

MIGUEL SOTO P.

**LA
APROPIACION
INDEBIDA**

(Acción, autor y resultado típico)



Editorial Jurídica CONOSUR Ltda.

CAPITULO II

EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LA APROPIACION INDEBIDA

1º) Los presupuestos subyacentes

Una adecuada formulación de nuestra crítica, obliga a explicitar previamente, los presupuestos o consecuencias, según el ángulo desde el que se los observe, subyacentes en la interpretación dominante, que permitan desentrañar el contenido injusto que ella asigna al delito en comentario y que atañen a dos aspectos del mismo, interrelacionados entre sí:

1.1.) En un extremo, se encuentra el incumplimiento de, a lo menos y en todo caso, una de las dos obligaciones, intrínsecamente "civiles o de derecho privado", a las que esta tesis concede relevancia penal y que se derivan a la "relación jurídica extra-penal"; ("civil" en sentido amplio) que justifica o legitima la tenencia de posesión de la cosa, por el sujeto activo del delito.

1.2.) En el otro extremo, se ubica el que dicho incumplimiento (de una de esas "obligaciones extra-penales") cause, un "perjuicio patrimonial", económicamente apreciable a "otro" un tercero. Tercero que no tiene porqué estar involucrado en la "relación jurídica extra-penal" citada, a la que (cuando menos en la relativo a su generación), por el contrario, puede ser totalmente ajeno.

2º) El rol del perjuicio patrimonial

La interrelación entre dichos factores, en lo que es penalmente trascendente se presenta en esta teoría de forma extremadamente compleja, pues ambos concurren a definirse y delimitarse mutuamente, posibilitando que se "convierta" o "transforme" en "deber extra-penal, penalmente trascendente", todo aquel cuyo incumplimiento (total o parcial) traiga aparejado el resultado que se asignó al tipo: "el perjuicio".

En efecto, excluido el "perjuicio", entendido en su sentido de "pérdida patrimonial ilícita" (sin justificación jurídica, que no tiene obligación de soportar quien la sufre), la concepción del delito en análisis no ofrece otro criterio, ni adicional, ni complementario, para discernir o diferenciar entre lo que podríamos denominar "simple uso" o, restringiendo al máximo la explicitación de la hipótesis teórica subyacente, "uso distinto del debido" (no necesariamente prohibido) penalmente intrascendente y el penalmente relevante "mal uso", "uso indebido" o, en la hipótesis menos conflictiva "uso no autorizado".

Lo anterior conlleva que en los casos límite, muy habituales en la práctica y "piedra de toque" para el análisis crítico, aceptado que sea el llamado "dolo eventual" efectivamente es "dolo" (opinión absolutamente dominante en nuestro medio), siempre será posible afirmar la tipicidad de la conducta. (7)

(7)

En efecto, el eventual incumplimiento es una contingencia inherente a las relaciones contractuales civiles, al punto que la legislación civil, tradicionalmente, no sólo ha previsto (para los contratos bilaterales) los efectos del incumplimiento, a través de la llamada "condición resolutoria tácita" (art. 1489 del Código Civil chileno), sino que además y consecuentemente equipara para ello los efectos jurídicos del cumplimiento efectivo, con la disposición a cumplir (art. 1552 del Código Civil chileno). Cfr., A. Vodanovic H., "Derecho Civil", P.G., T.II, 5ª ed., Ed. Ediar-ConoSur, Santiago, 1991, pp. 334, Nº marg. 1484 y 356 y s.s.; C. Ducci, "Derecho civil", P.G., 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984, pp. 348 y s.s.; V. Vial-A. Lyon, "Teoría general del acto jurídico", T. I, 2ª ed., Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, pp. 364 y s.s.; L. Diez-Picazo- A. Gullón, "Sistema de derecho civil", V. II, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 260 y s.s. y, especialmente, J. M. Lecaros, "La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones", en E. Barros B. y otros, "Contra-fuero L., "Cumplimiento e incumplimiento de obligaciones". Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 287, y s.s..

En todo evento, lo que nos interesa destacar aquí, es que con cualesquiera de las teorías que se han elaborado para "justificar" (explicar-legítimar) la equiparación a efectos punitivos del "proceso psicológico hipotético" concurrente en el dolo eventual, con las

Vale decir, siempre será posible considerar al "responsable civil" del incumplimiento de la "obligación extra-penal" autor del delito y atribuir la "obligación extra-penal" incumplida al tipo, establecida que esté la existencia de un "vínculo causal" entre la disminución del patrimonio de un tercero y el incumplimiento del que es "extra-penalmente" responsable dicho autor. Así el vendedor comisionista y aun el socio que retiró lícitamente determinadas mercaderías, para proceder a su venta, será autor de apropiación indebida si habiéndolas vendido, no entrega a sus mandantes el precio de la venta.

Más aún, extremando el ejemplo, podría incluso sostenerse que el comprador que ha recibido la cosa y al que le era jurídicamente exigible que efectuara el pago correspondiente, ha hecho, ha incurrido en un "uso indebido" o "mal uso" de un "dinero" que, en el contexto de la misma (o de

Continuación Nota (7)

otras clases de dolo que distingue la dogmática penal, la contingencia aludida en el texto puede considerarse suficiente para la concurrencia de "dolo eventual" y, por ende, para la tipicidad de la conducta. Para la equiparación referida, críticamente, vid., por todos, J. Bustos R., "Política criminal y dolo eventual", en, del mismo, "Control social y sistema penal", Ed. PPU., Barcelona, 1987, pp. 233 y s.s.; B. Schumemann, "Prologo...", en B. Schumemann y otros, p. 25 y bibliografía ahí cit.

otra) operación, recibe paralelamente, si en lugar de destinar dichos fondos al pago al que estaba obligado, los emplea para alcanzar otra finalidad (lícita, pero no obligatoria), quedando imposibilitado de cumplir con dicho pago, con el consecuente perjuicio de su vendedor, esto es, en perjuicio de este último ha "distruido" el dinero recibido, que tenía la obligación de entregarle.

El paradójico autor de apropiación indebida en que ha devenido nuestro comprador, sólo podrá sustraer su incumplimiento y, por ende, su conducta del ámbito abarcado por el tipo, si puede demostrar que la finalidad a la que destinó los dineros recibidos, además de ser lícita, le resultaba jurídicamente obligatoria, cuando menos en igual medida que el pago que no realizó.

Por otro lado, por la eventual ajeneidad del sujeto pasivo del perjuicio a la génesis y desarrollo de la "relación jurídica extra-penal" cuyo incumplimiento integra el tipo, puede ocurrir que el perjuicio esté absolutamente desvinculado del contenido obligatorio de dicha relación, o, lo que lo mismo, que sea una consecuencia fáctica y no jurídica del incumplimiento.

En suma, el perjuicio puede ser una consecuencia absolutamente desvinculada del "contenido" y "consecuencias jurídicas" que en la "relación jurídica extra-penal" que dio origen a la obligación, se le asignaron al incumplimiento. El tipo sólo requiere obligatoriamente, que él mismo exista, que sea reconducible a uno de los verbos rectores, en la

forma ya analizada y que esté causalmente ligado al perjuicio, precisamente como su "causa".

3°) El "distrajeren" típico

Paralelamente, dista mucho de ser obvio y autojustificado (como implícitamente pretende la tesis criticada), que la expresión "distrajere" deba ser interpretada en su más amplio sentido gramatical posible, por el contrario, ello no pasa de ser una opción, entre otras, que tiene el intérprete; como lo demuestra por sí sola, la constatación de que la "interpretación restrictiva" es una de las alternativas en disputa.

Por lo tanto, una decisión en su favor, en concreto o en abstracto, requiere de una justificación que exceda lo puramente gramatical, donde no existen argumentos para decidirse en uno u otro sentido posible dentro del marco del "principio de legalidad" (8) y dicha justificación, en este caso, sólo puede ser referida por el intérprete al disvalor que

(8) Para estos efectos, basta apuntar aquí, que tradicionalmente se ha considerado que el "sentido literal posible" fija el límite máximo de la interpretación penal, dentro del marco fijado por el "principio de legalidad penal". (Cfr. H.H. Jescheck, "Tratado de derecho penal", tr. S. Mir P. y F. Muñoz C., T. I., Barcelona, 1981, p. 214 y G. Fiandaca-E. Musco, "Diritto penale", P.G. Ed. Zanichelli, Bologna, 1985, p. 47. Vid., también, infra, nts. 14 y 28 y bibliografía *ab initio*).

da contenido al injusto, que sería el "perjuicio económico-patrimonial".

4°) La función del tipo

La función cumplida por este delito sería entonces la de prevenir y sancionar todos aquellos incumplimientos de sus "deberes extra-penales", en que pudieran incurrir el tenedor o poseedor legítimo de una cosa, que causen un perjuicio económico-patrimonial a otro y que sean susceptibles de ser reconducidos a los verbos utilizados por el legislador, para describir la conducta típica.

En este contexto, asumido que éste es el contenido material del delito que nos ocupa; que acorde a lo anterior, la "relación jurídica extra-penal lícita", por la que desplaza la posesión o tenencia de la cosa, justifica el recurso al Derecho Penal, para los abusos ("abuso de confianza") más groseros de la misma y en fin, que el legislador no empleó dos expresiones distintas por mera redundancia para describir la acción típica, corresponde asignarle a la expresión "distracer", un contenido claramente distinto de aquel abarcado por la expresión "apropiarse". (9)

(9) Según es obvio, en el sustrato de la argumentación expuesta en el texto se encuentra el modelo teórico del "legislador racional", íntimamente ligado al llamado "positivismo metodológico" y aun al denominado "positivismo ideológico", vinculados a su vez al ideal científico del "causalismo-naturalista" que inspiró la sistemática de F.V. Liszt y E. Beling. Sobre dichos conceptos de

5º) La ampliación del contenido del tipo

La signación de contenido aludida en el párrafo precedente, permite ampliar al ámbito de protección penal abarcado por este tipo, en dos sentidos diversos.

5.1.) Por una parte, según ya se apuntó, permite incluir en él mismo otros "abusos" o "incumplimientos" en que pueda incurrir el poseedor o tenedor, distintos del "apropiarse" y que, en general, puedan identificarse con el dar a la cosa un uso distinto de aquel a que autoriza el título que justifica la tenencia o posesión. Infracción o incumplimiento en que se hace consentir el "distraer".

Continuación Nota (9)

"positivismo", vid. por todos, N. Bobbio, "*El problema del positivismo jurídico*", tr. E. Garzón V., Bs. As., 1965, pp. 37 y s.s.; sobre el modelo interpretativo del "legislador racional", vid. C.S. Nino, "*Introducción al análisis jurídico*", Barcelona, 1987, pp. 315 y s.s. y bibliografía ahí cit. Para la crítica a la aplicación de dicho modelo a la formulación del sistema del Derecho penal, vid. A. Torio L., "Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito", en ADPCP, 1989, pp. 489 y s.s. y J. Hurtado P., "El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal", en RNFP, 1988, pp. 11 y s.s. Más en general, para una concepción moderna del problema, con especial referencia al "sistema de la teoría del delito", vid. B. Schunemann, "*Introducción al razonamiento sistemático...*", cit. pp. 31 y s.s., esp. pp. 34 y s.s. y 63 y s.s.

"Uso distinto" o "diverso", no necesariamente ilícito, que se convierte en "mal uso" "uso indebido" o "abuso", penalmente relevante, en cuanto traiga aparejado como consecuencia un perjuicio económico-patrimonial para "otro". (10)

5.2.) Pero además, de forma mucho menos evidente, pero igualmente insoslayable, tal asignación y el disvalor que concordante y correlativamente se le asigna como contenido (y justificación) al tipo, reducen o permiten reducir a la más absoluta intranscendencia la "recepción" ("recibido") que por expreso imperativo típico y obvia secuencia lógica, debe preceder a la "apropiación" o "distracción".

Lo anterior, en el ámbito dogmático, importa la posibilidad de reducir a su mínima expresión o incluso (en una interpretación extrema, que en esta teoría nada impide), que se prescinda por completo de la exigencia de "identidad" entre la cosa recibida, la cosa que es objeto material de las acciones de "apropiarse" o "distraer" y aquella que se tiene la obligación de "entregar" o "devolver".

(10) En efecto, desde una perspectiva de derecho privado el mero "uso no autorizado" no tiene porqué importar siempre y necesariamente un "uso (civilmente) ilícito". Cf., p. ej., F. Fueyo L., "*Instituciones de derecho civil moderno*", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 403 y s.s., naturalmente, ella no es sino una consecuencia de la muy distinta naturaleza y función de las normas civiles y de las normas penales en general y en el ámbito patrimonial en particular.

Efectivamente, como aparece de manifiesto en el paradjal ejemplo del vendedor antes citado, al interior de esta teoría no existe argumento o recurso alguno que autorice a exigir la identidad en comentario, pues, desde el perjuicio patrimonial y el incumplimiento del deber que es causa de aquel, la "recepción", la "apropiación o distracción" y el incumplimiento del deber de "entregar" o "devolver", pueden ser asumidas como exigencias copulativamente necesarias, pero relativamente independientes entre sí, dotadas de un contenido autónomo, o relativamente autónomo.

Por inclusión, según es evidente, esta concepción teórica autoriza a recoger como típicas todas las formas de "recepción" de la "cosa" incluidas aquellas que el derecho civil y el derecho privado en general conocen como "fictas" o "simbólicas", v.gr. la "traditio larga manu", que en rigor, desde una óptica más centrada en la "cosa", no importan modificación alguna de la "esfera de voluntad de acción" a que aquella se encuentra sometida, pues, mientras estos "trascendentes acontecimientos jurídicos" se producen, la "cosa" (que tiene existencia real, en el mundo de lo concreto) permanece igual e inalteradamente sometida a la misma voluntad de acción. (11)

(11) Sobre ello vid., H. Hormazábal M., "Una discutible interpretación extensiva del delito de apropiación indebida", en Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pp. 973 y s.s. Vid., también, infra, párr. III, marg. 7.

Vale decir, mientras en el ámbito (no menos real, ni objetivo) de lo jurídico se producen definitivas e insoslayables modificaciones en el "status" a que se sujeta la cosa, modificaciones que normalmente tendrán su corolario o antecedente en el campo de lo económico-patrimonial, la "sustancia" de la cosa, su "valor de utilidad", puede permanecer durante un lapso más o menos largo sujeta al mismo régimen, a la misma "voluntad de acción".

Considérese al efecto, como válida contrapartida, la situación en que precedentemente se encuentran y las transformaciones que a ese respecto experimentan, por efecto de la "conducta típica", las "cosas" que son objeto de las mismas, en los delitos especiales que se contienen en el art. 471 N° 1 del Código Penal y en el art. 36 N° 1 de la Ley de almacenes generales de depósito, tipos en que es inequívoca (difícil de "purificar" teóricamente, pero innegable) la diferenciación, a efectos penales, entre "uso legítimo", (lícito) y "uso ilegítimo" (ilícito), penalmente relevante, por un lado y la "calidad jurídica de propietario", por el otro.

En los tipos recién aludidos se disocian la calidad de propietario (¿del "valor de tráfico" o del "valor económico" de la cosa?) y calidad de sujeto capaz (autorizado) para usufructuar lícitamente, total o parcialmente, del "valor de utilidad" patrimonialmente significativo de la cosa.

6º) El deber extra-penal y el perjuicio

Obviamente, al igual que ocurre con el "apropiarse", el (12) incumplimiento del deber de dar a la cosa el uso al que autoriza la relación jurídica que legitima la posesión o tenencia, absorbe, consume en esta teoría todos los restantes incumplimientos, de otras obligaciones, relativas o derivadas de la "relación jurídica extra-penal" en referencia, que probablemente, en el marco jurídico en que se mueve ésta, están dotadas de individualidad y consecuencias jurídicas propias pero que, en lo que son penalmente relevantes a nivel de acción típica, importan un "uso indebido", eventualmente abusivo, esto es, importan un: "distraer" la "cosa".

Lo anterior, debe complementarse, ulteriormente para establecer la tipicidad o atipicidad de la conducta, con la consideración de los efectos económicos que el acto en sí mismo, o en sus consecuencias jurídicas, tienen en el patrimonio, (13) en el sentido de la llamada "teoría económica del patrimonio"; de un "tercero" para establecer la existencia del "perjuicio típico".

(12) Vid., infra, párr. III, Nº marg. 7.

(13) Sobre ello, vid., G. Romero, "Los elementos del tipo de la estafa", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1985, pp. 221 y s.s., esp. 283 y s.s. y J.A. Martos N., "El perjuicio patrimonial en el delito de estafa", Madrid, 1990, pp. 27 y s.s.

Nuevamente, entonces, es el "perjuicio económico patrimonial", el que (encubiertamente sobrevalorado) determina, define y en definitiva, consume, el "uso indebido" (no necesariamente prohibido) de la cosa, en que se quiere hacer consistir la acción típica, con la consiguiente lesión del "principio de legalidad". (14)

Por obvia contrapartida, debe admitirse, paralelamente, que en aquellos supuestos en que la "infracción del deber

(14) Lo apuntado en el texto, en rigor no se contrapone, sino que complementa con lo señalado, supra, párr. II, Nº marg. 3, esp. ant. y desp. Nº 8. En efecto, la afirmación de que con dicha interpretación se priva de contenido autónomo a la acción típica ("distraer"), subordinando su relevancia ("tipicidad") a la producción de la consecuencia ("perjuicio económico-patrimonial"), desde la que se le asigna un contenido, es plenamente concordante con aquella otra, relativa a que en el ámbito puramente gramatical, sea posible entender la expresión "distraer" como alusiva al mero "uso no autorizado". Del mismo modo, de la puesta en relación de esas dos afirmaciones, es perfectamente coherente, desde una perspectiva jurídico-penal, concluir que con la interpretación, resultante se difumina el contenido de la acción típica, dejando substancialmente indeterminada la "materia de la prohibición", privando al dolo de tipo de su referente y lesionando consiguientemente el "principio de legalidad". Cfr., A. Castañeira N., "O principio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático", en "Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia", Boletim da Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pp. 307 y s.s., esp. 334 y s.s. y 400 y s.s., sintéticamente, C. Roxin, "Política Criminal y sistema del derecho

extra-penal", asume la forma de una "apropiación" que, sin embargo y sin que importe la razón, no trae aparejado perjuicio económico-patrimonial, la conducta debe considerarse atípica y constitutiva, cuando mucho de un mero "ilícito civil" penalmente irrelevante.

7º) El objeto jurídico

Pero quienes asumen la concepción en referencia, en definitiva, consciente o inconscientemente, implícita o explícitamente, están asignando al delito una "objetividad jurídica compleja", en la que prima la salvaguarda de la "integridad económico-patrimonial", pero que incluye también, subsidiariamente, la "obligación de cumplir con los deberes extra-penales" antes referidos.

Continuación Nota (14)

penal", tr. e int. de F. Muñoz C., Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 40 y s. y 43 y s.s., e infra n. 28. Vid., también, para la difuminación del contenido material de lo ilícito en los "delitos de mera transgresión" y sus consecuencias dogmáticas y político-criminales, F. Sgubbi, "Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale", Ed. II Mulino, Bologna, 1990, pp. 19 y s.s.

Para la posición criticada en el texto que, en definitiva, acepta aunque considerándola, en este trabajo, una imposición de "legislata", A. Ferrer S., "Apropiación indebida", en Enciclopedia Jurídica Seix, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, pp. 754 y s.s., esp. p. 768.

S. Politoff, quien se verá más adelante, sólo muy parcial y poco significativamente, comparte este planteamiento, poniendo (desde otra perspectiva) el acento en el segundo de dichos factores, define, lo que da en llamar el "objeto jurídico específico", como: "el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado". (15)

Otros autores, como por ej. Etcheberry, (16) si bien no dan expresa acogida a dicho extremo a nivel de definición del objeto jurídico, que identifican sólo con el "patrimonio" o con la "propiedad en sentido amplio", de hecho estructuran su concepción dogmática del delito sobre la base de la referida "objetividad jurídica compleja", acogiendo una interpretación amplia del "distrajere", recogiendo en lo injusto, como resultado típico, el "perjuicio económico patrimonial" y exigiendo que el objeto material del delito sea susceptible de apreciación pecuniaria.

Exigencia esta última que en la interpretación en comentario, se vincula o refiere también a la hipótesis de "apropiarse", permitiendo su equiparación con el contenido asignado a la "distracción". En efecto, si se entiende que el disvalor de acción radica en el incumplimiento del deber y el resultado en el perjuicio económico-patrimonial que aquel trae aparejado, en las hipótesis de "apropiación" (aquí

(15) Cfr., S. Politoff, op. cit. pp. 62 y s.s.

(16) Cfr., A. Etcheberry, ops. y págs. cit. supra, n. 3.

menos complejas y significativas) ello se resuelve en la "apropiación" del "valor de tráfico o económico de la cosa".

8º) El tipo subjetivo

El dolo del autor, en consonancia con el resultado asignado al tipo, se dirige mucho más a la apropiación de aquel "valor", que a la "apropiación" (de la sustancia) de la "cosa".

Ello es concordante, también, con la escasa o ninguna trascendencia que se asigna a la "recepción" y con la consiguiente irrelevancia de la "identidad" de la cosa a que ya hicimos referencia.

Solo la "apropiación" y consiguientemente sustracción del patrimonio del sujeto pasivo del "valor de tráfico o económico" de la cosa, se vincula directa y necesariamente con el perjuicio económico-patrimonial de la víctima, en forma análoga a como acontece (en el "paradigma teórico ideal") en las hipótesis de distracción y como, en cambio y por el contrario, no ocurre con la mera apropiación de la cosa, si ésta carece de "valor económico" o si éste es compensado en el mismo acto.

9º) El sujeto pasivo

Finalmente, el lógico precipitado de todo lo precedentemente expuesto, es que el verdadero y relevante sujeto pasivo del delito, es quien sufre el perjuicio, que bien puede no ser y de hecho en muchas situaciones no es, el sujeto pasivo de la acción de "apropiarse" o "distrar".

CAPITULO III

EL DELITO DE "APROPIACION INDEBIDA", COMO DELITO DE APROPIACION CONTRA EL PATRIMONIO

1º) Introducción

Sin embargo, contra lo que pudiera hacer creer el consenso, a nuestro entender no suficientemente justificado, que existe al respecto entre nosotros, el interpretar el delito de "apropiación indebida" como una "defraudación patrimonial", no es la única alternativa que existe.

Por el contrario, nuestra crítica y todo este trabajo se fundan en la premisa precisamente opuesta, de que, como en su momento y con gran perspicacia lo demostró Politoff, (17) es mucho más razonable y coherente considerarla un "delito patrimonial por apropiación", entendida como categoría alternativa de la defraudación.

(17) Cfr., S. Politoff, op. cit., pp. 197 y s.s.

A lo que añadiremos, por nuestra parte y trataremos de demostrar a continuación, que sólo considerándola un "delito de apropiación" es posible:

- 1.1.) Evitar que se subsuman bajo este tipo, meros incumplimientos de obligaciones civiles.
- 1.2.) Evitar, consecuentemente, que por su intermedio se llegue a supuestos de mera "prisión por dudas".
- 1.3.) Evitar la confusión entre el derecho penal y otros ámbitos del ordenamiento jurídico.
- 1.4.) Justificar la represión penal de estas conductas.
- 1.5.) Reconstruir dogmáticamente el "sistema de los delitos patrimoniales" en nuestro C.P.

2º) Los presupuestos indiscutidos

Previendo, desde ya, cualquier equívoco, comenzaremos por destacar que aquí no se discute y, en rigor, nadie discute, ni, atendido el "sentido" (18) del precepto legal, podría discutir, que la necesaria preexistencia de una "relación

(18) Aún en el marco de las normas sobre interpretación contenidas en los arts. 19 y siguientes del Código civil chileno, aparece nítidamente establecido que la primera prioridad la tiene el "sentido de la ley", ("sensus") que, con total independencia del alcance que, en

jurídica extra-penal", que justifique la tenencia o posesión de la cosa y la infracción o incumplimiento de al menos uno de los deberes de que ella emanan, son antecedentes que es imprescindible tener en consideración, para discernir el contenido y alcance del tipo penal.

En idéntica situación se encuentra el "perjuicio económico-patrimonial", cuya presencia, como presupuesto necesario e imprescindible para la punibilidad, tampoco es objeto de disputas.

La polémica, en cambio, se centra en torno al rol y trascendencia dogmática que es dable atribuir a dichos extre-

Continuación Nota (18)

definitiva se convenga en darle, a dichas expresiones prima, en todo caso, por sobre el tenor literal ("littera", "verba" o "scriptura legis"). Vid., sobre ello, A. Bascuñán R., "Textos para una interpretación de los arts. 19 a 24 del Código Civil chileno. Selección y nota introductoria por A. Bascuñán R., en El Ferrocarril, N.º 6. Marzo 1886, pp. 29 y s.s. y A. Guzmán B., "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en J. Irarrázabal C., J. López S.M. y otros, "Interpretación, integración y razonamiento jurídicos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 41 y s.s., esp., pp. 48 y s. 70 y s. pp. 81 y s.s. Vid., también para lo equivoco que puede resultar el establecer el concepto de "claridad" del "sentido", por muchos, Ch. Perelman, "L'interprétation juridique", en Archives de philosophie du droit N.º 17, 1972, pp. 29 y s.s. y J.F. Eschylle, "L'interprete en matiere penale", en Revue de science criminelle et de droit penal comparé, N.º 2, 1992, pp. 259 y s.s.

A lo que añadiremos, por nuestra parte y trataremos de demostrar a continuación, que sólo considerándola un "delito de apropiación" es posible:

1.1.) Evitar que se subsuman bajo este tipo, meros incumplimientos de obligaciones civiles.

1.2.) Evitar, consecuentemente, que por su intermedio se llegue a supuestos de mera "prisión por dudas".

1.3.) Evitar la confusión entre el derecho penal y otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

1.4.) Justificar la represión penal de estas conductas.

1.5.) Reconstruir dogmáticamente el "sistema de los delitos patrimoniales" en nuestro C.P.

2º) Los presupuestos indiscutidos

Previamente, desde ya, cualquier equívoco, comenzaremos por destacar que aquí no se discute y, en rigor, nadie discute, ni, atendido el "sentido" (18) del precepto legal, podría discutirse, que la necesaria preexistencia de una "relación

(18) Aun en el marco de las normas sobre interpretación contenidas en los arts. 19 y siguientes del Código civil chileno, aparece nítidamente establecido que la primera prioridad la tiene el "sentido de la ley", ("sensus") que, con total independencia del alcance que, en

jurídica extra-penal", que justifique la tenencia o posesión de la cosa y la infracción o incumplimiento de al menos uno de los deberes de que ella emanan, son antecedentes que es imprescindible tener en consideración, para discernir el contenido y alcance del tipo penal.

En idéntica situación se encuentra el "perjuicio económico-patrimonial", cuya presencia, como presupuesto necesario e imprescindible para la punibilidad, tampoco es objeto de disputas.

La polémica, en cambio, se centra en torno al rol y trascendencia dogmática que es dable atribuir a dichos exre-

Continuación Nota (18)

definitiva se convenga en darle, a dichas expresiones prima, en todo caso, por sobre el tenor literal ("littera", "verba" o "scriptura legis"). Vid., sobre ello, A. Bascuñán R., "Textos para una interpretación de los arts. 19 a 24 del Código Civil chileno. Selección y nota introductoria por A. Bascuñán R., en El Ferrocarril, N.º 6, Marzo 1886, pp. 29 y s.s. y A. Guzmán B., "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en J. Irarzábal C., J. López S.M. y otros, "Interpretación, integración y razonamiento jurídicos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 41 y s.s., esp., pp. 48 y s. 70 y s. pp. 81 y s.s. Vid., también para lo equívoco que puede resultar el establecer el concepto de "claridad" del "sentido", por muchos, Ch. Perelman, "L'interprétation juridique", en Archives de philosophie du droit N.º 17, 1972, pp. 29 y s.s. y J.F. Eschylle, "L'interprete en matiere penale", en Revue de science criminelle et de droit penal comparé, N.º 2, 1992, pp. 259 y s.s.

mos y, en directa relación con lo anterior, en torno a la función e importancia político-criminal de los mismos.

3º) La apropiación indebida como defraudación. El ilícito civil y el ilícito penal

La concepción de la "apropiación indebida" como una mera defraudación, importa desconocer las importantes diferencias que en relación a su naturaleza, objeto y sobre toda función, presenta el derecho penal, respecto de otros ámbitos del ordenamiento jurídico y, por el contrario, identifica éste con aquéllos y, muy especialmente, con el derecho privado, convirtiendo en la condición de que depende la intervención del derecho penal, el que los particulares involucrados no hayan podido arbitrar una solución, preferentemente y en todo caso de derecho privado, al conflicto que existe entre ellos.

En ese momento, superada ya la función de "prevención general", que cumple (o se le reconoce, explícitamente, de P.A.V. Feuerbach en adelante, a lo menos) la conminación general y abstracta contenida en la norma, que en este caso impondría el deber de cumplir con la obligación de "restituir" la cosa y/o "darle el uso autorizado" por el título de la tenencia, que emanan de la "relación jurídica extra-penal", que es su fuente, se hace presente la pena, como sanción y como una ("penosa") compensación sustitutiva de dicho incumplimiento.

Consecuencia que sólo podrá ser evitada en el evento de que el incumplimiento pueda justificarse dentro de los,

desde una óptica de "derecho civil" (que es la que debe utilizarse para juzgarlo, atendida su naturaleza intrínseca), estrechos márgenes del "estado de necesidad penal". (19)

No debe olvidarse, para estos efectos, que aun cuando por vía de principio puede aceptarse que entre el "ilícito penal" ("pena") y "otros ilícitos jurídicos" ("sanciones no penales") sólo existen diferencias "cuantitativas", ello no debe obviarse que cuando estas últimas exceden de cierta magnitud se transforman en "cualitativas". (20)

(19) A nuestro entender la afirmación contenida en el texto es válida, aun cuando se sustente una concepción unitaria del estado de necesidad, que, frente a la dominante "teoría de la diferenciación", mantiene que él mismo, en todos los casos, es una causal de justificación. Sobre ello, por muchos, vid., J. Cerezo M., "Curso de derecho penal español", P.G., V. II, Madrid, 1990, pp. 24 y s.s. y bibliografía ahí cit.

(20) El problema, en el ámbito de las sanciones, como se sabe, ha sido discutido fundamentalmente a propósito de la distinción entre sanciones administrativas y sanciones penales. Sobre ello vid., E. Soto K., "El derecho administrativo penal", en Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N.ºs. 44-45, 1979-80, pp. 95 y s.s.; M. Bajo F.-B. Mendoza B., "Hacia una Ley de contravenciones, el modelo portugués", en ADP, 1983, pp. 567 y s.s. y bibliografía ahí cit; B. Schunemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa", tr. D. Bruckner y J.A. Lascrain S., en ADP, 1988, pp. 529 y s.s., esp. pp. 552 y s.s.

La función del derecho penal es la protección de los "bienes jurídicos" de mayor trascendencia para la comunidad, frente a las "agresiones más graves" que los pueden afectar, susceptibles de ser prevenidas por su intervención y (21) no, por contrapartida, la represión de los meros in-

- (21) En el plano puramente normativo, en la dogmática penal de rai-gambre germánica, la opinión dominante, bien desde una fundamen-tación ontológica, bien desde concepciones funcionalistas o, en fin, desde una mixtura de las dos anteriores, está conteste en que las únicas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que efectivamente (eficientemente) puede hacer objeto de sus normas ("normas de conducta"), son aquellas que encuentran su origen en un comportamiento humano voluntario, susceptible de "motivación" mediante "normas de determinación". Cf. W. Gallas, "La estructura del concepto de ilícito", en RIDPP., 1982, pp. 477 y s.s.; H. J. Hirsch, "El desarrollo de la dogmática penal después de *Welzel*", tr. M. Bacigalupo, en M. Polaino N. (comp.) "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", Córdoba, 1987, pp. 17 y s.s.; E. Gimbernat O., "El sistema del derecho penal en la actualidad", en, del mismo, "Estudios de derecho penal", 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 162 y s. s. esp. pp. 171 y s.s.; Cerezo, op. cit. (n.19), pp. 338 y s.s. y bibliografía cit. En otros sectores del ordenamiento jurídico, en cambio, la responsabilidad en sentido amplio, la obligación de dar cuenta, puede trasladarse, transferirse, de un sujeto de derecho a otro y, aún, puede revestir un carácter puramente "objetivo", en el sentido de la responsabilidad por el puro resultado, sin que exista vínculo alguno entre el sujeto y el resultado; tales, (de "lege lata") o se postula que debería ser (de "lege ferenda"), la regla general en el ámbito de la "responsabilidad del Estado" y es un criterio que va ganando progresivamente más espacios en otros sectores del ordenamiento jurídico. Cf., p. ej., E. Soto K., "La responsabilidad extrac contractual del estado administrador,

cumplimientos de obligaciones jurídicas, particularmente patrimoniales de derecho privado. (22)

Continuación Nota (21)

un principio general del derecho chileno", en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N°s. 21-22, 1977, pp. 149 y s.s. del mismo. "La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)", en RDP, N° 27, 1980, pp. 133 y s.s. y, más en general, desde la óptica del derecho civil, P. Lagos N., "La responsabilidad objetiva", Ed. Pacsed, Santiago, 1990, esp. pp. 40 y s.s.

En derecho penal, en cambio, además de las consideraciones normativas (funcionales) ya apuntadas, "el principio de personalidad o subjetividad de lo injusto", de "lege ferenda" veda el paso a la responsabilidad puramente objetiva y de "lege lata" obliga restringir significativamente. En el derecho penal anglosajón, inglés y norteamericano, se admiten excepcionalmente los delitos de responsabilidad objetiva ("offences of strict liability"), en los que la falta de intencionalidad (dolo) o la ignorancia (eventualmente culpa) del acusado son irrelevantes para el establecimiento de su responsabilidad ("veredicto de culpabilidad"). Cf. H.L.A. Hart, "Punishment and the elimination of responsibility: Essays in the philosophy of law", Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 158 y s.s. y C.S. Nino, "Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 181 y s.s.

- (22) Como se sabe, dentro del marco del principio de "nullum crimine, nulla poena sine iura", la "legitimidad" de la tipificación de una conducta como delito ("criminalización primaria") en la Ley, depende tanto de la entidad y significación del bien jurídico que en ella se protege, como la entidad y significación de la lesión o puesta

Dichos incumplimientos podrán tener relevancia penal, cuando la acción que los constituye reúna las condiciones antes apuntadas, pero en tal caso su relevancia penal derivara de esto último y no de la circunstancia de constituir conjuntamente un "incumplimiento civil", que, en rigor, resta irrelevante para estos efectos.

En otros términos y como lo ha demostrado la polémica suscitada a ese respecto en el ámbito de la estafa (23) cabe de mayor sentido o utilidad el pretender encontrar un

Continuación Nota (22)

en peligro del mismo que constituye la acción descrita en el tipo como constitutiva de delito.

En el ámbito puramente patrimonial (sin que existan otros bienes jurídicos comprometidos), esto es, excluidos los tipos plurifensivos, superada hace más de un siglo la en su momento garantísticamente útil y beneficiosa, confusión o identificación de los conceptos de "bien jurídico" y "derecho subjetivo" (Cfr., H. Hor-mazábal M., *"Bien jurídico y estado social y democrático de derecho"*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1991, pp. 18 y s.), el recurso al derecho penal se justifica y estructura más por la modalidad desvalorada de lesionar el bien jurídico, que por la magnitud de la lesión. Si fuera esta última el factor determinante, la puesta en peligro de todo el patrimonio que "ex-ante" representa la estafa, p. ej., debería ser un delito más grave que el hurto.

(23) Sobre ello, vid., J. Mera F., *"Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta"*, Sigo, 1986, esp. pp. 41 y s.s. y 94 y s.s. J. Valle M., *"El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil"*, Barcelona, 1987, pp. 39 y s.s. y bibliografía ahí cit.

límite preciso y objetivo entre el "fraude penal" y el mero "incumplimiento civil", como si ambos estuvieran situados y definidos en unas mismas coordenadas, en circunstancias que se trata de conceptos diversos, formulados para fines diversos, desde perspectivas diferentes, sin que nada se oponga a una superposición, a lo menos parcial, entre uno y otro.

La finalidad restitutoria, compensatoria y/o resarcitoria, propia del derecho civil, puede perfectamente coexistir con la finalidad preventiva del derecho penal, sin que nada se oponga a que el hecho constitutivo del delito penal, juzgado desde su prisma civil, sea un ilícito de esa clase, más aún, así ocurrirá normalmente. Por el contrario, lo relevante para efectos penales, lo específicamente penal, si se quiere, es el juicio de tipicidad y no el juicio de antijuricidad de la acción de que se trate. (24)

(24) Adelantando una hipótesis, un factor que puede haber contribuido a obnubilar lo apuntado en el texto, es la injustificada y aislada pervivencia en el ámbito de la estafa de la "teoría de la causa necesaria", que la "teoría" de la "mise en escene" representa. En efecto, acorde esta última teoría si existiría un límite objetivo y cierto entre los engaños propiamente penales, subsumibles en el tipo de la estafa y otros engaños, que solo constituirían injustos de derecho privado; naturalmente, superada como está la teoría de la causa necesaria, está también superada su manifestación en la dogmática de la estafa, la "mise en escene". Sobre ello vid., M. Soto "La realización arbitraria...cit", pp. 109, n. 62 (bis) y bibliografía ahí cit. Vid., también op. cit., infra n. 23.

Es en relación a la tipificación de la conducta, en relación al establecimiento de su "antionormatividad" específicamente penal, donde primeramente juegan los límites formales y materiales del "ius puniendi" y particularmente, en lo que ahora nos interesa, el "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", o "principio de lesividad".

4º) El fundamento de la incriminación

Desde esta perspectiva, en lo relativo al juicio sobre la "criminalización" del hecho, no basta el mero incumplimiento de una obligación de derecho privado, que además puede ser civilmente inexigible (25) para justificar la intervención del derecho penal, aun cuando el mismo traiga apa-

(25) Paralelamente y poniendo en evidencia las incoherencias internas de que adolece la tesis aquí criticada, si se afirma la tipicidad de todo "uso indebido" o "no autorizado", el ejercicio de determinados "derechos civiles", que (en el marco de la relación jurídico-civil de que se trata) autorizan a darle a la cosa un uso diverso del señalado en el título que legitima la tenencia o posesión, vgr. el derecho de retención del arrendador, sólo podrá tener relevancia en el ámbito de la justificación de la conducta típica y no, en cambio, en el del establecimiento de su tipicidad. Cf. F. Muñoz C., op. cit., pp. 278 y s.; T.S. Vives A., op. cit. pp. 912 y s.s. y, con matices, M. Bajo F., op. cit. pp. 289 y s.s..

En este extremo, nada despreciable si se considera la relevancia que el mismo tiene para establecer cual es la "voluntad de acción" a que se encuentra sujeta la cosa (Vid., infra, párr. VI, Nº 9), así

rejado, como es habitual en el caso de las obligaciones patrimoniales, un perjuicio económico-patrimonial.

En este último caso, la forma o modalidad y el contexto en que se produce la lesión al específico bien jurídico de que en concreto se trata, no están disvalorados, no alcanzan el grado de gravedad en la forma que autoriza el recurso al derecho penal, no pueden ser evitados por éste, ni, en fin, es socialmente útil la intervención del derecho penal.

El posible incumplimiento, por uno de los involucrados en una contingencia inherente a toda relación o transacción

Continuación Nota (25)

como la existencia y límites de la obligación de "entregar" o "devolver", el tipo contenido en el art. 470 Nº 1 se convierte en un "tipo abierto", un tipo que debe ser complementado por el juez, en base a los puntos de apoyo entregados por la ley", H. Welzel, "Derecho penal alemán", t. J. Bustos R. y S. Yáñez P., Sigo. 1987, p. 41. Desde esta perspectiva y sin perjuicio de lo apuntado en el texto, se pone de manifiesto un nuevo e insalvable obstáculo a la pretensión de sustituir en el art. 470 Nº 1 los meros "usos no autorizados", pues los "puntos de apoyo legales" a los que debe atenerse la "reconstrucción jurisprudencial" del tipo, vedan el paso a esa posibilidad. En efecto, ellos restringen la labor de cumplimiento del intérprete al incumplimiento de una única y precisa obligación, la "obligación de entregar o devolver"; según es evidente los meros "usos indebidos" o "uso no autorizado", no (necesariamente) colocan al infractor en la imposibilidad de cumplir con la obligación de entregar o devolver, que es la única obligación cuyo incumplimiento autoriza a incluir el "título" de que en concreto se trate, entre los "otros títulos" a que alude el art. 470 Nº 1.

económico-patrimonial, que caiga dentro del ámbito regulado por el derecho privado, que precisamente arbitra los medios para prevenir y solucionar los conflictos entre particulares que en estos casos se suscitan.

La intervención del derecho penal en este ámbito, además de la falta de justificación e ineficacia ya anotadas, resulta un contrasentido, pues de ser eficaz resultaría socialmente perjudicial, dado que nadie asumiría riesgos contractuales, si existe la más mínima posibilidad de no llegar a cumplirlos, con la consecuente paralización de la actividad económica.

Obviamente, no se divisa razón alguna por la que dicho incumplimiento, sólo y únicamente cuando versa sobre el "uso" de una cosa mueble, adquirido por alguno de los títulos a que se hace referencia, bajo un sistema de "numerus apertus", en el art. 470 N° 1, deba recibir protección penal. (26)

(26) Consecuentemente, debe concluirse, de un lado, que el "título" sólo es penalmente relevante en aquella que importa la imposición de la obligación de entregar o devolver y no, en cambio, en cuanto crea otras obligaciones distintas y no reconducibles a la anterior; de otro lado, se constata también, que el intérprete, el Juez, sólo está habilitado para realizar la labor de complemento del tipo, en relación y en presencia de una acción o conducta, que imparte un incumplimiento de esa precisa obligación, Cfr. pár. III, N° 7.

5°) La solución alternativa propuesta. Consecuencias

La solución alternativa, que aquí se propicia, es considerar que estamos en presencia de un "delito contra bienes patrimoniales concretos", por apropiación, en presencia, precisamente, del tipo base de los delitos contra la "propiedad" en sentido estricto.

Ello supone:

5.1.) Que el interés patrimonial específicamente protegido en este delito es la: "propiedad".

5.2.) Que el único "deber extra-penal" cuya incumplimiento es penalmente relevante, es el deber de: "entregar o devolver".

5.3.) Que consecuentemente, sólo ingresan al tipo (como acciones típicas) aquellas conductas que imposibilitan absolutamente el incumplimiento del deber de "entregar o devolver".

5.4.) Que, dejando de lado las hipótesis de destrucción, abarcadas en los "delitos de daños", valorativa y morfológicamente distintas de las aquí relevantes, sólo ocurre inequívocamente así en los supuestos de "apropiación" (en sentido jurídico-penal) de la cosa.

5.5.) Que, en este contexto, es posible explicitar coherentemente, a efectos de su análisis dogmático, la exigencia

contenida en el tipo de que exista una "identidad" (sustancial, esencial, material) entre la "cosa" que se "ha recibido", la "cosa" que se tiene la obligación de "entregar" o "devolver" y la "cosa" que es objeto material de la "apropiación".

5.6.) Que consecuentemente, el tipo que fundacionalmente define lo que debe entenderse por "apropiación", para efectos del Título IX, del Libro II de nuestro Código penal, es precisamente el de "apropiación indebida".

5.7.) Que lo que, como criterio de definición de este delito y justificación de su asignación al campo de las "defraudaciones", se da llamar genéricamente "abuso de confianza", en rigor, no es otra cosa que el incumplimiento sobreveniente de la obligación de "entregar" o "devolver". (27)

(27) En efecto, cuando para indicar el contenido material y dotar de individualidad a la apropiación indebida, se alude al "abuso de confianza", se introduce en el análisis un elemento altamente ambiguo y equívoco. En el "lenguaje ordinario", supuesta una "relación de confianza", puede estimarse como un abuso de la misma, ("abuso de confianza"), el dar a la cosa, con, o (incluso) sin detrimento de la misma, un uso distinto de aquel para el que fue solicitada o entregada; así, por ej., abusaría de la confianza en el depositada el sujeto que, en lugar de guardar el vehículo que un amigo le había facilitado, después de cumplir con la labor para el que lo había solicitado, decide dar previamente un corto paseo en el mismo y dicho sujeto acordó la tesis aquí criticada, se convertiría además en autor de un delito de apropiación indebida.

5.8.) La viabilidad de la propuesta interpretativa aquí mantenida, está condicionada además a que se desentrañe el rol dogmático y la función político-criminal que cumplen:

5.8.1.) El especial deber extra-penal y su incumplimiento.

5.8.2.) El perjuicio patrimonial.

Continuación Nota (27)

si su conducta ("distracción") le causa un perjuicio a otro (tercero cualesquiera).

Peró también, puede entenderse que a lo que se alude con dicha expresión es a una suerte de "confianza jurídica", confianza que el obligado cumplirá con la obligación jurídica de "entregar o devolver", que para él emana de la "relación jurídica extra-penal", de la que se deriva la posesión o tenencia lícita de la cosa que ostenta; es dicha "confianza jurídica" la que se vería defraudada por el "abuso" sobreviniente que representa el incumplimiento de las referidas obligaciones.

CAPITULO IV

ACCION Y RESULTADO TIPICO

1º) Los delitos contra la propiedad y la apropiación indebida

Se delimita así, dentro del marco de los "delitos contra los valores patrimoniales", un segmento (cuyo grado de autonomía no puede ser discutido aquí) caracterizado por que el ataque no se dirige, no se desvalora, no se tipifica, por lesionar el "patrimonio" en su totalidad (no son delitos contra el patrimonio), como unidad económica, sino por importar un ataque, una lesión o puesta en peligro de un "específico valor patrimonial", son "*delitos contra la propiedad*".

En este segmento o categoría autónoma, de "los delitos contra la propiedad", en términos generales, se incluyen aquellos tipos cuya consumación no está condicionada (necesariamente) por la concurrencia de un ataque contra el patrimonio ("delitos contra el patrimonio"), por lo que naturalmente deben incluirse aquí los tipos de "daños",

posibilitando una nueva distinción, o subdistinción de la anterior, que ubique, de un lado, la "mera lesión" o "privación" del ejercicio del "derecho de propiedad" y del otro, la "sustitución" en el ejercicio del contenido de dicho derecho, o "apropiación". (28)

Naturalmente dentro de esta última categoría "delitos contra la propiedad por apropiación", ubicamos la "apropiación indebida", como tipo básico, definidor y paradigmático de los mismos; cuya acción típica, siempre y necesariamente será: una "apropiación". (29)

(28) Por "sustracción" o "apoderamiento", en el caso del hurto y por incumplimiento de la obligación de entregar o devolver en el caso del delito que nos ocupa. Sintéticamente, sobre el concepto de "apropiación" en sentido jurídico-penal y sobre su carácter "técnico-dogmático", vid. Schunemann, op. cit., pp. 34 y s., con abundantes referencias bibliográficas. Vid., también, infra, Nº 29, 30, 53 y 55 y bibliografía ahí cit. Aun en el marco de la sistemática tradicional, existe un amplio consenso en considerar el "delito de daños" como un delito contra la propiedad. Ch. C. Suay, "Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños", Ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 13, 48 y s.s. y 135 y s.s. y bibliografía ahí cit. Vid., también infra, Nºs. 5 y s. n. 32.

(29) En el delito de hurto el verbo rector, "apropiarse", alude conjunta e indisolublemente, imbricándose, tanto a la apropiación propiamente tal, cuanto a la "sustracción" o "apoderamiento", que necesariamente debe preceder a aquélla, en la apropiación indebida tal imbricación no existe; el acceso a la tenencia o posesión de la

En síntesis, entonces, y sin que sea posible ocuparse exhaustivamente en este trabajo de todas las consecuencias que de ello se derivan, distinguimos: (30)

Continuación Nota (29)

"materialidad de la cosa", aparece en el tipo típicamente desligado, como antecedente preexistente, de la "apropiación de la cosa".

Consecuentemente, el establecimiento de lo que la "apropiación típica" sea, debe hacerse antes que nada en relación y en función de aquel tipo penal que expurga de todo elemento extraño la descripción de dicha conducta como típica, debe hacerse en relación al delito de apropiación indebida, que se sitúa así, al menos a este respecto, como tipo base de la clase. Sin perjuicio de estar concistes con la doctrina dominante, en la necesidad de suprimir los tipos de "hurtos agravados por abuso de confianza", lo expuesto precedentemente no se ve necesariamente alterado por la tenencia material de la "cosa", que (eventualmente) puede ostentar en ellos el sujeto activo del delito, pues la misma no altera, hasta la realización de la acción típica, la esfera de resguardo o custodia a que se encuentra sujeta la "cosa", que se mantiene dentro del ámbito de "voluntad de acción" de su titular, aunque éste no tenga la "tenencia material" de la misma.

En todo evento, en presencia de la expresa tipificación de la apropiación indebida y de la también expresa consideración del "abuso de confianza" como agravante genérica, la mantención de dichos tipos agravados carece de toda justificación.

(30) En directa relación con lo apuntado en la nota precedente, por vía ejemplar, puede citarse la determinación del momento de la consumación en el delito de hurto, que al desligarse de la sustracción o "apoderamiento" sale del ámbito exclusivo de la mera

1.1.) Delitos contra el patrimonio, v. gr. la "estafa".

1.2.) Delitos contra la propiedad.

1.2.1.) Delitos contra la propiedad de destrucción v. gr. los "daños".

1.2.2.) Delitos contra la propiedad por apropiación, v. gr. la "apropiación indebida".

Continuación Nota (30)

desapropiación, para vincularse, en su lugar, como lo exige el tipo, con la "apropiación", en sentido positivo; el criterio puramente negativo, de la "sustracción de la cosa de la esfera de resguardo o custodia de su titular", todavía dominante entre nosotros, se muestra así como insuficiente y necesitado de otro criterio normativo que lo complementa. Cfr. F. Blasco Fernández de M. "Hurto" en *"Enciclopedia Jurídica Omeba"*, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1961, pp. 627 y s.s. esp. 652 y s.s.; G. Marinucci, "Considerazioni sul delitto di furto", en RIDPP, 1962, pp. 532 y s.s. esp. 543 y s.s.; J.E. Valencia M., "La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano", en, del mismo, *"Estudios de derecho penal especial"*, 2ª ed., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1990, pp. 23 y s.s. esp. pp. 35 y s.s. y cita de Zaffaroni; M. Soto P., "El hurto del acreedor, ¿una conducta atípica?", en Revista Derecho y Sociedad N°s. 3 y 4, 1989, pp. 27 y s.s., p. 29, N° 5; F. Muñoz C., *"Derecho penal... cit."* p. 221; T.S. Vives, op. cit. pp. 766 y s.s.; S. Valmaña O., "El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas", Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 22 y s. M.A. Sancinetti "La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado",

2º) La acción típica y el especial deber extra-penal típicamente relevante

La asignación precedentemente dada al tipo que nos ocupa, se justifica, (en la que nos parece la "interpretación más razonable" del mismo) no sólo por el insoslayable empleo de la expresión "apropiarse", sino además, concordantemente y aún por encima de lo anterior (particularmente en la interpretación de la expresión "distrajeren"), por la circunscripción de la acción típica, que hace expresamente la descripción legal, al consignar los deberes que el autor debe objetiva y subjetivamente infringir (colocándose en la imposibilidad de cumplirlos, negándolos o desconociéndolos) con su acción; el "deber de entregar o devolver".

Atendido que en nuestro C.P. este delito no admite comisión culposa y dejando de lado toda disquisición en torno a la correcta calificación dogmática del dolo eventual,

Continuación Nota (30)

en, del mismo, *"El sistema de la teoría del error en el Código penal argentino"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 197 y s.s., p. 204 y bibliografía ahí cit. Además, en los supuestos límites, que a este respecto pueden presentarse resulta muy dudoso que exista un momento siquiera en el que pueda hablarse de (predicarse) la concurrencia de un "verdadero" "animus rem sibi habendi", pues en tales supuestos, el autor no se ha encontrado nunca en posición de comportarse como señor y dueño de la cosa, en posición de sustituirse efectivamente al titular en el ejercicio del derecho de dominio.

así como también el análisis de los supuestos de error de tipo; es en relación al incumplimiento de los deberes de "entregar" o "devolver" que importa la "acción típica", que debe determinarse tanto el contenido del dolo en este delito, como la concurrencia y contenido de algún otro especial elemento subjetivo en el tipo. (31)

Lo que el tipo exige, es que el autor realice una acción que importe un absoluto desconocimiento de cumplir con su obligación de "entregar" o "devolver" la "cosa" que previamente "ha recibido", sujeta a esa obligación abarcando con su dolo ambos extremos, la "acción" que realiza y el desconocimiento o negativa que ella importa de cumplir con la obligación a que estaba condicionada (desde su recepción), la tenencia o posesión lícita de la "cosa" que con anterioridad a dicha acción ejercía o tenía.

(31) Supuesto que, sin perjuicio de otros argumentos, la asignación del dolo al "tipo sistemático" o "tipo de injusto", puede derivarse, formal o materialmente, directa o indirectamente, del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" (Cfr., Roxin, "*Política criminal... cit.*", p. 50), la casi absoluta indeterminación en que la tesis crítica da deja al objeto de aquél, importa una nueva infracción a dicho principio y perturba gravemente la función de motivación que se le asigna a las normas jurídica penales. Cfr. p. ej. J.M. Gómez B., "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 del Código penal", en ADP, 1980, pp. 467 y s.s., p. 470. Vid., también, supra, n. 30.

3º) Apropiación y destrucción

En abstracto y teniendo a la vista sólo los factores recién apuntados, la "acción" realizada por el autor, en más de una hipótesis, podría con igual propiedad subsumirse en el tipo de daños, en lugar del de "apropiación indebida", pues, como es obvio, la completa destrucción de la "cosa" inestabiliza absolutamente el cumplimiento de la "obligación de entregarla o devolverla", cuya asunción determina no sólo la recepción y posterior tenencia o posesión, sino también la licitud de ambas.

Vale decir, en definitiva, frente a la hipótesis de destrucción, se reproducen en la apropiación indebida los mismos conflictos que se suscitan en relación a la misma, al momento de distinguir entre los delitos de hurto y de daños, gráficamente expresados en los ejemplos ya clásicos que se citan al efecto. (32)

(32) Sobre ello vid., G. Rodríguez M., "El hurto de los productos de un daño cometidos por el propio dañador", ADP, 1961, pp. 233 y s.s., p. 237; A. Quintano R., "Daños", en "*Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*", T. VI, Barcelona, 1975, pp. 211 y s.s.; F. Díaz P., "Los delitos en especie", ADP, 1966, pp. 15 y s.s. p. 31; F. Mantovani, "Danneggiamento", en "*Novissimo digesto italiano*", T. V, Torino 1957, pp. 112 y s.s., pp. 115 y 119 n. 7; M. Bajo F., "*Larrealización arbitraria del propio derecho*", Ed. Civitas, Madrid, 1975, pp. 47 y s.s.; A. Jorge B., "El delito de daños en el Código penal español", en ADP, 1983, pp. 505 y s.s. y C. Suay, op. cit. (n. 29), pp. 94 y s.s. Vid. también, ops. y págs. cit. supra nts. 33 y 34.

En la propuesta interpretativa aquí defendida, que emparenta directamente a la "apropiación indebida" con el "hurto", la "pre-existencia de una relación jurídica extra-penal", considerada en sí misma, no permite solucionar las dificultades inherentes al carácter eminentemente equívoco que tiene para estos efectos la "destrucción de la cosa". (33)

(33) Tradicionalmente y en directa relación con la deplorable técnica legislativa utilizada para tipificar el delito de daños (Cfr. C. Suay, op. cit. (n. 29), pp. 15 y s.s.), el problema se ha resuelto en el ámbito subjetivo, en directa referencia al "ánimo de lucro", a su ausencia en el "delito de daños" y al contenido que debe asignarse al mismo en relación al delito de hurto, de esta forma, respecto de este último se ha restringido el recurso de definiciones amplias del "ánimo de lucro", que lo identifiquen con cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho, de índole material o moral (que también puede concurrir en los daños), vinculándolo en su lugar, a la obtención de un provecho económico, de un provecho evaluable en dinero. Cfr. F. Mantovani, op. cit. (n. 32) pp. 114 y s. 119, del mismo, "Furto diritto penale comune", en *Novissimo digesto italiano*, T. VII, Torino, 1961, pp. 964 y s.s. pp. 971 y s.; G. Pecorella, "Patrimonio. Delitti contro il", en *Enciclopedia del diritto*, T. XII, 1966, pp. 628 y s.s., pp. 634 y s.s., esp. 641; del mismo, "Furto, diritto penale", en *Enciclopedia del diritto*, T. XVIII, 1969, pp. 318 y s.s., pp. 334 y 349 y s.s.; M. Polano N., "Los elementos subjetivos del hurto en el Código penal español", Pub. U. de Sevilla, Sevilla, 1972, pp. 254 y s.s.; A. Etcheberry O., "Derecho penal... cit", (n. 1), p. 233; J. Rodríguez D., "El hurto propio", Pub. del Instituto nacional de estudios jurídicos", Madrid, 1946, pp. 183 y s.s. y bibliografía ahí cit. Entre nosotros, aisladamente, se ha exigido también un elemento subjetivo del tipo en el delito de daños, el "ánimo

En relación al delito de hurto y a su distinción del delito de daños, la "relación jurídica extra-penal" que concurre en la "apropiación indebida", sólo importa la sustitución de la "sustracción", por la previa tenencia o posesión lícita, sin prejuzgar o resolver la relación "apropiación" - "destrucción", que es la relación relevante para los efectos de la distinción en referencia.

Lo importante es esclarecer cuándo la "destrucción" es un acto de "apropiación", el más radical y definitivo de todos, jurídicamente relevante como tal "apropiación"

Continuación Nota (33)

nocendi o damnanandi", así, F. Sepúlveda C., "El delito de daños", Ed. Universitaria, Santiago, 1964, pp. 41 s.s.; en contra, Etcheberry, op. ult. cit. (n. 1), p. 369 y, en general, C. Suay, op. cit. (n. 29) pp. 29 y s.s. y bibliografía ahí cit.

Sin embargo, debe tenerse presente que un importante sector de la doctrina, a partir de la admisión del hurto con ánimo de venganza y de los daños con ánimo de lucro, cuestiona el rendimiento sistémico de las distinciones puramente subjetivas, a las que sólo reconoce relevancia criminológica. Cfr. C. Pedrazzi, op. cit. (n. 1), pp. 37 y s.s.; F. Bricola, "Danneggiamento", en "Enc. del Diritto", T. XI, Milán, 1962, pp. 599 y s.s., pp. 604 y s.s. esp. 607.

A nuestro entender en cuanto se le reconozca un contenido autónomo al "ánimo de apropiación", la concurrencia del mismo desplazará la posibilidad de subsumir la conducta en el tipo de apropiación. Sobre la relación "ánimo de lucro" - "ánimo de apropiación", vid., M. Soto, op. cit. (n. 24) pp. 102 y s.s. y bibliografía ahí cit. Vid., también, infra, N^os. 13 y s.s.

y cuándo ese mismo acto es penalmente significativo sólo en su carácter intrínseco de "destrucción".

4º) Destrucción y distracción

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que en razón del objeto y contenido obligatorio de la "relación jurídica extra-penal" y de la tenencia o posesión lícita que conllevan, el conflicto puede presentarse en términos mucho más complejos en la apropiación indebida.

Así por ejemplo la "apropiación indebida" de "cosas consumibles", necesariamente se expresa en un acto que importa a la vez e inescindiblemente una "destrucción de la cosa", "destrucción" que a efectos del tipo, en la situación concreta, puede ser condición inanimable de la "acción" constitutiva de la "apropiación indebida", si la "cosa consumible" es además, por naturaleza o por sus efectos jurídicos típicamente relevantes, "no fungible".

5º) La distracción constitutiva de apropiación

Importa también, destacar que la hipótesis precedente pone de manifiesto la "identidad" o "identificación" que en algunos casos se da entre "uso no autorizado", "mal uso" o "uso indebido" y "apropiación"; vale decir, pone de manifiesto la "identificación" o "identidad" entre "distracción" y "apropiación".

Frente a una "cosa consumible y no fungible", el "uso no autorizado", el "uso indebido" en que se quiere hacer con-

54

sistir la "especificidad" de la "distracción" en nada se diferencia y por el contrario se identifica con la "apropiación".

Supuesta la "identidad" o "identificación" recién referidas, nada se opone a asignar el contenido antes señalado a la "distracción", supuesto también que se restringa paralelamente su aplicabilidad a sólo estos casos; cumpliendo así además con todas las exigencias del "modelo interpretativo del legislador racional".

Es en este contexto en el que debe juzgarse la significación y trascendencia que tiene o cabe asignarle a los dos verbos rectores que el tipo coloca en paralelo; esto es, se "apropiaren" o "distrajeran", que pueden ser conciliados, sin negarles su "individualidad", sin modificar ni cuantitativa ni cuantitativamente el contenido de injusto que se le reconoció al tipo y sin alterar la "función político-criminal" que se le asignó.

En efecto, el "uso indebido", el "uso abusivo", el "mal uso" penalmente relevante, que está siempre prohibido, "penalmente prohibido", el "uso no autorizado típico", es aquel que importa infringir o desconocer, (imposibilitando su cumplimiento) de la obligación de "entregar" o "devolver", en los mismos términos que en la "apropiación", con la que se identifica. (34)

(34) Cfr. C. Suay, op. cit. (n. 29) p. 93, párr. 3.3.3.5.B.

55

En el caso de las "cosas consumibles", sujetas, por una condición de su esencia o por una condición jurídica relevante (legal o convencionalmente) a su "entrega" o "devolución" como "especie o cuerpo cierto", el "mero uso" importará la imposibilidad de "entregar" o "devolver" la "especie o cuerpo cierto", cuya recepción y subsiguiente tenencia o posesión lícita estaban condicionadas a dicha "entrega" o "devolución".

Tal "uso" en cuanto trae necesariamente aparejado el citado incumplimiento, será siempre un "uso prohibido", penalmente prohibido, que constituye una "apropiación", susceptible de ser designada para mayor exactitud como: "distracción".

Expresión que, además de su carácter denotativo de la "materia de la prohibición" a que se hará referencia a continuación, se adapta mejor, expresa o capta con más propiedad que su alternativa típica, la otra situación límite a que pueden dar lugar las "cosas consumibles", cuando a diferencia del caso anterior son esencialmente "fungibles".

En el caso de las "cosas consumibles y fungibles", el mero "uso no autorizado" ("distracción") será constitutivo de "apropiación indebida", cuando el autor, al realizar la acción, obre con dolo directo o eventual de infringir (conscientemente, quedar imposibilitado de cumplir) su obligación de "entregar o devolver", esto es, cuando su acción importe una "apropiación de la cosa", "acción de apropiación"

ción" cuyo contenido intrínseco, paradójicamente, puede ser descrito con más propiedad como "distracción", sin alterar su significación o consecuencia penalmente relevante.

Observada en la perspectiva de las situaciones límite anotadas, la expresión "distracción" denota y refuerza la idea instada en la expresión "apropiarse", de sustituirse al titular en el ejercicio (disfrute) del contenido del derecho de dominio o de la parte del mismo que en la situación concreta sea penalmente relevante.

La tenencia o posesión de la cosa, cuya existencia, subsistencia y licitud está originalmente (desde la recepción) condicionada por la obligación de "entregar" o "devolver", es una tenencia o posesión originariamente privada del pleno ejercicio del contenido del derecho de dominio, respecto de la cosa.

Cuando el tenedor o poseedor hasta ese momento lícito, pasa por encima de dicha diferencia incumpliendo su obligación de "entregar" o "devolver" la cosa o colocándose conscientemente en la imposibilidad de cumplirla, priva al titular legítimo de su derecho, sustituyéndose ilícita y antinormativamente en el disfrute de su contenido y en el empleo de la "cosa" como instrumento de autorrealización.

El límite, entonces, entre el disfrute lícito, el meramente ilícito y el disfrute ilícito y típico, que puede realizar el autor que previamente detentaba una posesión o tenencia lícita

de la cosa, viene dado por aquello de que priva al legítimo titular; contexto en el cual la privación y sustitución relevantes para el tipo de la "apropiación indebida", es aquella que recae sobre el disfrute o ejercicio del contenido de los derechos del titular, correlativos a la "obligación de entregar o devolver" que el autor incumple o se coloca en imposibilidad de cumplir.

Límite y privación que en el caso de las "cosas consumibles", se identifica o puede identificarse (según la cosa, situación de hecho y/o jurídica que se trate) con el mero "uso no autorizado" o "distracción", que consecuentemente devendrá no sólo en ilícito, sino también conjuntamente y además, en antinormativo o típico.

6º) El tipo subjetivo

Lógicamente, según es ya evidente, en esta propuesta interpretativa, todo lo anterior se reflejará o recepcionará a nivel subjetivo en la exigencia de que se obre con "animus rem sibi habendi", con "ánimo de señor y dueño", con "ánimo de apropiación".

No basta entonces con que el autor conozca y quiera la acción que realiza y el que dicha acción lo coloca en la imposibilidad o importa el incumplimiento de la obligación de "entregar" o "devolver", (que objetiva y subjetivamente, explica, justifica y define su previa tenencia o posesión), es necesario además que el autor actúe animado por el propósito-

to de ejercer el contenido del derecho de dominio sobre la cosa, cuando menos y en todo caso en lo relativo a los derechos correlativos a su obligación de entregar o devolver.

Vale decir, para la afirmación de la tipicidad de la conducta, en su aspecto subjetivo, se requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo: "el ánimo de apropiación".

7º) El resultado típico

Esclarecido así el contenido objetivo y subjetivo del tipo, en concordancia con el bien jurídico (si se cuestiona su autonomía y además, lo que no creemos, la expresión fue- ra dogmáticamente procedente, "específico") que se le ha asignado y con la categoría o clase en la que consecuentemente se le ubicó, importa destacar (para evitar algún equívoco a que pudiera dar lugar el planteamiento precedente), que el derecho que guarda una más directa e inmediata correlación con el deber de "entregar" o "devolver", es el derecho de disposición del propietario.

Circunscrito por la "apropiación" el contenido del tipo, deben consecuentemente excluirse del mismo todos aquellos supuestos de expropiación y subsecuente destrucción, no constitutivos de apropiación, realizados sin la concurrencia del "animus rem sibi habendi".

Tal solución que, sin desnaturalizar la "apropiación indebida", permite subsumir en los daños los supuestos de "expropiación" sin apropiación condignos de sanción pe-

nal, (35) no puede ser mantenida con igual coherencia dogmática por quienes consideran que estamos en presencia de una "defraudación", entendida como "delito contra el patrimonio", particularmente si (a nuestro entender, contradictoriamente) excluyen del ámbito de estas últimas el "ánimo de lucro", como exigencia típica correlativa al "ánimo de apropiación". (36)

Suprimida la necesidad de una "sustracción", como actividad positiva, previa y necesaria, disvalorada y tipificada en conjunto con la "apropiación", que define al hurto, la "apropiación" que constituye la "apropiación indebida" no presenta limitación alguna de sus medios comisivos.

Vale decir, en el contexto de las exigencias típicas precedentemente expuestas, los "verbos rectores" del art. 470 indican a la vez el resultado y la acción típica, acción típica de medios indeterminados, que admite tanto una actitud positiva, como una omisión.

(35) Es generalmente reconocido el carácter residual del "delito de daños", que p. ej., le permite a F. Sgubbi, sostener que la función del delito de daños, dentro del sistema de delitos contra la propiedad, es crear una zona de privilegio para el autor no peligroso. Cfr., Sgubbi, op. cit. pp. 346 y s. y 377 y s.s.

(36) Así, A. Eicheberry, op. cit. (n.33), p. 316; sin embargo, el ejemplo que utiliza en apoyo y para graficar su tesis, a nuestro entender, corresponde a una autoría mediata de daños, en que el titular de la cosa es usado como instrumento mediante engaño.

8º) Acción y omisión en la apropiación indebida

Consecuentemente, (sin dogmatismos normativos) observada desde la descripción típica, la norma pertinente puede concretarse tanto como norma prohibitiva, cuanto como norma imperativa, pues el tipo circunscribe tanto las "apropiaciones" por acción, como las "apropiaciones" por omisión. (37)

Así por ejemplo, el vendedor comisionista al que se le ha fijado un plazo perentorio y determinado para que venda la cosa o en su defecto la devuelva, bien puede realizar actos positivos de "apropiación" antes del vencimiento del plazo o bien, vencido el plazo, con "ánimo de apropiación" limitarse a omitir la "devolución".

Marginalmente importa destacar que cuando el tipo se comporta como "tipo de omisión", se trata de un "tipo de omisión propia o pura", en que la omisión está expresamente tipificada, sin que sea necesario para afirmar su tipicidad o interposición de ningún recurso dogmático, como la "posición de garante", o legislativo, como la "cláusula de conversión".

Efectivamente, la fuente del deber de actuar, "la relación jurídica extra-penal" y la "tenencia" o posesión lícita y condicional que de ella se deriva, se encuentran expresa-

(37) Vid., en este sentido, E. Bacigalupo, op. cit., pp. 50 y s.s.

mente tipificados en la ley, lo mismo acontece con el resultado en que consiste y deriva la omisión: la "apropiación".

Subjetivamente el conocimiento de la "relación jurídica extra-penal" y de sus límites, representa el conocimiento de los presupuestos y límites del deber de actuar.

9º) La consumación

La consumación de este delito y consecuentemente de cualquier otro que trascendiendo la expropiación y el mero uso no autorizado (en sí mismo, por regla general, afíptico: "hurto de uso" y "apropiación indebida de uso") se identifica con el acceso, por un instante siquiera, a la "disponibilidad" o "disposición" de la cosa. (38)

(38) A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del hurto y la apropiación indebida y confirmando, subsecuentemente, la corrección de la interpretación restrictiva que defendemos, en el ámbito de la malversación de caudales públicos el legislador ha tipificado expresamente el mero mal uso o uso indebido de los "caudales o efectos públicos". Cfr. Bunster, op. cit., pp. 69 y s.s.; F. Suárez M., "El delito de malversación de caudales públicos" en *Revisita General de legislación y jurisprudencia*, 1966, pp. 831 y s.s., pp. 858 y s.s.; R. Blecha, "La aplicación de caudales a diferente destino, como delito de malversación", en *ADP*, 1985, pp. 747 y s.s., pp. 754 y s.s. Vid. también, en contra de lo afirmado en el texto, C.S. Nino, "*Consideraciones sobre la dogmática jurídica*", U. Nacional autónoma de México, México, 1989, pp. 45 y s.s.

Para trascender la mera expropiación, eventualmente relevante en el ámbito de los daños (39) y acceder a la "apropiación", el autor debe haber quedado por un momento, en posición de disponer de la cosa, de ejercer el contenido de la facultad de disposición, propia del dueño, apareciendo frente a terceros como legítimo titular del mismo, bajo la protección del ordenamiento jurídico. (40)

Si la "apropiación" de que se trata, por su carácter antijurídico, no afecta, ni puede afectar el "derecho de dominio del titular", en cuanto tal, sino que se limita a privarlo de las facultades inherentes al mismo, constituyendo de facto una nueva relación (que sustituye a la anterior) de "dominio" sobre la cosa, en las situaciones límite lo único que nos permitirá afirmar (dar por acreditado) inequívocamente que así ha ocurrido, es, trascendiendo el mero uso, la sustitución del titular legítimo, en el ejercicio de la facultad de disposición o de la posibilidad de ejercerla.

10º) La apropiación indebida como tipo base de los delitos de apropiación

De esta forma, operando a este respecto, como tipo base de la clase, la "apropiación indebida", viene a fijar el límite mínimo de la consumación de todos los delitos de "apropia-

(39) Cfr., C. Suay op. cit. (n.29), pp. 94 y s.s.

(40) Cfr. B. Schunemann, op. y pp. cit., supra, n. y ops. y pp. cit., supra, n. 30.