostraría incapaz de servir de base para la edificación de un tipo penal, sometido a las estrictas exigencias de la *taxatividad* (QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *PE*, pp. 911 y ss.). La doctrina prefería, por ello, hacer referencia (para delimitar el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida), *no tanto al hecho mismo de la posesión, sino al título en virtud del cual se tenía la posesión* (MUÑOZ CONDE, F.: *PE*, p. 233; con posterioridad, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE*, pp. 269 y ss.). Expresiva, en este sentido, resulta MANJÓN-CABEZA, al indicar que la importancia de la posesión, a los efectos del delito de apropiación indebida, no debe extralimitarse, porque el art. 535 no nos obliga a ello (*Nuevo enfoque (...)*, *ob.cit.*, p. 104). Como acertadamente indicará ZUGALDÍA ESPINAR ("Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación", en *CPC*, 1986, p. 125), esto no implica en realidad adoptar, como pudiera pensarse, un criterio divergente al representado por el concepto civil de posesión, sino únicamente limitar el mismo a los casos incontrovertiblemente incluidos en él, a través del recurso al origen que ésta presentase. Es decir, cuando se afirma que lo determinante para que exista el delito de apropiación indebida, es que la cosa se haya recibido por un título que establezca la obligación de devolver o entregar, no se está acudiendo a un concepto distinto del concepto civil de posesión, sino que tan sólo se está exigiendo la presencia de un título jurídico de los que transmite civilmente la posesión de un bien, de modo que se excluyan todas aquellas otras hipótesis que resultan controvertidas. Esta argumentación, por ende, supone el recurso a criterios estrictamente normativos, vinculados al concepto civil de posesión, que por lo tanto no implican un *aliud* de la posesión civil, sino tan sólo un *plus* de la misma. Consecuencia de todo ello es que, al encontramos ante títulos que siempre implican la traslación de la posesión civil, el delito que se construya a partir de su presencia como *presupuesto-requisito esencial*, aporecerá edificado, a su vez, sobre la idea civil de posesión.

40. Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, p. 696. De este modo, en palabras de QUINTANO RIPOLLÉS, son los verbos *entregar* y *recibir* los que caracterizan verdaderamente a la apropiación indebida frente a otros delitos apropiatorios (*PE*, p. 913).

41. Bajo la vigencia del Código penal de 1973, CUELLO CALÓN, E.: *PE*, pp. 958 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *PE* (3.ª ed.), pp. 232 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *PE*, pp. 849 y ss.; SAÍNZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *El delito (...)*, *ob.cit.*, pp. 70 y ss. Tras la reforma de 1983, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE*, pp. 267 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S.: "Delitos contra (...)", en *ob.cit.*, pp. 908 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Apropiación (...)", en *ob.cit.*, pp. 303 y ss.; QUINTANAR DÍEZ, M.: "Sobre el 'título' y la 'apropiación' en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP", en *CPC*, 1993, p. 298 y ss.; tras la entrada en vigor de la reforma del Código penal de 1995, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 424; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Artículo 252", en *ob.cit.*, p. 2795 y ss.; VALLE MUÑOZ, J. M.: "Sección (...)", en *ob.cit.*, p. 1164; FERNÁNDEZ TERUELLO, G. J.: "La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico", en *La Ley*, número 5177, lunes, 6 de noviembre de 2000, p. 4; QUERALT JIMÉNEZ, J.: "Derecho penal español. Parte especial, 4.ª ed., revisada y puesta al día, Barcelona, 2002, pp. 335 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Artículo 252", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARRERO, A. (coord.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pp. 721-723; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., revisada y puesta al día, Valencia, 1999, pp. 465 y ss.; PÉREZ MANZANO, M.: PÉREZ MANZANO, M.: "Capítulo XIV. Las defraudaciones (III). Apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir): *Compendio de Derecho penal. (Parte especial)*, Volumen II, Madrid, 1998, pp. 477 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. L.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, pp. 695 y ss.; CALDERÓN CERREZO, A.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, pp. 259 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Apropiación indebida", en *ob.cit.*, p. 83 y ss.;

La adición de este componente típico complementario permitía, ciertamente, explicar algunas cuestiones siempre polémicas en el seno de la sistemática de los delitos contra el patrimonio.

En primer lugar, la inclusión de la exigencia de la previa posesión en virtud de un título jurídico de los citados en el precepto, consentía el establecimiento de un criterio de diferenciación con el delito de hurto relativamente seguro y preciso. Según se entendía, aunque ésta era una cuestión más polémica y menos unánime, la previa existencia del título jurídico debía funcionar como criterio de demarcación entre ambas infracciones. A la hora de determinar si un hecho concreto era constitutivo de una u otra infracción, bastaba con detectar la presencia de uno de estos títulos: si estaba presente, estaríamos ante un delito de apropiación indebida; si no lo estaba, nos hallaríamos por el contrario ante un delito de hurto⁴².

En segundo término, la inclusión de esta exigencia típica adicional permitía asimismo explicar y comprender la a veces muy criticada inclusión del delito de apropiación indebida junto a la estafa en el capítulo de *Las Defraudaciones*, en lugar de al lado del hurto, entre *los delitos contra la propiedad* —en sentido estricto—. Como explica acertadamente GONZÁLEZ RUS⁴³, la previsión del elemento de la previa posesión de la cosa apropiada por parte del sujeto activo, con la obligación de devolverla o aplicarla a un fin, introduce en la dinámica comisiva descrita por esta infracción,

un plus de desvalor, ya que el sujeto no se está apropiando tan sólo de una cosa mueble que no le pertenece, sino que con ello está, al mismo tiempo, y a través de un comportamiento unívocamente fraudulento, incumpliendo una obligación que le gravaba, y que se hallaba, además, en la *ratio esendi* de la propia entrega previamente producida⁴⁴; dicho de otro modo, el sujeto se aprovecha de que ya posee lícitamente la cosa (puesto que el sujeto pasivo se la ha entregado voluntariamente con vistas al cumplimiento de uno de los dos objetivos, ya mencionados, de entregar o devolver) para apropiarse de la misma, sin tener consecuentemente que apoderarse de ella extrayéndola del ámbito de la posesión o custodia de otra persona. Lógicamente ello introduce en la dinámica comisiva del delito la idea de *fraude*, que pasa a dominar —en buena medida— todo el contenido de injusto del delito⁴⁵.

En tercer lugar, y según se deduce de lo que acabamos de indicar, el hecho de que la lesión patrimonial sea causada, a través del fraude, apropiándose de cosas cuya posesión ya se tiene en virtud de determinados títulos, justificaría que el delito de apropiación indebida fuera más grave que el delito de hurto⁴⁶. Como continúa explicando GONZÁLEZ RUS, la presencia de esta idea de fraude “es la única que puede explicar que en la valoración legal se considere más grave apoderarse de lo que se ha recibido con obligación de devolver (apropiación indebida) que la

42. Como explicaba QUINTANO RIPOLLÉS el “recibir la cosa o dinero vale ciertamente como base fundamental del compartamiento ulterior, al servir de módulo diferencial respecto al delito de hurto, puesto que presupone en el del artículo 535 un previo acto de voluntad libre por parte del sujeto pasivo, que pone las cosas al alcance del sujeto activo (PE, p. 883); en el mismo sentido, SÁINZ-PARDO CASA-NOVA, J. A.: *El delito (...)*, ob.cit., p. 55; MUÑOZ CONDE, F.: PE, p. 421 y 422 y BAJO FERNÁNDEZ, M.: PE, pp. 269-271.

43. GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Los delitos (...)”, en ob.cit., p. 696.

44. Véase nota a pie núm. 38.

45. En efecto, la construcción del delito de apropiación indebida sobre esta idea de fraude impide afirmar, según consideramos, que la previa posesión de la cosa —en virtud de uno de los títulos analizados— constituya tan sólo un “presupuesto” o una mera “situación inicial” del tipo. La misma, como concluiremos al analizar la función de la posesión en la estructura de los delitos de apropiación indebida (apartado IV de este trabajo), adquiere —en esta modalidad— la categoría de elemento de agravación de la conducta básica de la apropiación. La presencia de la previa posesión en virtud de un título jurídico que implique alguna de las obligaciones aludidas con anterioridad, determina que el hecho presente una mayor gravedad objetiva que aquellas otras posibilidades apropiatorias en las que la conducta de apropiación no se verifica a través de la ruptura de aquellas obligaciones; y esta mayor gravedad es, precisamente, la que justifica el aumento del marco penal abstracto de la infracción, por encima incluso de las infracciones que suponen la ruptura de una relación de custodia ajena. *La previa existencia de una posesión fundada en uno de esos títulos no es, por ello, un mero presupuesto del delito, sino más correctamente un elemento de agravación de la forma básica de la apropiación indebida.*

46. En el Código penal de 1973, en efecto, el delito de apropiación indebida se hallaba sancionado con una pena idéntica, en principio, a la prevista para el delito de hurto, pero con enormes y factibles posibilidades de agravación. De esta forma, mientras que el artículo 535 preveía la aplicación de la misma pena que en el caso del delito de estafa (arresto mayor, con posibilidad de agravación si concurren las circunstancias del art. 529 ó 530 ACP), el delito de hurto se sancionaba con la pena de arresto mayor (art. 515 ACP). El nuevo Código penal continúa esta tónica, imputando a la apropiación indebida una pena mayor que la del hurto, al imponer al hurto la pena de prisión de seis a dieciocho meses y a la apropiación indebida del art. 252 (anterior 535), la pena de prisión de seis meses a cuatro años, con posibilidad de agravación si concurren las agravantes de los arts. 249 y 250 CP.

sustracción directa de la cosa al propietario (hurto)⁴⁷.

Esta *interpretación tradicional* del delito de apropiación indebida, que respondía adecuadamente a la construcción legal que de la misma realizaba el, por entonces, vigente Código penal, ha permanecido prácticamente inalterada en el seno de nuestra doctrina, a pesar de las importantes modificaciones que, especialmente a partir de 1983, ha experimentado la sección dedicada a esta figura delictiva^{48,49}. La introducción, con posterioridad a esta fecha, de nuevas modalidades típicas de apropiación indebida, que no parecen construidas sobre los mismos elementos que hasta el momento habían determinado la concepción de esta categoría delictiva, creemos que debería haber producido una evolución en el análisis de este grupo de infracciones que, no obstante, todavía no se ha observado.

En efecto, la creación de modalidades típicas como la *apropiación indebida de cosa hallada o de dueño desconocido*, contenida en el art. 253 CP, no puede ser satisfactoriamente explicada a partir de una visión de la apropiación indebida que haga girar el contenido esencial de este delito sobre la idea de la *previa posesión de la cosa, adquirida, además, por medio de alguno de los específicos y determinados títulos jurídicos, legalmente pre-determinados*. Como reconocen incluso quienes sostienen dicha concepción del delito que nos ocu-

pa⁵⁰, el art. 253 de nuestro texto punitivo, aun cuando constituye por mandato legal una hipótesis de apropiación indebida, no se acomoda sin embargo al concepto que de la misma se construye a partir del art. 252 CP, puesto que las hipótesis previstas por este precepto (hallazgo o apropiación de cosa de dueño desconocido), se caracterizan —precisamente— por ser supuestos en los que el autor no tiene la previa posesión de la cosa objeto del adueñamiento en virtud de un título que produzca la subsiguiente obligación de entregar o devolver. Idéntica situación acontece en el caso del art. 254 CP, donde tampoco es posible apreciar la presencia de semejante título jurídico, en el caso de la recepción de la cosa por error del transmitente⁵¹.

Ante esta diatriba, la mayoría doctrinal, pues, se conforma con indicar que estas hipótesis de apropiación indebida, adicionales y ciertamente de menor importancia en la práctica, no resultan reconducibles al *tipo básico* de la que parece reputarse, por ello, como la auténtica y genuina figura de apropiación indebida.

Esta solución doctrinal no parece ser, sin embargo, plenamente satisfactoria, ya que lo único lícito que cabe deducir de la sistemática legal, es que también los tipos contenidos en los arts. 253 y 254 CP son *auténticas y genuinas apropiaciones indebidas* y que, por lo tanto, el concepto que se construya de la misma debe hallarse en condicio-

47. GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Ibidem*, p. 696. En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, "en los delitos contra el patrimonio hay una secuencia de graduación que va del hurto (y robo) pasa por la apropiación indebida y termina con la estafa. En el hurto se obtiene la cosa mediante sustracción, en la apropiación indebida se recibe la cosa y con abuso de confianza no se restituye y en la estafa se recibe la cosa, pero obteniéndola mediante engaño. Se trata de tres modalidades enteramente diferenciadas, de ataque al patrimonio de otro" (PE, p. 242).

48. *Vid.* Apartado II (La apropiación indebida en los Códigos penales españoles) de este mismo artículo.

49. De esta forma, resultaba especialmente claro, tras la aprobación del Código penal de 1995, VALLE MUÑIZ, quien escribiera que "es evidente, en consecuencia, que sobre este delito mantienen plena vigencia y aplicabilidad los pronunciamientos jurisprudenciales y conocidos y las pautas hermenéuticas vertidas por la doctrina científica. Bastará en este contexto, por tanto, con transcribir algunas referencias puntuales" ("Sección 2.ª De la apropiación indebida", en *ob.cit.*, p. 1164). En idéntico sentido, afirmando que "el delito de apropiación indebida permanece sustancialmente invariado en el CPN. Las modificaciones introducidas no inciden sobre la doctrina jurisprudencial en torno al del alcance del tipo que, por tanto, sigue siendo de aplicación a lo dispuesto en el presente precepto", SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Artículo 252", en *ob.cit.*, p. 722.

50. En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, p. 916; PÉREZ MANZANO, M.: "Capítulo XIV. Las defraudaciones (III) (...)", en *ob.cit.*, p. 491; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, p. 478; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Artículo 253", en SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Artículo 252", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pp. 723 y ss., quien habla de un tipo de "naturaleza híbrida del comportamiento punible, pues éste si bien no constituye hurto en sentido estricto tampoco se corresponde en su totalidad con la estructura de la apropiación indebida"; GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, p. 713; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Apropiación indebida", en *ob.cit.*, p. 90; CALDERÓN CERREZO, A.: "Delitos (...)", en *ob.cit.*, pp. 265 y ss.;

51. Consecuencia esta que ya avanzara RODRÍGUEZ RAMOS, incluso antes de que esta hipótesis fuera incluida en nuestra legislación penal. El autor, al analizar la posible inclusión de estos comportamientos —ahora definidos por este precepto— en el art. 535 ACP, ponía ya certeramente de manifiesto que este tipo penal no podía resultar de aplicación, ya que la entrega errónea de la cosa, aun cuando generara según el CC la obligación de devolverla tal cual luego se verá, no se hace con base en ningún título, sino en un error, por lo que no existe la necesaria situación inicial de posesión ilícita, a la que en la dinámica comisiva de la apropiación indebida sigue la segunda fase, que es la realmente delictiva. Por ello concluía que la ausencia de título de entrega y posesión impedía, *de lege data*, configurar ese comportamiento como apropiación indebida (CPC, 1982, p. 521).

nes de acogerlas y explicarlas dogmáticamente. El concepto tradicional de la apropiación indebida, que concibe a ésta como la realización de actos de disposición a título de dueño, perpetrados sobre cosas muebles ajenas que el sujeto activo haya recibido en virtud de un título que le obligue a entregarlas o devolverlas, se encuentra empero incapacitado para ello, al menos claramente en la hipótesis del art. 253 CP.

Creemos, por todo esto, que se hace preciso profundizar en el estudio del contenido de injusto de *los delitos* de apropiación indebida y ensayar un concepto que permita definir el sentido de todos y cada uno de los tipos legales que se construyen al abrigo de aquella rúbrica, y no tan sólo del que corresponde al tipo más habitual en la práctica y, por ello, con mayor relevancia criminológica.

IV. Nuevo enfoque de los delitos de apropiación indebida: la apropiación indebida como tipo básico de la delincuencia patrimonial apropiatoria

La investigación sobre el contenido de injusto de la apropiación indebida debe encontrar, según entendemos, su centro de gravedad en el elemento de *la posesión de las cosas muebles ajenas objeto de la subsiguiente conducta apropiatoria*. Tal y como hemos visto, el componente de la posesión resulta esencial tanto para comprender la visión tradicional que se ha sostenido sobre esta infracción, como para aprehender la específica dinámica comisiva que, a juicio de la misma, cabe atribuir a este tipo penal. Al mismo tiempo, y sin embargo, también es la concreta configuración de este elemento, el principal obstáculo que se opone a la generalización de *la teoría mayoritaria* para explicar la esencia de la apropiación indebida en cuanto categoría delictiva de la delincuencia patrimonial. Todo ello nos pone de manifiesto, aunque tan sólo con carácter indiciario, la especial re-

levancia que la posesión reviste en el seno de la infracción analizada y la consecuente necesidad de precisar cuál es la función que la misma debe asumir en la estructura típica de esta figura.

Centrando nuestra atención, por lo tanto, en este aspecto de los delitos de apropiación indebida, resulta conveniente destacar cómo el concepto penal de posesión o custodia se halla presente en todas y cada una de las diferentes formas típicas de esta categoría delictiva, siendo con ello un elemento que *parece* encontrarse inescindiblemente vinculado a su propia esencia.

En este sentido, cuando la apropiación tiene por objeto una cosa mueble que el sujeto ha recibido en virtud de un título jurídico que le obliga a devolverla o entregarla con posterioridad (artículo 252 CP), resulta evidente, como ya hemos señalado en las páginas precedentes, que éste ha adquirido *previamente* y como consecuencia de la presencia de esta relación jurídica, la legítima posesión de la cosa. Por otro lado, también en la hipótesis de que la apropiación versare sobre cosas halladas o sin dueño (artículo 253 CP), puede afirmarse la existencia de una relación de custodia, puesto que el sujeto activo, por el simple hecho del hallazgo, ha adquirido —cuanto menos *simultáneamente*— la posesión de las mismas. Por último, en el caso de la apropiación de cosas entregadas por error (artículo 254 CP), se halla necesariamente presente también esta *previa* relación posesoria, en sentido penal, entre el sujeto activo y la cosa, desde el mismo instante en que, quien será posteriormente el autor, recibe la cosa mueble por un acto voluntario de entrega del sujeto pasivo —motivado, eso sí, por una antecedente situación de error—.

Como vemos, pues, en todas las hipótesis de apropiación indebida el sujeto activo de la infracción ejerce, en el momento de producirse la conducta apropiatoria, una relación de custodia sobre la cosa, y esta relación es precisamente la que integra la idea de *posesión* a efectos penales⁵². Aho-

52. Como vimos con anterioridad, el concepto civil de posesión resulta ciertamente limitado a la hora de explicar la relación que une al sujeto activo del delito con la cosa objeto de la subsiguiente apropiación. El mismo tan sólo es apto, como hemos argumentado, para dar cuenta de la situación que vincula al sujeto y a la cosa en el caso del art. 252 CP, ya que la posesión previa que se deriva de la presencia de los títulos jurídicos mencionados en él, es siempre una posesión en sentido civil, al añadir éstos un *plus*, nunca un *aliud*, a aquélla. No sucede, por el contrario, lo mismo en el caso de las cosas halladas, de dueño desconocido o entregadas por error, ya que en estos casos el estrecho *concepto civil de posesión* no podría explicar, en ocasiones, la relación que se establece en todas estas hipótesis entre sujeto activo y objeto material. Frente al concepto civil de posesión, impreciso incluso en el propio ámbito del Derecho de cosas, resulta preferible optar por la asunción de un concepto penal de posesión, adecuado a las finalidades de tutela perseguidas en este sector del ordenamiento. La definición de este concepto penal de posesión ha sido particularmente ensayado en el ámbito de la doctrina germana, donde las exigencias legales del antiguo § 246 StGB obligaban a renunciar a la mera traslación del concepto civil. En efecto el antiguo precepto regulador de la *Unterschlagung* exigía expresamente que la cosa objeto de la apropiación se hallase bajo una situación de "posesión o custodia" (*Besitz oder Gewahrsam*) del sujeto activo. La mayoría de la doctrina entendía que la mención de la situación de custodia determinaba la irrelevancia del concepto civil de posesión: posesión y custodia eran términos idénticos (por todos, OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen delikte*, 4. Auflage, Berlin / New York, 1995, p. 176; SAMSON: "§ 246", en *ob.cit.*, p. 47, marg. 5) y el

ra bien, consideramos que esta primera conclusión, derivada de lo que constituye en realidad una mera constatación de la concreta situación legislativa, debe ser objeto de una rápida e inmediata matización que sitúe en sus justos términos la trascendental cuestión de la vinculación de esta "relación de custodia o posesión" al concepto y estructura básicos de la "apropiación indebida".

Y es que la presencia de una relación posesoria así definida, en el seno de la estructura de este delito, no constituye, en absoluto, una característica derivada de la misma naturaleza o esencia de la apropiación indebida, como podría sostenerse a luz de las consideraciones anteriormente desarrolladas y, sobre todo, de la concepción mayoritaria de esta infracción; por el contrario, la misma encuentra su origen y subsiguiente justificación en el más estricto (y no exclusivamente vinculado a este delito) concepto de la apropiación; conducta sobre la que gira, como ya apuntamos, todo el contenido de injusto, no sólo de los delitos de apropiación indebida, sino en general, de todos los delitos de apropiación.

En efecto, la definición de la apropiación (*Zueignung*) a partir de los elementos, positivo y negativo, de la apropiación en sentido estricto (*Aneignung*) y la correlativa expropiación (*Enteignung*) de la cosa mueble ajena, determina que resulte consustancial a la misma la existencia de una relación posesoria entre el autor de tal comportamiento apropiatorio y la cosa, objeto material de la acción. Si la apropiación en un sentido positivo consiste esencialmente, según se suscribió⁵³, en una utilización temporal de la cosa mueble ajena, uno de los presupuestos conceptuales básicos de la misma debe ser, necesariamente, la existencia de una relación de custodia, si quiera sea ésta mediata o espiritualizada, entre el autor y la cosa, ya que de otro modo la utilización de ésta por parte de aquél deviene, material y lógicamente, imposible.

Todos los delitos, por ello, que tengan por objeto la apropiación de una cosa mueble ajena cons-

truyen su estructura típica interna, de manera ineludible, a partir del elemento de la posesión o custodia de aquélla. Esto se puede constatar fácilmente en los más tradicionales tipos de contenido apropiatorio. El hurto, de este modo, consiste precisamente en la puesta en práctica de una conducta de apoderamiento (esto es, de ruptura de la relación de custodia ajena⁵⁴) destinada directamente a asegurarle al autor esta (ilícita) situación de custodia, con vistas a instaurar, con y a partir de ella, la consiguiente relación de dominio sobre la cosa, con exclusión de su legítimo titular (es decir, un apoderamiento destinado a consumir la subsiguiente apropiación). La estructura típica del robo observa miméticamente la misma estructura. En él, el autor pone en práctica una acción de apoderamiento por medio de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, destinada a fundar la misma relación de custodia, con la finalidad de consumir una idéntica meta apropiatoria. Incluso el delito de estafa podría ser fácilmente reconducido si se quiere, y en ocasiones, a la estructura básica de un delito apropiatorio: este delito se caracterizaría por el hecho de que la (ilícita) relación de custodia sobre la cosa mueble ajena se consigue establecer por medio del engaño, que desencadena —debido al error que padece el sujeto disponente— la entrega "voluntaria" de la misma, naciendo —de este modo— la acción apropiatoria propiamente dicha. La vinculación entre la noción de posesión y los delitos de apropiación indebida, que integran también la categoría de los delitos de apropiación y comulgan de este mismo contenido apropiatorio, no constituye —por lo tanto— ni una excepción ni, mucho menos, una hipótesis única, aislada y original en el seno de esta clase de infracciones.

La conclusión que cabe extraer de las consideraciones desarrolladas hasta el momento, por ello, es que la presencia de una relación de custodia o posesión en el seno de la estructura de *todos y cada uno* de los delitos de apropiación indebida no es consecuencia de una particularidad, esencial y

problema se desplazaba a determinar qué se entendía por *custodia* a los efectos de los delitos de apropiación indebida. De acuerdo con la visión mayoritaria, la misma no significaría más que la necesidad de que el sujeto activo tuviera una posición de dominio fáctico sobre la cosa (*Ru\$*, W.: "§ 246", en *ob.cit.*, p. 111, marg. 10), es decir, y al igual que en el concepto de custodia del delito de hurto (SAMSON: "§ 246 StGB", en *ob.cit.*, p. 47, marg. 5), una mera relación fáctica de dominio, que proporciona al titular de esta custodia (*Gewahrsamsinhabers*) en virtud de su poder (*Könnens*) fáctico una posibilidad de actuación físico-real sobre la cosa (WESSELS, J. y HILLENKAMP, Th.: *Strafrecht. Besonderer Teil / 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 22., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1999, p. 26, marg. 73; en el mismo sentido, KINDHÄUSER, U.: "§ 246 Unterschlagung", en *Nomos-kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995, p. 7, marg. 18; SAMSON: "§ 242", en *ob.cit.*, p. 10, marg. 18, entre otros). La relación de custodia que vincula necesariamente al sujeto activo del delito y al objeto material del mismo en estos delitos, no es por lo tanto una relación de posesión en sentido civil, sino una más sencilla *relación de fáctica de dominio*, definida en los términos arriba indicados. Sosteniendo este mismo concepto de custodia en la doctrina penal española, FERRER SAMA, A.: *El delito (...)*, *ob.cit.*, p. 19 y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *CPC*, pp. 128 y ss.

53. Véanse las pp. 9 y ss. de este mismo trabajo.

54. En este sentido, por todos, WESSELS, J. y HILLENKAMP, Th.: *BT*, pp. 35 y ss.

Revista Penal

Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida...

exclusiva, de esta categoría delictiva, sino que por el contrario es el resultado de la construcción de la misma sobre la idea de apropiación, que requiere conceptualmente de aquélla como condición de existencia, y por ende, es una consecuencia de su inclusión dentro de la categoría más general de los delitos de apropiación.

Siendo lo dicho hasta el momento particularmente importante para comprender mejor la sistemática de los delitos patrimoniales de contenido estrictamente apropiatorio, no deja de ser también menos relevante, sin embargo, destacar que el elemento de la posesión, a pesar de ser un componente necesario de todos estos tipos, asume al mismo tiempo y sin solución de continuidad, un papel de máximo protagonismo a la hora de explicar tanto la presencia de una pluralidad de figuras apropiatorias en los sistemas puestos a disposición de la tutela penal de los intereses patrimoniales, cuanto la diferencia que todas éstas mantienen entre sí.

Efectivamente, la diferencia entre las distintas figuras delictivas de naturaleza apropiatoria, previstas en nuestras legislaciones, no puede explicarse, según creemos, a partir de disquisiciones cifradas en el bien jurídico ni tampoco sobre la base de la diferente modalidad básica de comportamiento descrito en las mismas, ya que en todas ellas el patrimonio es el principal objeto jurídico de agresión y la apropiación, el mecanismo típico por medio del cual se verifica ésta. En definitiva, la apropiación indebida, el hurto o el robo no difieren entre sí en ninguno de estos elementos, pues todos ellos consisten en infracciones patrimoniales de contenido estrictamente apropiatorio.

Por el contrario, creemos que la diferencia entre las distintas infracciones patrimoniales apropiatorias, que es la que adicionalmente justifica la mayor o menor gravedad de las unas frente a las otras y, con ello, su configuración recíproca como tipos agravados o básicos, radica en la distinta manera en la que el sujeto activo accede al necesario elemento de la posesión o custodia de aquella cosa ajena que, posteriormente, será objeto de apropiación.

En efecto, y aunque la posesión de la cosa constituya en los delitos de apropiación un elemento conceptualmente imprescindible, la forma de adquisición de la misma por parte del sujeto activo no puede ser una circunstancia irrelevante a la hora de diseñar el sistema de protección de los intereses patrimoniales frente a estas formas de comportamiento, desde el mismo instante en el que

determinados modos de consecución de esta situación ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una *mayor desvaloración global del comportamiento*, al unir al hecho principal de la apropiación, la puesta en práctica de *una conducta*, instrumentalmente orientada a la consumación de aquélla, que dota a la dinámica comisiva desplegada de una mayor significación antijurídica. Nos enfrentaríamos a supuestos, por lo tanto, en los que al contenido básico de la categoría (la apropiación) se le vienen a unir una serie de circunstancias, centradas en la modalidad de ejecución, que deberían implicar un *plus de antijuridicidad*, y con ello, la necesidad de una sanción más elevada.

Si se atiende a estas consideraciones, la forma básica de las infracciones de contenido apropiatorio (que, como veremos, es precisamente la que integra el delito de apropiación indebida) estaría constituida por todas aquellas modalidades de ejecución que describiesen, en su posibilidad más simple, estas formas de comportamiento, y que vendrían a identificarse con todos aquellos supuestos consistentes *exclusivamente* en el mero hecho de la apropiación; es decir, supuestos en los que la materia de prohibición de la correspondiente norma jurídica que los describe y sanciona, se centra únicamente en la proscripción de conductas de cariz apropiatorio, en las que no se hallen presentes elementos adicionales de agravación, referentes al modo de adquisición de la posesión.

La característica esencial de esta figura, tal y como ya señaló PEDRAZZI antes que nosotros⁵⁵, es que en la misma el origen de la situación posesoria, que ejerce el sujeto activo de la infracción en el momento de consumir la apropiación, permanece en la sombra; es decir, es irrelevante a efectos penales, dado que la finalidad del precepto se construye a sancionar el estricto momento de la apropiación, que presupone ya, según hemos visto, aquel estado de custodia. Se trataría de formas en las que la finalidad de tutela no pretende abarcar los modos en los que el sujeto ha llegado a dicha situación posesoria, sino que tan sólo, y partiendo de ella, pretende abarcar el estricto acto de la apropiación.

Ejemplo paradigmático de esta situación resulta ser, sin lugar a dudas, el § 246 StGB, de acuerdo con la redacción que al mismo le ha dado la 6. StrRG. Este precepto se limita a sancionar, como ya indicamos, a quien se apropie antijurídicamente, para sí o para un tercero, de cosas muebles ajenas.

Este párrafo, que como indica DEGENER es el fruto de un largo proceso de evolución y concreción de la figura de la *sustracción* (*Unterschlagung*) en el ordenamiento alemán⁵⁶, tipifica la que constituye, sin lugar a dudas, la forma básica de cualquier conducta apropiatoria: se contempla simplemente *la apropiación*, sin ningún aderezo ulterior; la misma encierra, y sanciona, únicamente la esencia de esta genérica categoría delictiva (la apropiación, esto es, cualquier conducta que exteriorice un ánimo apropiatorio del sujeto activo), de modo que, todo comportamiento que presente este carácter, es susceptible de integrarla y ser subsumida en ella⁵⁷.

Partiendo de esta forma mínima de tipificación de los delitos de apropiación, el legislador puede construir otra serie de figuras delictivas en las que se dé cabida y se desvalore, junto al propio hecho de la apropiación, los distintos modos de adquisición de la situación de custodia, alumbrando lo que no constituirán, en realidad, más que *formas agravadas* de aquélla.

El ejemplo paradigmático de estas forma de tipificación resulta ser, sin lugar a dudas, el propio delito de hurto. El delito de hurto, englobado en el seno de la categoría de los delitos de apropiación, no deja de ser una infracción que pretende sancionar,

además del hecho de la apropiación, la presencia de una *ruptura de la relación de custodia ajena*⁵⁸. Como se indica en Alemania recurrentemente desde hace ya tiempo, y en Italia⁵⁹, por evidente influjo de ésta, la apropiación indebida no es más que un hurto en el que no se produce una ruptura de la relación de custodia ajena⁶⁰; esta aseveración debería, sin embargo (y, sobre todo, tras la reforma del § 246 StGB), construirse en sentido inverso: *el hurto es una apropiación indebida en el que se encuentra presente, adicionalmente, una ruptura de la relación de custodia ajena*⁶¹.

De este esquema de razonamiento se deducen una serie de consecuencias que resultan particularmente interesantes para resolver la cuestión que nos ocupa, relativa al contenido de injusto de los delitos de apropiación indebida.

En primer lugar, resulta evidente que el concepto de posesión o custodia adquiere, en los delitos de apropiación indebida así concebidos, un carácter meramente negativo. Como bien describiera BINDING, dando lugar a la que ha sido tradicionalmente denominada *la teoría de la gran interpretación correctiva* (*Große berichtigende Auslegung*)⁶², en el delito de apropiación indebida el requisito de la posesión adquiere una connotación

56. DEGENER, W.: "Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB)", en *Juristenzeitung* (en adelante, *JZ*), 8/2001, p. 389. Para este autor, la apropiación indebida, en cuanto delito de apropiación, significó primero "apropiación de una cosa confiada a su autor", después "apropiación de una cosa que se hallase en posesión o custodia del autor", más adelante, "apropiación sin apoderamiento" y, finalmente, "apropiación".

57. Como indica este autor, todos los delitos patrimoniales que tengan por objeto una cosa mueble (hurto, robo, estafa (...)) contienen una manifestación del ánimo apropiatorio y por lo tanto, con ello, una apropiación indebida consumada (*JZ*, 8/2001, p. 391).

58. En palabras de KINDHÄUSER, el delito de hurto amplía el tipo básico de la apropiación indebida a través del concepto del apoderamiento con intención de apropiación ("§ 242 Diebstahl", en *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995, p. 9, marg. 6).

59. Además de PEDRAZZI, ya citado en este sentido en la nota a pie número 1, ANTOLISEI, F.: *PS*, p. 329, quien indica que "la figura de la apropiación indebida presenta una notable afinidad con la del hurto: ambos son tipos contiguos y se complementan recíprocamente. (...) mientras que el hurto, como se ha visto, implica la falta de posesión en el autor, consistiendo en el hecho de procurárselo, la apropiación presupone que el agente ya posee la cosa misma; también de esta misma opinión, FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *PS*, p. 81.

60. En este sentido, por todos, MAURACH / SCHRÖDER / MAIWALD: *BT*, p. 364, marg. 11; ESER, A.: "§ 246 Unterschlagung", en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26., neu bearbeitete Auflage München, 2001, p. 1950, marg. 1;

61. Expresamente en este sentido, KINDHÄUSER, U.: "Vorbemerkungen zu den §§ 242 bis 248 c", en *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995, en *ob.cit.*, p. 3, marg. 5.

62. Como hemos tenido ya ocasión de indicar, el concepto de posesión o custodia resultaba, bajo la vigencia del § 246 StGB, en su vieja redacción, absolutamente pacífico en el seno de la doctrina germana. Sin embargo, en el seno de la literatura penal de este país se mantenía una fuerte polémica a la hora de determinar cuál era la función que esta noción debía desempeñar en el delito de apropiación indebida (SAMSON: "§ 246 StGB", en *ob.cit.*, p. 47, marg. 6). El párrafo citado, efectivamente, exigía que el sujeto se apropiase de cosas muebles ajenas "que tuviera en posesión o custodia"; una interpretación gramatical del tenor literal del precepto hacía pensar a un sector de la doctrina (a quienes se englobaba bajo la teoría denominada de la interpretación estricta —*Enge Auffassung*—) que esta situación de custodia debía preexistir a la conducta apropiatoria, de modo que sólo integrarían verdaderos supuestos de *Unterschlagung*, aquellos casos en los que el sujeto se apropiara de cosas de las cuales tuviera previamente la posesión (en este sentido, OTTO, H.: *Die Struktur des Strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970, p. 254, para quien la apropiación de cosas muebles ajenas, sin ruptura de la custodia ajena, que con anterioridad a la apropiación no estuvieran en su poder de disposición, no integran ninguno de los tipos (hurto o apropiación indebida). Frente a esta interpretación, pronto surgieron dos teorías correctivas; por un lado, la estricta interpretación correctiva —*kleine berichtigende Auslegung*—, que entendía que era suficiente, para afirmar la presencia de una apropiación indebida en el sentido de aquella norma, con el hecho de que la realización de la conducta apropiatoria y el nacimiento de la relación de custodia coincidieran en el tiempo (ESER, A.: "§ 246 Unterschlagung", en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25., neubearbeitete Auflage, München, 1997, p. 1743, marg. 10). Frente a ella, la gran interpretación correctora, desarrollada a partir de BINDING, entendía que podía concurrir apropiación, incluso sin la presencia de una custodia en la persona del autor, dado que ésta, como se expone en el texto, es un elemento de carácter meramente negativo.

netamente negativa, puesto que en ella este elemento se limita a enunciar la exigencia de que se halle ausente una *sustracción de la cosa*, esto es, una ruptura de la relación de custodia ajena⁶³. Como escribiera PEDRAZZI, siguiendo al autor germano, en la concepción de éste, el presupuesto esencial en el delito de apropiación indebida no es ya que la posesión de la cosa preexista, en sentido positivo, en el sujeto activo, sino tan sólo, negativamente, que la cosa no se halle poseída de partida por una persona diferente, dado que la ausencia de una posesión ajena constituye el denominador común de todas las situaciones en las que el agente puede, siendo poseedor o no, hacer propia la cosa ajena sin sustraerla y, por lo tanto, sin cometer hurto⁶⁴. Esta aseveración en torno a la función de la posesión en los delitos de apropiación resulta de la máxima trascendencia, dado que supone extender el ámbito de la apropiación indebida hasta el límite de sus posibilidades lógicas y clarifica, significativamente, el alcance del presupuesto posesorio en estos delitos: la posesión o custodia no es un presupuesto en sentido cronológico, de modo que el acto de la apropiación deba seguir necesariamente en el tiempo a aquél de la adquisición de la posesión. Es, por el contrario, un presupuesto en sentido lógico, en armonía con el planteamiento de la tutela penal del patrimonio: la apropiación de la cosa ajena por parte del poseedor asume relevancia como tal, sólo en la medida en la que no resulte sancionable el hecho de la misma adquisición de la posesión. Si el sujeto ya es sancionable por el modo en el que llega o ha llegado a la posesión, el momento de la apropiación queda absorbido⁶⁵, pues la nueva figura delictiva aplicable [hurto, robo, estafa (...)] ya contiene, en sí misma, la desvaloración de este acto.

El delito, o mejor dicho, *los delitos de apropiación indebida* estarían pues constituidos, precisamente, por todas aquellas hipótesis en las que el sujeto se apropiare de una cosa ajena, cuya posesión no hubiera sido adquirida por medio de una conducta ilícita. Y, como indica certeramente PEDRAZZI, esto acontece, en primer lugar, en el ca-

so de la apropiación de las cosas confiadas al autor, y, en segundo lugar, en los casos en los que la posesión derive de cualquier otra fuente (que no sea una conducta delictiva): de manera especial, aquellos supuestos en los que el autor se apropia de una cosa que no está siendo poseída por nadie (*res vacua possessionis*), y por tanto, sin violar la posesión ajena⁶⁶.

En segundo lugar, resulta conveniente poner de manifiesto que semejante concepción del delito de apropiación indebida termina concibiendo, como nosotros ya hemos puesto de manifiesto, a los delitos de apropiación indebida como los tipos básicos de la delincuencia patrimonial de contenido apropiatorio⁶⁷. En efecto, si la apropiación indebida se caracteriza, como claramente pone de manifiesto el ejemplo del § 246 StGB, por permitir la sanción de cualquier conducta que manifieste externamente la voluntad apropiatoria que impulsa al sujeto activo, resulta evidente que en el mismo podrán ser subsumidas todas las modalidades de comportamiento en las que pueda afirmarse la presencia de una apropiación así entendida; tras el hurto, el robo, la estafa (...) se esconde siempre, en realidad, una apropiación indebida. El único motivo por el que la apropiación indebida no se aplica a estos supuestos es porque el legislador ha decidido tipificar unos preceptos autónomos que permitan desvalorar, *adicionalmente*, la ilicitud de la forma de adquisición de la posesión de la cosa. Siguiendo la teoría de los círculos concéntricos, que tanto éxito parece estar adquiriendo en sede jurisprudencial para explicar el delito que nos ocupa, la apropiación indebida sería el círculo más amplio, en el que se englobaría *cualquier comportamiento que manifestase externamente una voluntad apropiatoria* (seguimos, pues, en este punto, los postulados de la *Manifestationstheorie*); en su seno, los demás delitos patrimoniales consistentes en la apropiación de cosas muebles ajenas dibujarían círculos más pequeños, al identificar, entre todos estos comportamientos⁶⁸, determinadas conductas en función del modo de constitución de la necesaria relación de custodia,

63. BINDING, K.: *BT*, p. 275 y ss.; en el mismo sentido, más actualmente, y por todos, KINDHÄUSER, U.: "Vorbemerkungen...", en *ob.cit.*, p. 3, marg. 6; este autor indica gráficamente que, en relación con el hurto, se integran en la apropiación indebida por lo tanto, toda la constelación de hechos en los que el autor no instaura la custodia a través de apoderamiento con intención de apropiación.

64. PEDRAZZI, C.: "Appropriazione indebita", en *ob.cit.*, pp. 837 y 838.

65. PEDRAZZI, C.: *Ibidem*, p. 838.

66. PEDRAZZI, C.: *Ibidem*, p. 838.

67. La apropiación indebida, así definida, y no el hurto, por lo tanto, estaría más cercana y podría considerarse, en cierto modo, "heredera" del antiguo delito de *furtum romano* (véase nota a pie núm. 1).

68. Como acertadamente pone de manifiesto KINDHÄUSER, en el delito de hurto, por ejemplo, el apoderamiento, pese a definir un modo de adquisición de la posesión de contenido ilícito que debe ser especialmente sancionado (ruptura de la relación de custodia ajena), no deja de constituir, al mismo tiempo, un comportamiento de contenido apropiatorio, pues *manifiesta externamente la intención del sujeto de*

por medio de la cual se expresa la voluntad apropiatoria del sujeto activo.

La exactitud de esta aseveración es, precisamente, lo que justifica la regla concursal que la tipificación de un delito de apropiación indebida en su sentido más puro obliga a establecer, y que —de otro modo— resultaría innecesaria. Una cláusula del estilo de la contenida en el § 246 StGB [“(…) a no ser que el hecho se halle sancionado con una pena más grave por otro precepto del Código penal (…)”] no tendría ningún tipo de sentido, en efecto, sino fuera porque se es totalmente consciente de que tras cualquier delito de contenido apropiatorio se esconde una auténtica apropiación indebida⁶⁹.

El delito de apropiación indebida se erige, así, en el tipo básico de la delincuencia de contenido apropiatorio⁷⁰, sobre cuya base se construyen todo el resto de figuras de los sistemas de tutela penal de los intereses patrimoniales que recaigan sobre cosas muebles.

Estas consideraciones, si resultan analizadas a la luz de la legislación española, adquieren una notoria importancia, dado que la regulación que de *la apropiación indebida* realiza la sección segunda del capítulo relativo a las defraudaciones, viene a asumir milimétrica la sanción de estos supuestos apropiatorios, intitulándolos, precisamente, con aquella rúbrica (*De la apropiación indebida*). La legislación penal española asume, por lo tanto, aquella concepción de los delitos apropiatorios, en general, y de la apropiación indebida, en particular. Más allá de la tradicional interpretación de esta categoría delictiva a partir del estudio de, y de la enorme influencia ejercida por, la apropiación indebida de

cosa confiada a su autor (art. 252 CP), *la sección 2.ª del Capítulo VI del Código penal engloba toda una serie de figuras delictivas caracterizadas por describir hipótesis apropiatorias en las que la presencia del presupuesto posesorio se funda en fuentes (la entrega de la cosa en confianza, el hallazgo, la ausencia de posesión ajena actual por ser la cosa de dueño desconocido o la entrega por error) que no constituyen, en sí mismas, una conducta delictiva sancionada independientemente por otro precepto del Código penal.*

La esencia de la apropiación indebida, entendida como categoría general de la delincuencia patrimonial, encuentra su vértice y sentido, por lo tanto, en la sanción de todas aquellas hipótesis apropiatorias que tengan por objeto cosas muebles no poseídas por otra persona, y por lo tanto, en todos aquellos supuestos que tengan por objeto cosas muebles en las que la situación de custodia que requiere conceptualmente cualquier apropiación, no encuentre su origen en una *conducta ilícita*, sancionada de modo independiente por otra disposición de naturaleza penal. En palabras de PEDRAZZI⁷¹, que nosotros extrapolamos a nuestro Ordenamiento, el mínimo común denominador que presentan los arts. 252, 253 y 254 de nuestro Código penal radica en el hecho de que los mismos constituyen hipótesis de apropiación de cosas muebles ajenas que no se encuentran, en el momento de producirse este comportamiento, bajo el ámbito de custodia de otra persona, y en este mínimo común denominador hallamos, precisamente, la esencia de los delitos de apropiación indebida.

La asunción de esta visión de los delitos de apropiación indebida, no debe conducirnos, sin

“haber la cosa como propia”. De acuerdo con ello, este autor concluye que apoderamiento y apropiación son idénticos: el delito de hurto consiste en una forma delictiva en la que la apropiación de la cosa se lleva a cabo por medio de una conducta a la que, para individualizarla frente a las demás hipótesis de apropiación, la llamamos “apoderamiento”, pero que no por ello pierde su esencia de tal (“Vorbemerkungen (...)”, en *ob.cit.*, p. 6, marg. 13). En el ámbito doctrinal español, la misma opinión resulta sustentada por ZUGALDÍA ESPINAR, quien indica que el hurto y la apropiación indebida tienen en común el hecho mismo de la apropiación, diferenciándose porque mientras que en el delito de hurto el sujeto activo se apropia de la cosa quebrantando la custodia de quien la tenga sobre la misma, en el delito de apropiación indebida —tipo básico de los delitos contra la propiedad— dicha apropiación se lleva a cabo sin quebrantar custodia alguna sobre la cosa ilegítimamente apropiada (CPC, pp. 126 y 127).

69. Precisamente, poniendo este extremo de manifiesto, a partir de la exposición de los postulados de la *manifestationstheorie*, DEGENER, W.: *JZ*, pp. 388 y 391;

70. En este sentido, KINDHÄUSER, U.: “Vorbemerkungen...”, en *ob.cit.*, p. 3, marg. 5; LESCH, H.: “Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)”, en *JA*, 1998, p. 477; OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 5. Auflage, Berlin / New York, 1998, p. 146, marg. 8. En la doctrina penal española, por influencia de la doctrina germana, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *CPC*, p. 127; por el contrario, algunos autores entienden que el § 246 StGB no integra el tipo básico de los delitos de apropiación, sino por el contrario, el tipo de recogida (*Auffangtatbestand*), para todos las conductas de apropiación no contempladas por un precepto independiente, al utilizar la técnica de la cláusula de subsidiariedad (DUTTGE, G. y FAHNENSCHMIDT, W.: “§ 246 StGB nach der Reform des Strafrechts: Unterschlagungstatbestand oder unterschlagener Tatbestand?”, en *ZStW*, 1998, p. 888). WESSELS, J. y HILLENKAMP, TH.: *BT*, p. 106, marg. 277; KÜHL, K.: “§246 Unterschlagung”, en LACKNER, K. y KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23., neubearbeitete Auflage, München, 1999, p. 1168, marg. 1; TRÖNDLE / FISCHER: *StGB Kommentar*, pp. 1449 y 1451, margs. 1 y 10).

71. PEDRAZZI, C.: “Appropriazione indebita”, en *ob.cit.*, p. 838.

embargo, a obviar el hecho de que el alcance de la regulación legal llevada a cabo en nuestro ordenamiento jurídico resulta bastante más limitado que la ensayada en el sistema alemán de Derecho penal. En el *StGB*, la sanción de las conductas apropiatorias que tengan por objeto cosas no poseídas por otro sujeto, es de carácter general; el § 246 de ese cuerpo normativo funda, en efecto, una regla general que permite sancionar cualquier hipótesis imaginable de apropiación⁷². Por el contrario, el Código penal español lleva a cabo una forma de tipificación que resulta bastante más selectiva, al renunciarse al establecimiento de cláusulas de contenido general y apostarse, decididamente, por la individualización de las concretas acciones que, reuniendo estos caracteres, desean someterse a sanción —y que, en realidad, recogen las hipótesis imaginables más importantes—. Los arts. 253 y 254 CP conformarían lo que bien podríamos denominar “tipos básicos residuales” de la apropiación indebida, dada su configuración como tipos de recogida, ante la renuncia que realiza el legislador a tipificar un tipo básico completo.

Una vez asentadas las consideraciones anteriores, debe destacarse —sin embargo— que, en el seno de esta categoría de los delitos de apropiación indebida, la posesión (que resulta entendida, por lo tanto, de modo absolutamente negativo) puede todavía asumir diferentes funciones en la estructura típica del delito, en atención a cuál sea el modo o fundamento de su adquisición. Partiendo del dato, que creemos incontrovertible, de que la posesión o custodia, en esta infracción, equivale a cualquier situación de dominio fáctico adquirida por medios que no constituyan infracción penal, resulta evidente que no pueden (o no deberían) ser objeto de una (*des*-) valoración uniforme, todos los supuestos reconducibles a esta situación típica.

En efecto, parecen ser especialmente graves aquellas hipótesis en las que la adquisición de la posesión encuentra su origen en *una especial relación de deber existente entre el autor y la víctima*, y, consecuentemente, parecen también encontrarse especialmente necesitadas de una

reacción punitiva más enérgica que los demás supuestos en los que no medie esta relación de deber. Como tuvimos ocasión de indicar, nos hallamos ante supuestos más graves que los de la simple apropiación, ya que a ésta se les une el dato, que no puede resultar neutro, de que la relación de posesión o custodia ha sido creada, voluntariamente o por necesidad, por el propio sujeto pasivo y la dinámica comisiva implica, por ello y simultáneamente, la vulneración de aquellas obligaciones de entregar o devolver que se derivaban para el sujeto activo.

En estos casos (que son los regulados por la que había sido la forma tradicional de la apropiación indebida en nuestro ordenamiento, hoy contenida en el art. 252 CP) nos encontramos, dentro de los delitos de apropiación indebida, con formas especialmente agravadas en virtud de la previa existencia, y posterior vulneración a través de la conducta apropiatoria, de un especial deber jurídico del sujeto activo, frente al sujeto pasivo, de guarda y entrega de la cosa confiada⁷³.

El tipo del art. 252 CP (que bien podría recibir la denominación de *apropiación indebida de cosa confiada a su autor*, para evitar indeseables y distorsionantes confusiones con la apropiación indebida en cuanto categoría delictiva de la delincuencia patrimonial) no constituye, por lo tanto, en absoluto el *tipo básico* de este grupo de infracciones, sino, *justamente y al contrario*, una forma especialmente agravada de las mismas; una forma en la que el legislador no se contenta con sancionar la apropiación de una cosa, a cuya posesión el autor ha accedido por un medio que no constituya infracción penal, sino una modalidad en la que éste restringe e identifica expresamente el origen de la posesión para abarcar, en la materia de prohibición, la más grave circunstancia de haberse aprovechado el autor del especial deber jurídico de guarda y devolución que mediaba entre él y el sujeto pasivo; instauración del especial deber jurídico que fue lo que motivó, precisamente, que él recibiese la cosa, objeto de la posterior apropiación.

72. En efecto, al tipificarse cualquier modalidad de apropiación y haberse admitido simultáneamente la apropiación a favor de tercero, una parte cada vez mayor de la doctrina alemana comienza a criticar el precepto, que sería extraordinariamente amplio y permitiría, merced a la confluencia de estas dos medidas, sancionar prácticamente cualquier delito patrimonial. Para analizar los términos de la polémica, puede consultarse extensamente, DUTTGE, G. y FAHNENSCHMIDT, W.: *ZStW*, pp. 884 y ss. y MISTCH, W.: “Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtreformgesetz”, en *ZStW* (111), 1999, pp. 86 y ss.

73. Concepción sostenida, en Alemania, para el tipo agravado de apropiación indebida, usualmente denominado *Veruntreuung* (§ 246. 2 StGB). Para un análisis de esta figura y su interpretación en aquel ordenamiento, consúltese: ESER, A.: “§ 246 Unterschlagung” (2001), en *ob.cit.*, pp. 1957 y ss., marg. 27 y ss.; KÜHL, K.: “§ 246 Unterschlagung”, en *ob.cit.*, pp. 1173 y ss., margs. 13 y 14.; TRÖNDLE y FISCHER: “§ 246 Unterschlagung”, *ob.cit.*, pp. 1455, margs. 21 y ss.; OTTO, H.: *BT*, pp. 180 y ss., marg. 25 y ss. y, especialmente, para un análisis de las implicaciones de la reforma de 1998 en este tipo, MISTCH, W.: *ZStW*, pp. 93 y ss.

V. Conclusiones

De las consideraciones desarrolladas hasta el momento, creemos que se derivan importantes conclusiones para la sistemática de los delitos patrimoniales.

1.º— *La apropiación indebida*, entendida en sentido estricto, constituye el tipo básico de la delincuencia patrimonial de naturaleza estrictamente apropiatoria. De acuerdo con la visión sostenida a lo largo de este trabajo, esta infracción, en cuanto forma nuclear de aquella categoría, tendría la misión de sancionar todas las conductas de apropiación, es decir, y según se ha sostenido, cualquier comportamiento que implique la constitución de una nueva relación de dominio sobre estos objetos, con exclusión de su legítimo propietario, en la medida en la que esta conducta pone de manifiesto externamente, la voluntad de apropiación sobre una cosa mueble ajena que guía la actuación del sujeto activo.

2.º— En nuestro ordenamiento, y con vista a asegurar la seguridad jurídica, que podría verse limitada con la adopción de un tipo penal tan amplio e indeterminado, el legislador renuncia a tipificar expresamente una infracción de estas características, conocida sin embargo en otros ordenamientos jurídicos (significativamente, § 246 StGB). En su lugar, se opta por la tipificación expresa de aquellos comportamientos que, *por no tener cabida en los tipos agravados*, se verían relegados al ámbito de aplicación de semejante norma jurídica (arts. 253 y 254 CP)⁷⁴. Estos preceptos describirían, por lo tanto, los que constituirían los auténticos tipos básicos de la apropiación indebida. Buena prueba de ello es la pena, sensiblemente inferior, que se les atribuye frente a los que consideramos tipos agravados de los mismos.

3.º— En el seno de los delitos de apropiación indebida en sentido estricto, el legislador identifica una serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, *de una obligación de custodia y aplicación a un fin*, que imprime a la dinámica comisiva una especial na-

turalidad fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella.

Esta hipótesis de apropiación indebida agrava da integra la que podría denominarse, para evitar frecuentes equívocos con la entera categoría delictiva, la apropiación indebida de cosa confiada al autor, y aparece regulada en el art. 252 CP. La misma había sido (por influencia del Derecho penal francés) la única forma punible de apropiación indebida regulada en nuestro ordenamiento jurídico de manera tradicional, pero no por ello dejó de ser nunca *conceptualmente* un tipo agravado; ésta es, por lo demás, una hipótesis habitual de agravación de los delitos de apropiación indebida en otros sistemas jurídicos, como pone de manifiesto la existencia, en Alemania, de la *Veruntreuung* (apropiación indebida de cosa confiada), regulada en el § 246. 2 StGB, figura análoga a la contenida en este precepto.

4.º— Del ámbito de aplicación general del delito de apropiación indebida, el legislador desgaja (a través de la tipificación de específicas modalidades apropiatorias que constituyen formas agravadas de aquélla) algunas hipótesis en las que la situación de custodia que requiere la conducta apropiatoria ha sido lograda por medio de un procedimiento que pone de manifiesto la necesidad de una mayor desvaloración de la conducta y que requiere, por ello mismo, de una sanción más elevada. Se trata de hipótesis en las que el legislador, además del hecho de la apropiación, pretende integrar en la materia de prohibición el modo de adquisición de la situación posesoria.

Fruto de estas consideraciones es la tipificación de infracciones como *el hurto* (que pretende desvalorar adicionalmente la presencia de una ruptura de la relación de custodia ajena), *el robo* (que pretende desvalorar, aun más gravemente, los casos en los que dicha ruptura se ocasiona con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas) o *la estafa* (hipótesis en las que la ruptura de la relación de custodia se verifica por medio de un engaño que asegure a su autor la recepción de la cosa).

Estas figuras constituyen modalidades agravadas de apropiación indebida, que actuaría de tipo básico de todas ellas, ya que tras cada una de estas figuras se sigue escondiendo una auténtica y

74. Compartiendo la misma idea, SILVA CASTAÑO indica que "en los artículos 253 y 254 CP se regula lo que podrá compararse con lo que en Alemania se caracteriza de *Unterschlagung*" (*El delito (...), ob.cit.*, p. 107). La valoración de esta autora a la solución adoptada de *lege data* es ciertamente negativa, ya que entiende que con ello no se abarcan todas las hipótesis posibles, al caerse en un criticable casuismo. Por ello, esta autora propone *de lege ferenda*, la introducción de un precepto, similar al antiguo § 246 StGB, que, a diferencia del actual, exija la previa posesión de la cosa (por cualquier título) en el sujeto activo (*ibidem*, p. 204).

completa hipótesis de apropiación indebida, en su tipo básico (no regulado, por motivos de economía normativa, en nuestro sistema jurídico).

5.º— El sistema de los delitos contra el patrimonio de naturaleza apropiatoria se presentaría constituido por una graduación de comportamientos delictivos: en primer lugar encontraríamos *los tipos básicos residuales de las hipótesis de apropiación indebida* (arts. 253 y 254 CP), que sancionarían las conductas de apropiación no subsumibles en el resto de formas agravadas; a continuación se hallaría *el delito de hurto* (art. 234 CP), que sancionaría aquellas conductas de apropiación en las que se hallase presente una ruptura de la relación de custodia ajena, y sus *formas agravadas de robo* (arts. 237 y ss. CP); seguidamente se hallaría *la apropiación indebida de cosa confiada* (art. 252 CP), supuesto en el que la cosa no se halla en la esfera de custodia de ningún otro sujeto distinto al activo, pues él posee la cosa por un título que le impone, frente al sujeto pasivo, un deber de custodia y entrega de la misma, consistiendo, precisamente, la conducta típica en apropiarse de ésta, aprovechando y vulnerando aquellas obligaciones; y finalmente, el delito de estafa (art. 248 CP), que consistiría en la apropiación de cosas muebles cuya posesión se ha conseguido fraudulentamente, por medio de engaño bastante.

Esta gradación explicaría convincentemente, creemos, las consecuencias penológicas previstas por nuestro Código penal: los tipos de los arts. 253 y 254 CP tendrían previstas las penas más benignas; el hurto se hallaría sancionado más severamente que éstas, pero menos que la apropiación indebida de cosa confiada al autor y la estafa, dado que los motivos que implican la agravación de la pena en estos casos (aprovechamiento y ruptura de las obligaciones de custodia y entrega y engaño) se consideran más insidiosas que la ruptura de la relación de custodia ajena que aquélla entraña⁷⁵.

6.º— La sistemática legal seguida por el Código penal resulta, desde la óptica que aquí defendemos, *defectuosa*⁷⁶. Si la esencia de los delitos de apropiación indebida radica en el hecho mismo de la apropiación de cosas que no se encuentran, en el momento de producirse aquélla, bajo la esfera de custodia de ningún otro sujeto, la ubicación adecuada de estos preceptos habría sido, lógicamente, la correspondiente a los delitos de apropiación, no la relativa a las defraudaciones. Lo que constituye el elemento de agravación de *una de las múltiples hipótesis de apropiación indebida* (el fraude que implica el aprovechamiento e incumplimiento de una obligación de custodia y entrega) no puede erigirse en el criterio de clasificación de toda la categoría.

75. Lleva por lo tanto razón ZUGALDÍA ESPINAR cuando indica que el delito de hurto debe hallarse sancionado más gravemente que el delito de apropiación indebida, al suponer aquél frente a éste una adicional ruptura de la relación de custodia ajena (CPC, pp. 125 y 127). Creemos, sin embargo, que la exactitud de este planteamiento tan sólo se justifica a partir de la introducción de los arts. 253 y 254 CP (equivalentes al § 246.1 StGB) y de esta comprensión del delito de apropiación indebida: la sanción prevista para el delito de apropiación indebida en su estado más simple (equivalente en nuestro sistema a los arts. 253 y 254 CP) debe ser, efectivamente, más leve que las imputadas al delito de hurto; pero no, por el contrario, que aquella que resulta atribuida a la apropiación indebida de cosa confiada (art. 252 CP, antiguo 535 CP 1973), ya que ésta expresa un desvalor de acción idéntico o superior al hurto. Así, en Alemania, el § 246.2 StGB, regulador de la apropiación de cosa confiada a su autor y el § 242 StGB, regulador del hurto, tienen atribuidas la misma sanción. En el ordenamiento español, el legislador considera, sin embargo, que resulta más grave apropiarse de cosas a través de la vulneración de los deberes de guarda y entrega, cuyo cumplimiento motivo la entrega, que la consumada por medio de la ruptura directa de la relación de custodia ajena.

76. Coincidiendo en esta conclusión, por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, que califica de *absurda* la inclusión de un delito apropiatorio en el ámbito de las defraudaciones (CPC, p. 125).