

En: Revista de Ciencias Penales. t. XV, n° 1, 1956, p. 9-50.  
Republicado en Polít. Crim. n° 2, 2006, CH2, con autorización del autor.

## PRENDA, DEPOSITO Y MANDATO EN LA TEORIA DE LA APROPIACION INDEBIDA

Por Sergio Politoff L. (\*)

Artículo 470. "Las penas del artículo 467 se aplicarán también: 1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone".

### 1.—PRENDA.

El desplazamiento de la cosa prendada y el "furtum possessionis" impropio. — EN NOTA (11): Disposición indebida de cosas retenidas por orden judicial; el dueño como depositario público infiel. — El acreedor prendario como sujeto activo del delito de apropiación indebida. — La venta de la cosa empeñada. — Criterios en la doctrina extranjera: las figuras de "hacerse justicia por sí mismo" y de "inobservancia de las formalidades de realización de la prenda". — El problema ante la ley chilena; cotejo de los artículos 470, N° 1º, y 494, N° 20, del Código Penal, Corrección de los excesos por la vía de la culpabilidad. — El derecho de retención legal como ausencia de adecuación típica; el "animus rem sibi habendi" como elemento subjetivo del tipo. — Uso indebido de la prenda. — La prenda de dinero como título traslativo de dominio.

---

(\*) SERGIO POLITOFF es ayudante de Derecho penal en la Universidad de Chile. El trabajo que ahora se publica forma parte de su obra sobre "El delito de apropiación indebida", de próxima aparición.

Prescindiendo de las notorias imperfecciones de la "enajenación con fiducia", la línea evolutiva de las cauciones reales debe trazarse, en rigor, a partir del "pignus" romano.

Según explica Petit, el contrato de "pignus" consistía en la entrega por el deudor al acreedor, a título de prenda, de la posesión de una cosa, obligándose éste a restituirla después del pago. En las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural el sistema aludido suscitaba complicaciones invencibles, dado que el colono no podía privarse de sus ganados y utensilios agrícolas para empeñarlos; estos bienes constituían sus instrumentos de trabajo y su única pertenencia (1).

De este hecho nació la "hipoteca" que, protegiéndose a través de poderosas acciones, "dejaba los bienes dados en garantía en poder del deudor" (2). Dicho rasgo distintivo que bifurcó la institución originaria, separando la prenda de la hipoteca, fué acentuado con posterioridad al atenderse a la clase de bienes a que podía referirse cada garantía (la hipoteca a los inmuebles y la prenda a los muebles).

Para algunos autores como Planiol —anota el profesor Somarriva— la entrega de la cosa al acreedor es de la esencia de la prenda, y por eso a las prendas sin desplazamiento las llaman "hipotecas mobiliarias", si bien la mayoría de los tratadistas discuerdan de este modo de pensar, manifestando que nada se opone a la creación de una prenda en que la cosa permanezca en poder del deudor (3).

El creciente desarrollo económico de los países, multiplica las modalidades de estas "prendas sin desplazamiento", que el legislador ha aceptado con beneplácito por "las necesidades de los particulares de obtener créditos sin verse privados de sus instrumentos de trabajo" (4).

De suerte, pues, que el estudio de la prenda como título idóneo para generar el delito de apropiación indebida ha de encarar, en su base, una pregunta relativa a la aptitud de las "prendas sin desplazamiento" o "hipotecas mobiliarias" para ser incluidas en la indagación. La verdad es que el problema concierne a la sistematización general del "sujeto activo" del delito en examen y admite el planteamiento siguiente: ¿puede el propietario de la cosa "objeto material" de la figura comportarse como sujeto activo de la misma?

El delito de "apropiación indebida" se desgajó del hurto; es una forma impropia del "furtum rei". Difieren, tan sólo, en que el agente de apropiación indebida no necesita apoderarse de la cosa, que ya detenta, y se limita a invertir su título precario. En ambos casos hay, al decir de nuestro Código, "apropiación de cosa ajena mueble", pero mientras en uno de ellos se precisa la previa "captura" de la especie, en el otro basta con ejercer el "contenido del dominio", para emplear la bella expresión de Von Litz.

(1) Vid. Petit "Tratado Elemental de Derecho Romano", p. 254; vid., además, Somarriva Undurraga, "Tratado de las Cauciones", p. 203.

(2) Petit, ob. cit. p. 255.

(3) Vid. Somarriva, ob. cit. p. 203.

(4) Somarriva, ob. cit. p. 203.

Manzini, para que se excluya la posibilidad de este delito, basta con que a la tenencia se agregue la propiedad en el agente (11).

El custodio que se "apropia" de la cosa que le pertenece está eventualmente reprimido en preceptos aislados (leyes de prenda agraria, de prenda industrial, de compraventas a plazo; artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, artículos 466 y 469, N° 6°, del Código Penal, etc.), de modo que, si la conducta de que se trata no puede subsumirse en alguna de aquellas figuras dispersas, resulta forzosa la absolución, a menos de vulnerarse el apotegma "nullum crimen nulla poena sine lege".

Quizá algún día la ciencia penal logre construir una figura unitaria de "furtum possessionis impropio" (en que el dueño no necesita apoderarse de la cosa gravada, porque ya la detenta, pero dispone de ella injustamente), paralela al delito de apropiación indebida, que se encuentre respecto del "hurto del dueño" en la misma relación que el delito de apropiación indebida ("furtum rei impropio") con el "hurto del no dueño".

(11) Vid. Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, "Derecho Penal", t. II, p. 424; vid. Manzini, "Trattato di Diritto Penale Italiano", t. VIII, p. 402.

Cabe agregar que, frecuentemente, las cosas son retenidas en poder de su dueño en calidad de *depositario*. Irureta Goyena cita al respecto el artículo 189 del Código Penal uruguayo, que sanciona con dos a cuatro años de penitenciaría al "que hiciere desaparecer ó convirtiere en provecho propio o de un tercero, las cosas o valores que hubieren sido puestos por autoridad pública bajo su custodia", disminuyendo la pena a escasos meses de prisión "si el culpable *fuese dueño* de las cosas depositadas". "En la supuesta emergencia —agrega el ilustre jurista aludido— el depositario comete un delito contra la Administración Pública" (ob. cit. p. 42).

Es decir, para este autor y para la legislación uruguaya existe, entre los delitos contra la Administración, un tipo legal constituido por el hecho de "apropiarse" cosas o valores puestos por la Autoridad Pública bajo la custodia del agente. Una de las modalidades de esta figura es la "apropiación" del *dueño* de la cosa, quien también puede ser nombrado, eventualmente, depositario.

Adviértase que en estos delitos contra la Administración interesa poco que el depositario infiel sea o no propietario de la cosa, (la distinción sirve, tan sólo, para disminuir la penalidad en el primer caso), ya que se protege un bien jurídico superior, la fidelidad debida a la Autoridad Pública, no una relación de derecho privado.

A su vez, Eusebio Gómez, refiriéndose a una situación similar en la legislación argentina, sostiene que la "no restitución de cosas depositadas con motivo de un embargo judicial constituye malversación de caudales públicos y no defraudación (apropiación indebida)" ("Tratado de Derecho Penal", t. IV, p. 260); menciona en apoyo de su aserto el artículo 263 del Código Penal de su país.

En el derecho chileno la cuestión debe encararse de modo diverso. La Comisión Redactora de nuestro Código Penal, al ocuparse del artículo 322 del código español de 1848 (base del artículo 238 de nuestro texto vigente), alusivo a la malversación de caudales, suprimió la parte final de este precepto, en lo relativo al administrador o *depositario* de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. El fundamento de esta alteración debe buscarse en el criterio de los integrantes de la Comisión, en orden a que, respecto de los mencionados bienes, "no puede decirse que hay abuso de funciones públicas, sino *fraudes comunes* que se penan en otro artículo posterior".

Pues bien, sustraídos los hechos del "depositario público" infiel de la esfera de aplicación del peculado, forzoso es determinar los preceptos que reglan aquella conducta. Al tratarse de un depositario de cosa *ajena*, no cabe duda sobre la norma aplicable. Este depositario —no asimilado por la índole y origen de su misión a la calidad excepcional de empleado público— es un tenedor corriente de cosas muebles ajenas que ha recibido con obligación de entregarlas o devolverlas y, al disponer de ellas, invierte su título precario cometiendo *apropiación indebida*.

Sin embargo, puede ser el *dueño* el que ostente la calidad de depositario o, en términos más generales, puede el dueño tener cosas de su dominio retenidas *en su poder* por orden judicial. Si dispone indebidamente de ellas, no comete malversación de caudales (por las razones recién vistas), ni tampoco apropiación indebida, ya que este delito puede cometerse tan sólo por un tenedor de cosas ajenas que subvierte su título precario.

“dándole la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producido de la venta si el deudor no cumple su obligación” (13).

Como se sabe, la palabra “prenda” tiene diversas acepciones. A nosotros debe preocuparnos tan sólo en cuanto aquel contrato que, exigiendo el desplazamiento de la cosa empeñada, hace pasar ésta a poder del acreedor, el cual, aunque propietario y poseedor de su derecho real de prenda es, sin embargo, mero tenedor de la cosa, conservando el deudor o el tercero (14) la posesión y el dominio.

“Se llama tenencia —expresa el artículo 714 del Código Civil— la que se ejercita sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar, o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros **tenedores** de la cosa **empeñada**, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

“Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”.

De las ideas transcriptas se infiere que el contrato de prenda es **idóneo** para conducir al delito de apropiación indebida, y Biagio Petrocelli expresa magistralmente una conclusión semejante al afirmar que “el acreedor que recibe en prenda una cosa en garantía de su crédito, ejercita sobre ella, aunque sin facultades de goce y de uso, un poder autónomo de custodia que contiene todos los elementos de la posesión que es presupuesto de la apropiación indebida” (15).

Nuestra jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido expresamente que comete “estafa” (aludiendo, es claro, al delito de apropiación indebida) el que “distrae o se apropia, con perjuicio del dueño, una especie que recibió en prenda” (16).

Ahora bien, el “objeto jurídico” (bien jurídico tutelado) del tipo legal “apropiación indebida” es el derecho correlativo de la obligación de devolver o de usar en la forma determinada. “La prenda —expresa Somarriva— es un contrato unilateral porque siempre resulta obligada una sola de las partes contratantes. En la prenda civil y demás en que se entrega al acreedor el bien dado en garantía, como por ejemplo en la mercantil, únicamente se obliga el acreedor a restituir el objeto recibido. . . De manera que en este caso, el acreedor del contrato principal pasa a ser deudor en la prenda” (17).

Como la prenda está garantizando el cumplimiento de este “contrato principal”, satisfecho el crédito en todas sus partes —anota Ballivián, basado en el artículo 2401 del Código Civil— aquélla deberá restituirse. De manera, entonces, que el acreedor prendario comete apropiación indebida cuando, una vez satisfecho su crédito, en vez de cumplir su obligación de devolver la cosa dada en prenda, se la apropia en cualquier forma (18).

(13) Somarriva, ob. cit. p. 205.

(14) Si el objeto dado en prenda no pertenece al deudor.

(15) Petrocelli, “L'appropriazione indebita”, p. 342.

(16) Corte Suprema, sentencia de casación de 24 de mayo de 1915; Gaceta de 1915, t. I, p. 604, sent. 257.

(17) Somarriva, ob. cit. p. 208.

(18) Vid. José Ballivián, “El delito de apropiación indebida”, p. 58 y Petrocelli, ob. cit. p. 342.

Supongamos, empero, que el deudor no ha cumplido la obligación caucionada con la prenda; ¿podrá lícitamente, en tal evento, apropiarse de ésta el acreedor prendario?

El acreedor prendario goza, como se sabe, del llamado "derecho de venta", en cuya virtud puede solicitar (en el caso que no se le pague la obligación principal), a través del procedimiento reglado en el decreto-ley 776, de 1º de diciembre de 1925, que se realice y venda la cosa empeñada, para pagarse con su producido.

"Por la *lex commissoria* —se lee en la obra de Petit— las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa dada en prenda. Este pacto era muy peligroso para el deudor que, apremiado por la necesidad, podía empeñar una cosa superior al valor de su deuda. Por eso, después de haber sido lícito durante toda la época clásica, fué justamente prohibido por Constantino" (19).

Todo posible debate sobre el aspecto civil de la cuestión, en nuestro derecho, fué excluído de manera definitiva por el inciso final del artículo 1º del mencionado decreto-ley 776 que decidió: "Tampoco podrá estipularse, así a la fecha del contrato principal como en ningún momento posterior que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley".

De suerte, pues, que nuestro legislador prohibió al acreedor "quearse con la prenda para hacerse pago" (20).

Si el acreedor prendario se "apropia" de la prenda, arregla indiscutiblemente su conducta a los requisitos implícitos en la figura penal que examinamos, sin que obste a ello su derecho real sobre la cosa. Groizard (21) es categórico a este respecto, si bien sus argumentos no son del todo válidos en el sistema jurídico chileno.

La venta de la cosa dada en prenda por parte del acreedor prendario constituye, en general, una forma de apropiársela; luego, tal acción importará adecuarse a la hipótesis de "apropiación indebida". Sin embargo, hay situaciones que produjeron justificadas incertidumbres en los investigadores.

En efecto, cuando un acreedor vende la cosa por mayor precio que el importe de su crédito, apoderándose de él, "la fuerza de los hechos —dice Irureta Goyena— impulsa a nuestro espíritu a convenir en que se ha verificado una apropiación". En cambio, "cuando no alcanza... a sacar por ella el monto de su préstamo, el ánimo se resiste a admitir la apropiación" (22).

La duda que sugiere Irureta Goyena puede completarse con un *distingo*, de muy parecida índole, que hallamos en el libro de Ure. Dice el jurista argentino: Imagínese que el acreedor prendario, frente al incumplimiento del deudor, decide, sin respetar las exigencias de la ley, enajenar la prenda que garantizaba una deuda valor 10 y obtiene en la venta un valor 15. Puede ocurrir —arguye— que el acreedor restituya al deudor la

(19) Petit, ob. cit. p. 257.

(20) Luis Claro Solar (Apunte de sus lecciones por E. Varas y A. Vergara), "Derecho Civil", Segundo año, p. 362.

(21) Alejandro Groizard, "El Código Penal de 1870...", p. 599.

(22) Irureta Goyena, ob. cit. p. 22.

diferencia 5, resultante del valor obtenido y del monto de la obligación, o que se apropie del valor 15, vale decir del total obtenido (23).

Puccioni estimaba necesario separar el caso en que la cosa vale más que el crédito, de aquel en que vale menos. "Cuando la cosa vale más, el acreedor prendario que la enajena y se apodera del importe, comete apropiación indebida. Cuando la cosa vale menos, el delito de hacerse justicia por la propia mano, reemplaza o sustituye al de apropiación" (24).

Irureta Goyena acepta el criterio de Puccioni con cierta reserva: "me parece que resuelve el problema... de una manera general, porque la práctica complica los casos, con incidencias y episodios de tal índole, que fuera irracional sujetarse siempre estrictamente a él" (25).

Nos parece que el insigne comentador del código toscano no objetaría que se añadiera a su distinción la "variante Ure" y se concluyera, así, que se comete sólo el delito de hacerse justicia por la propia mano, en los casos en que la prenda enajenada vale menos que el crédito insoluto, como asimismo en los casos en que, valiendo más, se restituye al deudor la diferencia. En las demás situaciones se cometería apropiación indebida.

En verdad, el asunto tiene su origen de muy antiguo. Paralelamente a la *lex commissoria*, "otra convención completaba (en el derecho romano) de un modo más equitativo la seguridad del acreedor; es la que le permitía, en defecto del pago, vender la cosa. Podía entonces pagarse con su precio, quedando a salvo la restitución al deudor de lo excedente del importe de la deuda" (26).

Podría alguien argüir, revisando lo que hemos expuesto sobre la materia, que el profesor Somarriva, al extender la definición legal con la fórmula "dándole (al acreedor) la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producido de la venta si el deudor no cumple su obligación", estaría reconociendo un derecho en el acreedor prendario, que desplazaría —por así decir— su obligación de devolver. No habría, pues, en el evento señalado, sino un quebrantamiento de los ritos procesales de la venta a que tiene derecho el acreedor.

Ure resuelve de ese modo la cuestión ante la ley argentina. Se funda este autor en el artículo 175, inciso 3º, del código penal de su país, que expresamente contempla tal hipótesis, reprimiendo con multa al que venda, se apropie o disponga de la prenda sin las formalidades legales (27).

"Este inciso a mi juicio —sostiene Ure— no ha pretendido crear un tipo específico privilegiado de defraudación. Ha querido simplemente reprimir, no la auténtica apropiación indebida, sino la sola inobservancia por parte de un particular de las formalidades que requiere la ley civil y comercial para la venta de la prenda" (28).

De manera entonces que, en opinión del indicado jurista, no comete apropiación indebida el acreedor prendario cuando, una vez que ha vendido

(23) Vid. Ure, ob. cit. p. 212.

(24) Vid. Irureta Goyena, ob. cit. p. 21.

(25) Irureta Goyena, ob. cit. p. 22.

(26) Petit, ob. cit. p. 257.

(27) Vid. Ure, ob. cit. p. 212.

(28) Ure, ob. cit. p. 213.

la prenda, junto con pagarse de su crédito insoluto, devuelve el resto de producido de la venta al deudor.

Petrocelli concede muy pocas líneas de su prolijo ensayo a los prolemas de la prenda. Creemos de interés, sin embargo, transcribir una frase que —de paso— dedica a la cuestión que nos preocupa. “Debe estimarse también responsable de apropiación indebida al acreedor prendario que en los casos en que está por la ley autorizado para proceder directamente a la venta de la prenda, convierta en provecho propio la parte del producido de la venta que sobrepasa lo que le corresponde y de lo cual debe ser considerado no simple deudor, sino poseedor con la obligación de restituir a quien corresponda” (29).

Si bien se mira, esta aseveración contiene (junto con la exclusión de punibilidad, por obvias razones, para quien, tras vender “directamente” la prenda “en los casos en que está por la ley autorizado”, no convierte en provecho propio “la parte del producido de la venta que sobrepasa lo que le corresponde”) una afirmación implícita de la criminalidad del comportamiento cabido a aquel acreedor prendario que, sin estar autorizado por la ley, procede a la venta directa de la prenda. No puede deducirse, empero, de la forma de redactarse la proposición, cual sea, a juicio de Petrocelli, la figura legal aplicable al acreedor prendario que, en tal hipótesis, se “apropia indebidamente” de la cosa ajena.

En cuanto a la ley chilena, no puede la situación presentarse más contradictoria e incierta. De partida eliminemos toda especulación sobre los tipos eventuales de “hacerse justicia por sí mismo” o de “inobservancia de las formalidades de realización de la prenda”, ya que ellos no existen en nuestro derecho.

Existe sí, entre las faltas, un precepto altamente sintomático; el artículo 494, N.º 20, del Código Penal, expresa que sufrirá la pena de prisión en sus grados medio a máximo y multa “El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”. Debe tenerse presente que el artículo 48, N.º 11, del Código de Procedimiento Penal, incluye dicha falta entre las de “acción privada”, es decir, que ésta sólo puede ejercerse por la persona ofendida o su representante legal. La represión del hecho resulta, pues, insignificante.

Ahora bien, Enrique Schepeler en su meritoria investigación sobre el delito de hurto manifiesta a propósito de esta singular hipótesis: “debemos concluir que dentro de nuestro Código la apropiación de una cosa del deudor para hacerse pago de ella, no está penado. La ley castiga como falta esta apropiación si se realiza con violencia, por lo que sería absurdo aplicar las penas ordinarias del hurto a una apropiación que no reviste esa gravedad. Esta solución, que seguramente está conforme con el espíritu del legislador, es la única que mantiene la correspondencia que debe existir entre las disposiciones de un código” (30).

Examinando las consideraciones precitadas del distinguido penalista chileno, se advierte que hay en ellas una premisa en torno de la cual está

(29) Petrocelli, ob. cit. p. 342.

(30) Enrique Schepeler Vásquez, “El delito de hurto”, p. 51.

construido el razonamiento; es ésta que la ley, en el artículo 494, N° 20, castiga la apropiación (con violencia) de una cosa del deudor para hacerse pago.

El punto reviste excepcional importancia, ya que sería lícito preguntarse si en esta "apropiación" está comprendida la que realiza el acreedor prendario (tenedor) con la cosa empeñada, si el deudor no cumple con la obligación "principal".

Estamos persuadidos de la posibilidad de unificar en un mismo concepto, dentro del sistema jurídico chileno, la voz "apropiación" empleada por el legislador en diversos delitos (entre otros, respecto del hurto y de la apropiación indebida).

No obstante, cualquiera que sea la solución a que se arribe en esa tentativa, obligado será convenir en que el elemento objetivo de la acción se presenta de modo muy diferente en las hipótesis de hurto y de apropiación indebida; más exactamente, es distinta en cada una de ellas la forma con que aparece la parte "física" de la acción, aunque sea idéntica en ambas la parte interna, el elemento "subjetivo" que acompaña a ésta (ánimo de comportarse como dueño) (31). Mientras en el hurto el elemento externo se manifiesta en un acto de sustracción o "apoderamiento", en la apropiación indebida hay alguna de las numerosas formas de invertir el título de tenencia (enajenación, retención, etc.), con que se toma posesión de la cosa sin capturarla.

Aunque la palabra "apropiación" pueda importar una noción unificada, que comprenda un mismo elemento externo (pero de formas variables) y un mismo elemento interno para las dos figuras, nunca aparecerá este elemento externo bajo la forma de un "apoderamiento" en el delito de apropiación indebida y, por el contrario, en toda circunstancia así se manifestará en el hurto.

Excusando este paréntesis indispensable, a nuestro entender, volvamos a la disposición que nos preocupa (artículo 494, N° 20, del C. P.). Decíamos que en dicho precepto se castiga a quien se "apodera" de una cosa ajena "para hacerse pago".

Como se ve, el modo de aparecer el elemento externo de la acción excluye de partida que la voz "apropiación", que emplea Schepeler para describir esta falta, pueda incluir la del acreedor prendario frente a la cosa empeñada, por incumplimiento del deudor. Es, sin embargo, perfectamente adecuada en lo que respecta a la "apropiación" que existe en el hurto (simple o calificado) (32).

En suma, por doloroso que resulte para la sana lógica que el robo de una cosa para hacerse pago con ella sea una simple falta de acción pri-

(31) No creemos que el ánimo de comportarse como dueño corresponda al ámbito de la culpabilidad; nos parece que constituye un "elemento subjetivo del tipo".

(32) El propósito de hacerse pago con la cosa lleva implícita la idea de ánimo de dueño que unido al "apoderamiento" (elemento objetivo) constituye la "apropiación" que existe en el hurto. No todo apoderamiento, en cambio, contiene ánimo de dueño y, luego, no todo apoderamiento es "apropiación". Así, el artículo 2392 del Código Civil, en su inciso primero, declara que "no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia". El propósito es, en este caso, "capturar" una prenda, reconociendo el dominio ajeno y con ánimo de devolver cuando se pague la deuda. Se trata, pues, de un "apoderamiento" sin ánimo de dueño y no existe, por ende, la "apropiación" requerida por el hurto, ni ninguna otra.



vada y su venta por el acreedor prendario un delito de acción pública, no podemos "legislar" en contrario. No cabe duda que el acreedor prendario que vende la cosa prendada por su cuenta y, tras deducir el valor de su crédito, entrega al deudor el sobrante, comete —en nuestro derecho— el delito de apropiación indebida.

¿Podría alguien negar que el bien jurídico protegido (derecho a la restitución) ha sido violado?

La verdad es que el acreedor prendario no tiene derecho a vender la prenda, sino a pedir que se venda con arreglo al procedimiento legal. A esta petición puede el tribunal acceder o no, y mientras no se haya verificado el remate "puede el deudor o el dueño de la prenda rescatar ésta, consignando una cantidad suficiente para responder al pago de la deuda y las costas causadas" (artículo 7.º, del Decreto-Ley N.º 776).

El acreedor prendario tiene la cosa por un título que supone la obligación de restituirla; al proceder a su venta, se apropia de ella (enajena la cosa como si le perteneciera, con ánimo de comportarse como dueño).

No obstante, creemos que el rigor de este criterio resulta considerablemente disminuído a través de la "culpabilidad". El acreedor prendario a quien el deudor no pagó puede vender la prenda (comportándose como si fuera su dueño y estar de buena fe. Puede el agente entender que el no pago de la deuda le confiere el derecho a vender la prenda y pagarse con su producido (devolviendo el saldo al deudor) y su error excluye el dolo —según sean las circunstancias prácticas del caso— sin que resulte excluído a la vez el "ánimo de señor y dueño" que pertenece al ámbito del tipo (elemento subjetivo de éste) y no a la culpabilidad.

El profesor español Ferrer Sama, en breve pero sagaz monografía, resuelve el asunto del modo indicado, aunque sin extraer el "animus rem sibi habendi" de los márgenes del dolo. "Ahora bien —dice— puede ocurrir que el acreedor haya procedido de buena fe, apropiándose la prenda sin cumplir lo dispuesto en el artículo 1852 citado, por desconocer lo que el mismo preceptúa, y entonces resultaría exento de responsabilidad por virtud de la concurrencia de un error, que, no obstante ser de derecho, resulta admisible con tal efecto según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 16 de marzo de 1892 y 28 de noviembre de 1906, entre otras), cuando el error o desconocimiento, como ocurre en este caso, recaiga sobre una ley no penal". (33).

Por consiguiente, el hecho en cuestión será reprimido tan sólo cuando el acreedor prendario enajene la cosa a sabiendas del carácter antijurídico de su conducta, sin que obste a la punibilidad de ésta la devolución al deudor del saldo no compensado con el crédito insoluto. Al ocuparse de la culpabilidad en el delito de apropiación indebida, añade Ferrer Sama, que es elemento del dolo en dicha figura la conciencia de que se obra ilegítimamente al apropiarse de la cosa objeto de la prenda (34).

De lo dicho se infiere que el deudor prendario tiene derecho a la restitución con independencia del cumplimiento o no por su parte de la

(33) Antonio Ferrer Sama, "El delito de apropiación indebida", p. 23.

(34) Vid. Ferrer Sama, ob. cit. p. 59.

obligación principal. Puede el acreedor en este último caso pedir se venda la prenda, forzándose a ello a su propietario por intermedio de los tribunales competentes.

Pues bien, en armonía con este derecho del deudor prendario (acreedor de la prenda), no le es permitido al obligado a la devolución retener la cosa prendada, salvo que la no restitución se fundamente en el derecho que a éste se acuerda, a su vez, en determinadas condiciones, por la pertinente norma civil. Dice el artículo 2396 del Código Civil, en su inciso segundo: "El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia".

Ernesto Ure, al comentar el "derecho legal de retención" que se atribuye al acreedor prendario, expresa que tal facultad se traduce en actos justificados de no devolución (35). Trasladando el argumento de este autor a nuestro régimen penal, tendríamos que la negativa a restituir del que ejerce un derecho legal de retención le colocaría en la causal excluyente de antijuridicidad del N.º 10 del artículo 10 del Código del ramo, que exime de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Discrepamos de este punto de vista, por cuanto, si bien es efectivo que en el evento propuesto el derecho a la restitución es vulnerado, porque la ley así lo permite, el acto de no devolución —por carecer del "animus rem sibi habendi"— no es típico, ya que la figura legal reprime la "apropiación" y no la simple "retención" o "no devolución". Hemos dicho que, a nuestro juicio, el "ánimo de señor y dueño", aunque de índole ciertamente subjetiva, no pertenece a la esfera de la culpabilidad sino que constituye un "elemento subjetivo del tipo".

Se nos ocurre que la cuestión debe resolverse como ausencia de adecuación típica por faltar un elemento subjetivo del tipo; no creemos que se trata de un delito justificado, sino de un hecho atípico. Está claro, nos parece, que aquel que ejerce el derecho de retención legal no entiende obrar "en maître", como si fuera dueño, con la no devolución de la cosa empeñada.

Comprendemos, eso sí, que, por fortuna, la absolución del reo no está entregada a las peripecias de una doctrina tan controvertida como la de los "elementos subjetivos del tipo", ya que, a lo menos, el hecho de quien no devuelve en ejercicio de su derecho legal carece de ilicitud y está justificado.

En todo caso, las dudas que suscite la "exigibilidad" del derecho a la restitución han de ser revisadas en cada oportunidad concreta, sobre la base de las disposiciones de derecho privado que rigen la materia.

Sin embargo, la facultad de "retener" concedida al acreedor prendario no lo autoriza para usar de la prenda, para servirse de ella (artículo 2395 del C. C.). Si pese a tal prohibición (exceptuándose, como se comprende, aquellas restrictas situaciones en que le es permitido) el acree-

(35) Vid. Ure, ob. cit. p. 210.

Admitido que el caso descrito corresponde a una forma de prenda de dinero, procede establecer si el acreedor pignoraticio —según la índole del título— es tenedor o dueño de la cantidad de dinero recibida en caución.

El artículo 2395 del Código Civil chileno, expresa: "El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario".

A su vez, el artículo 2220 del mismo cuerpo legal (ubicado en el título XXXII, relativo al depósito) preceptúa que: "Por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante". "Este permiso podrá a veces presumirse...", añade en su inciso segundo, y en el artículo 2221 se lee, que, en el depósito de dinero (si no es en erca cerrada con las debidas precauciones) "se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda".

Ocorre, no obstante, que el dinero —además de fungible— es cosa consumible; se consume con su empleo. Permitir que se emplee una cosa consumible es permitir consumirla. De ahí que, cuando el artículo 2221 del Código Civil otorga, en el depósito de dinero, derecho a usar de éste (lo reconoce así expresamente el artículo 1.º de la Ley 4694, de 27 de noviembre de 1929), está otorgando al depositario la facultad de disponer de la cosa depositada (*jus abutendi*) que sólo corresponde al propietario.

De lo dicho se infiere que el contrato de prenda irregular, del mismo modo que el depósito irregular, es un título *translativo de dominio* y, por consiguiente, inidóneo para servir de antecedente jurídico del delito de apropiación indebida.

La prenda de dinero (cuando hay autorización expresa o presunta para su empleo, agregaríamos por nuestra parte) presenta la característica de que en ella el acreedor **no es mero tenedor** sino dueño del bien que se le ha dado en garantía, manifiesta el profesor Somarriva en su obra sobre las cauciones (46). Sagarna, asimismo, expresa que "el acreedor pignoraticio, es, al igual que el mutuario y que el depositario irregular, deudor de la suma recibida y no tenedor de la cosa de otro" (47), refiriéndose —como se comprende— a la llamada "prenda irregular".

Parece fuera de duda, entonces, que la sentencia que analizamos estuvo errada en la calificación jurídica de los hechos, aunque no debe concluirse de ello que los contratos relativos a cosas fungibles o consumibles (particularmente tratándose de dinero) carezcan siempre de aptitud para generar el delito de apropiación indebida.

Si el título es *translativo de dominio* hay, ciertamente, que excluir tal hipótesis delictiva, ya que no cabe apropiación de cosa propia. Pero no en toda circunstancia la entrega de una cosa fungible o consumible

(46) Vid. Somarriva, ob. cit. p. 231. Como se verá, al ocuparnos del depósito, nuestra acotación a la cita de este autor no reviste un mero alcance formal. Creemos que no toda prenda de dinero es irregular, como no todo depósito de la misma índole lo es tampoco. Lo que, a nuestro entender, decide la calidad del título, no es la naturaleza consumible de las cosas, sino la facultad concedida (expresa o presuntamente) para usar de ellas, consumiéndolas de este modo.

(47) Vid. Sagarna, ob. cit. p. 127.

presupone un título translaticio de dominio, y no siempre se permite el uso de la cosa cuyo uso la consume.

Será preciso dedicar cuidadosa atención al tema (uno de los más decisivos en la teoría del delito de apropiación indebida); volveremos a encararlo al exponer los problemas que suscita el depósito —materia del siguiente párrafo—, aunque, en verdad, incumbe en una sistemática rigurosa a la revista de la acción de apropiarse o distraer.

La apropiación de cosas fungibles o consumibles sigue inquietando a la doctrina que procura —hasta el momento infructuosamente— superar las ardorosas controversias.

## 2.—DEPOSITO.

El depósito en cuanto título de mera tenencia. — Depósito irregular; examen crítico del artículo 2221 del C. C. — Apropiación indebida de cosas consumibles; exclusión del perjuicio a través de la restitución de una cantidad equivalente. — El depósito en arca cerrada y la teoría de la tenencia penal. — Tenencia del continente y tenencia del contenido. — EN NOTA (59): La violación de la clausura y la “desposesión” en el delito de apropiación indebida. — El depósito necesario. — Estudio del inciso 2º del artículo 470, Nº 1º, del C. P. — La prueba en el depósito y en los demás contratos. — El secuestro. Apropiación indebida del depositario judicial de cosa ajena. — Derecho legal de retención del depositario.

El depósito, aunque mencionado en forma especial en la descripción que hace el Código de la conducta punible, contiene numerosas dificultades que debe afrontar el intérprete.

De los títulos de mera tenencia, idóneos para fundamentar la aparición del delito, podría atribuirse al depósito la calidad de arquetipo o modelo excepcional y no fué por azar que la historia de la figura registre como manifestación primera de su casuística el quebrantamiento de la obligación de devolver inherente a este contrato (48).

El artículo 2211 del Código Civil define este título, diciendo que él existe toda vez que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

Añade el artículo 2212, del mismo cuerpo legal, que el depósito se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario; esta entrega se puede hacer —al decir del artículo 2213— de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite.

Se trata, pues, de un título de mera tenencia a virtud del cual se recibe una cosa con obligación de devolverla.

Suelen distinguirse cuatro tipos de depósito: a) depósito propiamente dicho; b) depósito irregular; c) depósito necesario; y d) secuestro.

(48) Vid. I. I. Thonissen, “Etudes sur l'histoire du Droit Criminel des peuples anciens”, p. 216; y, de este mismo autor, “Le Droit Pénal de la République Athenienne”, p. 307.

El depósito propiamente tal no reviste un gran interés teórico a nuestro objeto, ya que está claro que cometerá apropiación indebida aquél que ha recibido una cosa corporal mueble para que la guarde y la restituya a voluntad del depositante, si invierte su título precario apropiándose de la cosa confiada.

Muy otra es —como se ha anticipado— la situación atinente al llamado depósito irregular, institución construida en nuestra doctrina civil a partir del artículo 2221 del Código del ramo, a que antes aludíamos.

Sabemos que el depósito de dinero (si no es en arca cerrada cuya llave conserva el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura), presenta la particularidad de que se presume que se permite emplearlo, y el depositario es tan sólo obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.

La importancia del punto no puede ser más destacada. Permitir emplear el dinero, que es cosa consumible, es permitir que se consuma, ya que —como se sabe— no puede usarse una cosa consumible de otro modo que consumiéndola. Pero quien consume una cosa dispone de ella, ejerce el *jus abutendi* inherente al propietario; de ello inferimos, tratando igual cuestión respecto de la prenda de dinero, que el título sería en tal evento “translativo de dominio” e incompatible con el presupuesto requerido por el delito de apropiación indebida.

De manera, pues, que esta modalidad anormal del depósito (como aquella forma anómala de la prenda), en cuanto título translativo de dominio que poco difiere del mutuo, no conduce jamás a la figura delictiva que nos preocupa.

Creemos, sin embargo, que de ello no debe colegirse que todo depósito de dinero, con exclusión de la hipótesis del arca cerrada cuya llave tiene el depositante, sea inidóneo para generar dicha figura. No nos parece que deba calificarse de “irregular” todo depósito o prenda de dinero en las condiciones indicadas.

Preciso es detenerse en la materia, ya que, de su solución, depende el modo como encararemos la fundamental pregunta sobre la apropiación de cosas fungibles o consumibles.

Los autores nacionales parecieran distinguir, relativamente al depósito de dinero, tan sólo dos posibilidades:

a) o este dinero se entregó en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, hipótesis homóloga a la del depósito propiamente dicho, ya que hay que restituir la cosa en las mismas condiciones recibidas;

b) o no se entregó en la forma anterior (es decir, sin arca, en arca y sin llave o sin otras precauciones, etc.), caso de “depósito irregular”, en que podrá el depositario hacer uso del dinero con la obligación (meramente civil) de restituir la misma cantidad.

Es cierto que el dinero es cosa fungible y consumible (susceptible de subrogarse por cosas de igual cantidad y calidad y que se consume por el uso), y es cierto, además, que, no mediando el arca cerrada con las precauciones supradichas, a virtud del artículo 2221 del C. C. se presume que se permite usarlo, con obligación de devolver igual cantidad. Pero esta

presunción no es de derecho sino simplemente legal; admite, entonces, prueba en contrario.

Supóngase que se celebra un contrato de depósito entre A y B sobre una suma de dinero, la cual no se entrega en arca cerrada, pactándose empero de manera expresa que por ningún motivo B podrá usar del dinero confiado. Claro es que podría argumentarse que si A no quería que B usara del dinero, bien podía haberse procurado un arca en que guardar convenientemente asegurado el dinero de que se trataba.

La objeción es lógica, pero no es jurídica. Los protagonistas del Derecho pueden ser más o menos sensatos, sin que sus actos dejen de ser por ello perfectamente jurídicos.

En el mundo de los hechos puede suceder que dos personas convengan un depósito sobre dinero, con prohibición expresa al depositario para que use de él, prescindiendo no obstante del "arca cerrada" de marras, aunque sólo sea porque no se les ocurrió. Si tal evento se produjera, no cabe duda, a nuestro entender, que la ley del contrato primaria sobre la presunción simplemente legal, y que estaría prohibido al depositario usar del dinero que se le confió. El depósito no es irregular en un caso similar y, por consiguiente, el título no es tampoco translaticio de dominio sino de mera tenencia.

Si se acepta nuestro predicamento podremos distinguir, a los efectos penales, las siguientes situaciones:

a) el dinero se recibe en arca cerrada cuya llave conserva el depositante, o asegurada por otros medios de precaución que impiden abrirla sin fractura; si el depositante usa del dinero comete delito;

b) no se recibe en las aludidas condiciones de seguridad, pero se prohíbe expresamente en el contrato que el depositario haga uso de él; si, desobedeciendo tal prohibición, lo emplea pese a todo, cabe distinguir nuevamente:

1. — si requerido por el depositante para que devuelva la suma confiada, restituye una cantidad equivalente —no la misma, puesto que se gastó—, no comete delito, pero no porque el título sea inidóneo (translaticio de dominio), sino porque nadie podría sostener que hubo perjuicio, elemento requerido por el delito de apropiación indebida;

2. — no devuelve igual cantidad: comete delito de apropiación indebida, ya que —aunque consumible— la cosa no fué entregada bajo su aspecto consumible; se le prohibió usar de ella, de modo que su condición era la de tenedor de una cosa ajena, reuniéndose los extremos del delito (apropiación y perjuicio);

c) no se recibe en las precitadas condiciones de seguridad y no hay tampoco prohibición expresa de hacer uso del dinero objeto de la obligación de devolver; opera, entonces, la presunción del artículo 2221 del C. C., en cuya virtud se entiende (aunque nada se dijo en el contrato) que se otorgó al depositario la facultad de usar del dinero y, pese a que no se devuelva, ese hecho no constituye delito, ya que el título era translaticio de dominio y el dinero que el depositario usó le pertenecía; la cosa consumible se recibió como consumible, con autorización para usarla, o, lo que es lo mismo, para disponer de ella.

Dijimos que no comete delito el depositario que dispuso del dinero, cuyo uso le estaba vedado por prohibición expresa contenida en el contrato, si devuelve igual cantidad al ser requerido por el depositante. Fundamos nuestro aserto en la circunstancia de que, pese a haber existido "apropiación indebida" de una cosa mueble ajena de que era mero tenedor, faltó el elemento perjuicio requerido por la figura descrita en el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal.

Si bien dicho dinero no fué recibido como consumible, al depositante le era indiferente recibir estos billetes determinados y no aquéllos. Si ello no fuera así, si se trataba de cosas que, además de no hallarse autorizada su consumición, no eran susceptibles de reemplazarse por el equivalente (monedas confiadas con fines relativos a la numismática, por ejemplo), obvia decir que la no devolución de las cosas determinadas que se entregaron con prohibición de usar, constituye apropiación indebida.

De modo entonces que no es exacto creer que el "objeto material" decide la posibilidad del delito de apropiación indebida. La cuestión debe resolverse en cada caso atendiendo al título, según que éste conduzca al dominio o a la mera tenencia, sin perjuicio de investigar después si se trata de la tenencia "penal" que autoriza la aparición de la figura. (No toda tenencia, en sentido civil, es presupuesto material del "abuso de confianza", precisándose aquella que se ejerce más allá de las esferas potestativas de custodia, vigilancia y actividad del derecho-habiente).

El depósito irregular y la prenda irregular (entendidos en su auténtico sentido) no sirven, pues, para generar la infracción en examen, por consistir en títulos translaticios de dominio.

Un interesante fallo de nuestra Corte Suprema, de 11 de enero de 1951, resolvió que cuando la cosa mueble a que se refiere el N.º 1.º del artículo 470 del Código Penal, es fungible, la apropiación no puede verificarse sino por la negativa de restituir el equivalente (49). De lo que antes sostuviéramos se desprende que esta conclusión es sólo en parte verdadera.

Si la cosa normalmente fungible es recibida con una individualización que —por razones más o menos variadas— exige el ser restituida ella misma, no siendo, por tanto, indiferente al depositante que se la reemplace por un equivalente, toda devolución que no consista en la precisa cosa entregada será insuficiente para inhibir la aparición del delito. Por otra parte, si a la condición de fungible se une la de consumible, y la cosa fué entregada con autorización expresa o presunta para usar de ella (es decir, se la entregó como consumible), la negativa a restituirla en igual cantidad y calidad no es constitutiva de delito.

Ahora bien, al referirnos al depósito de dinero en arca cerrada, soslayamos conscientemente la calificación del delito cometido por quien extrae el dinero del bulto cerrado que se le confiara y dispone de él. En otras palabras, afirmamos que realizó un hecho punible el depositario que se apropia del dinero que se le entregara en arca cerrada con las debidas

(49) Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1951, 2ª parte, secc. 4ª, p: 15.

precauciones; corresponde ahora decidir la índole de este delito, que se extiende a todo caso en que el objeto se hallaba en caja o envoltorio cerrado.

El concepto penal de tenencia, que autoriza la procedencia del delito de apropiación indebida, importa todo poder de hecho no usurpado (detención legítima), ejercido por el agente fuera de la órbita de custodia y actividad del derecho habiente. Para que la apropiación no consista en una verdadera "contractatio" — incompatible con la figura delictiva que nos preocupa —, se precisa que el sujeto activo maneje las cosas "con un grado de autonomía expresamente concedido" (50).

En otros términos, la subsistencia del control del propietario u otra persona con derecho — ya sea en la forma de una directa custodia "visual", o bien en modo indirecto, como ocurre cuando la vigilancia se realiza a través de representantes o empleando medios "físicos" de tutela de la cosa — basta para convertir el hecho del agente en sustracción y, por ende, el delito en hurto y no en apropiación indebida.

Lo anterior explica que la mayoría de los autores (51), al ocuparse de la apropiación por el depositario de cosas recibidas en arca o bulto cerrados, entienda que en la hipótesis aludida se incurre en un robo (hurto con fuerza en las cosas) y no en apropiación indebida, ya que el depositario no ejerce poder autónomo alguno sobre el dinero u otro objeto encerrado, manteniéndose la custodia del depositante a través de un medio físico que impide el acceso al objeto de que se trata.

Carrara, separándose en ello de la jurisprudencia de su época, formuló reparos de admirable sagacidad a semejante criterio.

En opinión del genial jurista de Pisa, no cabe hablar de "furto" dado que hubo entrega espontánea de la cosa y el eventual distingo entre una entrega del continente que no es entrega del contenido lo motejó de excesivamente sutil. En seguida, le pareció disparatado que hubiera que penar con mayor severidad a aquel que roba uno de los objetos contenidos en la caja que al sujeto que procedió a apropiarse de toda la caja (52).

Con razón, a nuestro entender, Carrara ha sido refutado por los investigadores modernos en esta materia. Así, Ure — aludiendo al último de los argumentos expuestos por aquel penalista — manifiesta que la ley penal tiene más en cuenta la entidad de la acción criminosa que la del daño económico experimentado por la víctima (53). Agrega, en muy elocuente nota, que aquel que "subtrae un farol de automóvil, adherido a éste, cometerá robo, mientras el que subtrae el automóvil íntegro, sin fuerza ni violencia, cometerá hurto" (54).

A su vez, Biagio Petrocelli reivindica la validez del distingo entre tenencia del continente y tenencia del contenido (55). "Si la distinción

(50) Soler, "Derecho Penal Argentino", t. IV, p. 414.

(51) Vid. Saillard, "De l'abus de confiance"; Chauveau Adolphe y Hélie Faustin "Théorie du Code Pénal"; Petrocelli, Ure, obras citadas, etc.

(52) Carrara, "Programa del Curso de Derecho Criminal", parágrafo 2291.

(53) Vid. Ure, ob. cit. p. 244.

(54) Ure, ob. cit. p. 244, nota 3.

(55) Como se comprende Petrocelli usa la voz "possesso" ("del continente o del contenido").



puede conceptual y jurídicamente configurarse, no será su carácter sutil el que podrá servir para eliminarla. Innumerables son en el derecho las distinciones fijadas sobre una línea demarcatoria apenas perceptible, y que son, no obstante, el núcleo de consecuencias de gran relieve" (56).

En suma, si el depositario abre el envoltorio apoderándose de la cosa en él contenida, el delito que se comete es hurto (o robo, según los casos), ya que no gozaba el sujeto activo de aquel poder autónomo (tenencia, no simple **preensión**) que sirve de presupuesto a la apropiación indebida. Al cerrar la caja y llevarse la llave, el depositante mantuvo la **vigilancia** del contenido inhibiendo el "Gewahrsam" (custodia) en el agente, de que habla Von Litz como elemento diferencial entre la "Unterschlagung" (apropiación indebida) y el hurto (57) y que entiende como un efectivo señorío de la voluntad sobre la cosa, con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otro poder (58).

Sin embargo, por curiosa paradoja, en el caso que el depositario realice un acto de disposición de la caja cerrada, sin abrirla, vendiéndola a un tercero tal cual le fuera entregada, comete **apropiación indebida**, dado que sí era tenedor del continente, de la caja en su conjunto, y ejercía un poder autónomo sobre ella. Lo mismo ocurre si se niega a restituir la caja cerrada, reteniéndola con ánimo de señor y dueño (59).

El **depósito necesario**, a que se refieren los artículos 2236 y siguientes del Código Civil, es aquel en que el depositante no está en condiciones de elegir voluntariamente al depositario, como es el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante.

A esta variante se aplican las mismas reglas que al depósito voluntario; sin embargo, el artículo 2237 del C. C., que declara admisible toda especie de prueba acerca del depósito necesario, nos franquea la posibilidad de dar ubicación sistemática a los problemas sugeridos por el inciso

(56) Petrocelli, ob. cit. p. 219, nota 317.

(57) Vid. Von Litz, ob. cit. p. 225.

(58) Vid. Ferrer Sama, ob. cit. p. 16.

(59) No debe concluirse de lo dicho que toda vez que se abre el envoltorio sea hurto el delito cometido por el agente. En efecto, es preciso distinguir la época en que se produce la violación de la clausura.

Si el custodio, sin el propósito de apropiarse del continente, se limita a abrirlo para extraer su contenido y apropiarse de éste, el delito que se comete es *hurto* del contenido, como más arriba se explicara. Empero, puede suceder que, antes de la apertura del bulto, el depositario se hubiera *apropiado indebidamente* de la caja cerrada. Imagínese que el depositario, requerido para devolverla, se niega a ello con ánimo de señor y dueño, ya que se había propuesto venderla cerrada a un tercero. Al no hallar comprador procede a abrir el envoltorio, apoderándose del contenido.

Como se ve, en este caso la disposición del contenido es posterior a la apropiación indebida de la caja; se realizó aquella acción cuando este delito estaba consumado. Ure (ob. cit. p. 249) dice que el depositante "había perdido la *tenencia* del todo merced a la anterior apropiación", con lo que no explica nada, según nos parece.

En efecto, cuando Petrocelli utiliza un argumento similar (ob. cit. p. 221, nota 317), éste se justifica plenamente en el derecho italiano, dado que en esa legislación se afirma una muy amplia idea de posesión y el "poder autónomo" que conserva el depositante a través de la *vigilancia* (arca cerrada) se llama "posesión" y no "tenencia penal".

Como el hurto es *desposesión*, no cabe duda que, si la *posesión* ya se había perdido como consecuencia de la *anterior apropiación*, desaparece la posibilidad de hurto.

El jurista italiano manifiesta que la *custodia* (vigilancia) del propietario exige, para subsistir, la permanencia de la posibilidad de hacer valer y actuar la propia voluntad en relación con la cosa; la posibilidad de retomar la posesión cuando se quiera. Desapareciendo

2.º del artículo 470, N.º 1.º, del C. P., que, aunque de alcance "procesal", fué incorporado por nuestro legislador al precepto que define el delito de apropiación indebida.

En la sesión N.º 100 de la Comisión Redactora se consagró en el texto un calamitoso añadido sobre la prueba del depósito, tan inoportuno como inútil.

Como es sabido, establece el artículo 2217 del Código Civil que cuando el depósito excede de 200 pesos y no consta por escrito, debe creerse al depositario tanto sobre el hecho del depósito como sobre su monto.

Pues bien, ello importa una fundamental diferencia entre el depósito voluntario y el necesario en orden a la prueba; al decir de Luis Claro Solar, "uno no acepta la prueba testimonial y el otro las acepta todas" (60). Pese a la redacción tortuosa del precepto, remitirse a lo que diga el depositario no es otra cosa que excluir (relativamente a un depósito voluntario por más de 200 pesos) toda prueba que no sea la instrumental o la confesión; en último término, para los efectos prácticos, es la repulsa de la prueba testimonial sobre tal depósito.

A su vez, el artículo 128 del Código de Comercio declara que se admite prueba de testigos en toda clase de obligaciones y contratos mercantiles, sin limitaciones relativas al monto, de donde resulta aplicable la precitada restricción probatoria tan sólo al depósito voluntario civil.

De manera entonces que cuando nuestra Comisión Redactora, a la norma "calcada" de la ley española (según la gráfica expresión de Robustiano Vera) (61), agregó un inciso en que se establecía que: "En cuanto a la prueba del depósito, en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone", pretendía evitar

al posibilidad se pierde la *posesión* y, pérdida ésta, no puede verificarse la misma pérdida por segunda vez.

En otras palabras, así como el ladrón, que hurta una caja cerrada, no comete un *nuevo hurto* cuando abre el envoltorio (dado que el sujeto pasivo ha perdido la *posesión* de continente y contenido con el "primer" y único hurto); así, el depositante pierde la *posesión* de continente y contenido con el acto de *apropiación indebida* del depositario y, por consiguiente, no hay una segunda violación de la posesión (*desposesión-hurto*) con la apertura del envoltorio por el agente de la apropiación indebida. No es, pues, la pérdida de toda tenencia sino de toda posesión, lo que inhibe la aparición del "nuevo" delito, de la nueva desposesión.

Ahora bien, la posesión de una persona subsiste mientras un tercero no se constituya en poseedor de la misma cosa, de donde se sigue que, si el sujeto activo de apropiación indebida, al invertir su tenencia, deviene poseedor, el sujeto pasivo de la misma ha sido ya desposeído y no podrá serlo nuevamente a través del "hurto del contenido".

Es claro que la ficción del artículo 730 del Código Civil que niega la validez del cambio de ánimo del tenedor, pareciera negar la calidad de *poseedor* a éste, una vez verificada la apropiación. Estamos persuadidos que, como dice Alessandri ("Derecho Civil", Bienes, 156), "el cambio de este ánimo no lo acepta la ley, porque equivaldría a autorizar la *usurpación y el despojo*". Se trata, a nuestro juicio, de una *sanción* en el orden civil, paralela a la sanción penal del artículo 470, N.º 1.º. Se desconoce validez jurídica, calidad de posesión "ad *supplicacionem*" (con aptitud para ganar el dominio por prescripción), a esta tenencia con ánimo de señor y dueño que es, indiscutiblemente, posesión en el hecho. ¿Puede alguien pretender que se es un mero tenedor "a nombre del dueño" cuando al corpus se une el "animus rem sibi habendi"? En el hecho se trata de un *poseedor*, y también en el hecho dejó de serlo el anterior poseedor, de manera que no cabe hablar de nueva *desposesión* a través del "hurto del contenido". El sujeto pasivo del delito de apropiación indebida, perdió la posesión (en el hecho) con el acto del agente, y al disponer éste del contenido de la caja no lo desposeyó que aquél había dejado de ser poseedor.

(60) Claro Solar, ob. cit. p. 347.

(61) R. Vera, "Código Penal de la República de Chile", p. 48.

que se justificara la existencia de un depósito empleando la acción criminal, aún en los casos en que la ley civil "prohíbe toda investigación".

Empero, con razón anota Alejandro Fuensalida que la innovación que comentamos conduce a un contrasentido. La ley civil (artículos 1710, 1711, etc., del C. C.) establece el principio general —no reducido al depósito— de no admitirse pruebas testimoniales al que demanda una cosa que vale más de 200 pesos.

Consecuencialmente, advierte Fuensalida, podría sospecharse que en el ánimo de la Comisión Redactora estuvo (al aludir tan sólo al depósito) la opinión de que en los demás contratos debe admitirse la prueba testimonial para probar la "estafa" (62). Es claro que no puede aceptarse un criterio similar, dado que "en todos los contratos en que la ley civil prohíbe la prueba de testigos, no puede tampoco invocarse en causa criminal, sino las condiciones impuestas por la ley civil" (63).

El delito de apropiación indebida resulta indemostrable si no se prueba previamente la existencia de un título idóneo, no translativo de dominio. Dice Irureta Goyena: "Si el legislador desconfía de la eficacia de la prueba testimonial para probar la existencia de una convención, cuando ésta se halla destinada a surtir efectos civiles, ¿cómo no ha de primar la misma reserva tratándose de convenciones que van a tener consecuencias penales?" (64).

Afirma finalmente Fuensalida que "mejor habría sido no agregar este inciso y dejar que rigieran los principios generales de la penalidad que están conformes con la disposición agregada" (65).

El artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales resuelve cualquier duda que pudiera promoverse, al expresar en su inciso primero: "Si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley estime para definir el delito que se persigue... el juez del crimen se pronunciará sobre tal hecho", añadiendo en el inciso final: "En todo caso, la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del derecho civil".

Sólo resta decir, en lo que afecta al depósito necesario o "miserable", que, si bien en algunas legislaciones (66) se atribuye calidad de agravante a la circunstancia de tratarse de esa clase de depósito, nuestra Comisión Redactora, con criterio muy atinado a nuestro entender, suprimió dicha agravante (que existía en el inciso final del artículo 452 del Código español de 1848), "por ser ésta una de las circunstancias generales que agravan todo delito" (67).

En cuanto al secuestro, definido en el artículo 2249 del Código Civil, existe toda vez que dos o más personas que están litigando sobre una

(62) Fuensalida, "Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno", p. 224.

(63) Id. id.

(64) Irureta Goyena, ob. cit. p. 76.

(65) Fuensalida, ob. cit. p. 224.

(66) Vgr. códigos uruguayo, guatemalteco, italiano, etc.

(67) Vid. Actas de la Comisión Redactora, Sesión N° 100.

cosa, la entregan a un tercero, para que éste la restituya a quien obtenga sentencia favorable en el pleito.

Esta forma de depósito, susceptible de clasificarse en convencional y judicial, no plantea mayores dificultades respecto del delito de apropiación indebida. Al ocuparnos, en alguna oportunidad anterior, de los conflictos de interpretación relativos al sujeto activo de este delito, hemos advertido que, aunque en la mayoría de los países la apropiación del depositario judicial es considerada como una modalidad del peculado, en nuestro país la Comisión Redactora de modo expreso remitió tales acciones a los "fraudes comunes", es decir —tratándose de cosas ajenas—, al artículo 470, N.º 1.º, que tipifica la apropiación indebida.

De ahí que una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 27 de octubre de 1938, resolviera que constituye "estafa" (artículo 470, N.º 1.º), el hecho de que el depositario judicial se apropie de las especies retenidas en su poder. Mientras exista orden judicial de retención de las especies en poder del depositario —añadía el Ministro Vallejos Garcés—, "éste no podía disponer de ellas, puesto que no las tenía en su dominio sino bajo mera tenencia" (68).

En suma, la apropiación del secuestro en nada difiere (para los efectos de la figura delictiva en examen) de la que se realiza por el depositario voluntario o común (69).

Para terminar, digamos que la "exigibilidad" del derecho a la restitución aparece legítimamente restringida en el depósito, por la vía del derecho de retención contemplado en el artículo 2234 del Código Civil, la vigencia de la cual facultad legal habrá de examinar el juez, en cada caso de eventual apropiación indebida por retención.

### 3.—MANDATO.

Noción preliminar. — Mandato civil y mercantil; general y especial. — Apropiación indebida del comisionista. — Defraudación causada por medio de cuentas falsas; revista de los N.ºs 3º y 4º del artículo 469 del C. P. Engaño en la estafa y en la apropiación indebida. — Selección del precepto aplicable. — Examen del N.º 2º del artículo 470 del Código Penal. La venta de cosa ajena y la apropiación indebida del capitán de buque. — Debate sobre el "derecho" a usar del dinero confiado. Los artículos 2153 y 2156 del C. C. El perjuicio en la malversación de caudales públicos y las obligaciones de género. — El derecho a la restitución o al uso determinado como bien jurídico protegido; mero incumplimiento de la gestión encomendada. — Apropiación del dinero recibido para comprar o para efectuar un pago. — Apropiación indebida en las colectas de beneficencia. — Apropiación

(68) Gaceta de 1938, t. II, p. 342, sent. N.º 78.

(69) Sobre jurisprudencia nacional de apropiación indebida del depositario, puede verse: Gaceta de 1903, t. I, sent. 788, juzgado de Tocopilla, 30 de marzo de 1903; Gaceta de 1905, t. I, p. 131, sent. 57, juzgado de Valparaíso, 24 de diciembre de 1904; Gaceta de 1908, t. I, p. 433, sent. 295, juzgado de Arica, 7 de abril de 1908; Gaceta de 1933, t. II, p. 410; sent. 120, juzgado de Coronel, 28 de febrero de 1933; etc.

ción del mandatario general. Los administradores de bienes ajenos como agentes de la conducta incriminada. Facultad para percibir e invertir dinero por cuenta del mandante. — Determinación del saldo que deba restituirse. El problema de la rendición de cuentas. Negativa del mandatario a rendir cuentas. — Cuestiones perjudiciales civiles y competencia del juez del crimen. Significado procesal de las cuentas. — El derecho de retención atribuido al mandatario.

Si se tiene presente que nuestro trabajo es de derecho penal y que las informaciones puramente civiles o mercantiles son manejadas en la medida estricta en que sirven a la dilucidación del tema que nos preocupa, se comprenderá que prescindamos de la vasta teoría del mandato y de la representación, como asimismo de la exégesis ordenada de los preceptos que, en el ámbito del derecho privado, reglan dichas instituciones.

El tipo legal, aunque no se sirve de la locución "mandato", incluye en el enunciado ejemplar de títulos idóneos la "comisión" y la "administración". Reviste interés para nosotros aquel contrato, en cuanto — como anota Ferrer Sama — es frecuente que, a consecuencia de la realización del mandato, tenga en su poder el mandatario dinero u otros objetos de pertenencia del mandante (70).

El artículo 2116 del Código Civil define el mandato diciendo que es un contrato "en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Entre las numerosas clasificaciones que se han formulado para este título, detengámonos en aquella que, atendiendo a la índole de los negocios para los cuales se celebra, distingue entre mandato civil y comercial.

Bien se puede prescindir de la imperfecta construcción del artículo 233 del Código de Comercio, que añade elementos ajenos a la estructura esencial del contrato; baste para denotar la fisonomía del mandato comercial que incorporemos a la definición del Código Civil la idea de "mercantiles" para los negocios encomendados. "La comerciabilidad del mandato — se lee en apuntes de clase del profesor Varela — la da... el carácter mercantil que el acto tenga para el mandante" (71).

Ahora, el mandato puede ser general o especial; es general si no se detallan los actos para los cuales se confiere, y especial cuando se determinan los negocios que se cometen al mandante. El mandato especial mercantil se llama comisión.

La apropiación indebida del comisionista, como de todo mandatario, está comprendida en la descripción del artículo 470. N.º 1.º, del Código Penal. Sin embargo, surge una duda justificada al respecto, dado que el N.º 3.º del artículo 469, del mismo cuerpo de leyes, sanciona a los comisionistas "que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho".

(70) Vid. Ferrer Sama, ob. cit. p. 32.

(71) R. Varela, "Apuntes de sus clases de Derecho Comercial", p. 86.

La selección para cada caso concreto del precepto que haya de reprimir la infidelidad del comisionista no contiene un sólo interés teórico; mientras el artículo 470 del Código Penal indica que "las penas del artículo 467 se aplicarán también..." a las hipótesis previstas en sus diversos números (el primero de los cuales describe la figura de "apropiación indebida"), el 469 dispone que "se impondrá respectivamente el **máximo** de las penas señaladas en el artículo 467..."; a quienes se coloquen en alguna de las situaciones que enumera.

Como se sabe, a los incisos 1.º, 2.º y 5.º del artículo 469, que se extrajeron del Código español, el legislador chileno agregó los números 3.º y 4.º, concordantes respectivamente con los artículos 280 y 913 del Código de Comercio.

Aún a riesgo de fatigar con la transcripción de preceptos, forzoso resulta examinar tales disposiciones de la ley mercantil, puesto que, excepción hecha del inciso 7.º, del artículo 173, del Código Penal argentino (el cual está poderosamente influido por nuestro derecho), las figuras de los números 3.º y 4.º del artículo 469 son únicas en el mundo, creadas por el legislador chileno, y se mueven en parte dentro del margen de vigencia del delito de "apropiación indebida".

Dice el artículo 280 del Código de Comercio: "Las cuentas que rindiere el comisionista deberán concordar con los asientos de sus libros.

"Si no estuvieren conformes con ellos, el comisionista será castigado como reo de hurto **con falsedad**.

"En la misma pena incurrirá el comisionista que altere en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponga gastos o exagere los que hubiere hecho".

Al discutirse en la Comisión Redactora la creación de una norma penal que sancione la infracción a este artículo, sostuvo el ilustre jurista José Clemente Fabres que, "si se castiga el hecho sólo de la presentación de una cuenta falsa o con precios adulterados, aún cuando no alcance a defraudarse a nadie, igual delito existiría en muchas de las acciones que se hacen valer en juicio y que al fin resultan infundadas. El acto criminal, en su concepto, nace de la defraudación que se causa con la cuenta falsa, no de su sola presentación **a que no sigue el pago**" (72).

Aceptado tal criterio, se acordó redactar la descripción del hecho punible diciendo, "el comisionista que **cometiere defraudaciones**, alterando..., etc."; de manera, "que sólo se comprenda el caso en que haya llegado a percibirse el valor de la cuenta falsa o adulterada" (73).

Como se puede advertir fácilmente, del empleo por José Clemente Fabres de la locución "a que no sigue el pago", los miembros de la Comisión Redactora encaraban esta figura delictiva a partir del supuesto que el comisionista ha actuado en la gestión encomendada anticipando de su propio peculio los fondos necesarios, de manera que, al liquidar las cuentas suponiendo o exagerando los gastos, se está sirviendo de un **engaño** para hacerse entre-

(72) Actas de la Comisión Redactora, Sesión N.º 100.

(73) Id. Id.

gar por el comitente una suma mayor que la efectivamente debida por éste. Se trata de una hipótesis más de la numerosa casuística en que se diluye la idea de estafa en nuestro Código.

Es bien sabido que el comitente está obligado a restituir al comisionista los anticipos que éste haya hecho en dinero o en especie, además de los intereses corrientes; para usar de este derecho —prescribe el inciso 2.º del artículo 274 del Código de Comercio—, debe el comisionista presentar su cuenta con los documentos que la justifiquen.

De manera entonces que, así como nuestro Código Penal castiga la estafa cometida por medio de nombre fingido, de pesos o medidas falsas, etc., reprime también la que se realiza por medio de cuentas falsas. “De las actas de la Comisión Redactora y de la letra de la ley —expresa el profesor Del Río— se deduce que el delito no queda perpetrado por el hecho de prepararse y presentarse una cuenta falsa o adulterada, porque el acto criminal nace de la defraudación que se causa con la cuenta y no de una presentación de la misma no seguida de pago” (74).

Las cuentas adulteradas son el medio engañoso de que se sirve el agente para obtener la entrega de bienes ajenos (estafa), ya que la presentación de ellas aspira a “ser seguida” del pago por el comitente de los falsos anticipos, supuestamente invertidos en el cumplimiento del mandato.

Surge, sin embargo, una pregunta cardinal, referida a la eventualidad de que se superpongan las figuras de “defraudación del comisionista por medio de cuentas falsas” y “apropiación indebida” (artículo 470, N.º 1º).

En efecto, puede muy bien ocurrir que el comitente haya adelantado los fondos al comisionista y que la presentación de las cuentas deformadas tienda a ocultar dicha apropiación indebida; en tal caso, la falsedad de las cuentas no estará dirigida a obtener la entrega, sino a justificar la no devolución.

Si abstraemos los infinitos matices que puedan descubrirse, por excesiva susceptibilidad, en la frase: “cuentas falsas como causa de la defraudación”, es dable restringir el problema a dos preguntas:

1) ¿Es lícito incluir en la voz “defraudación” el delito de apropiación indebida?

2) De ser asertiva la respuesta, la presentación de las cuentas falsas, ¿ocurre con posterioridad a la consumación del delito o es parte integrante de éste?

Un examen atento de la evolución histórica del delito de apropiación indebida permite observar la desmesurada extensión atribuida por la ley española a la idea de estafa, equivalente a lo que fuera el fraude en el derecho francés. Es así como, lo que en Francia se llama “abuso de confianza” (apropiación indebida), perteneció desde el Código de 1810 al concepto de fraude, mientras nuestros legisladores ubicaban aquel delito entre las “estafas y otros engaños” obedeciendo a la tradición hispánica. Esta anomalía fué ya corregida en el Código Penal español de 1944, donde se extrajo la figura de su anterior ubicación para trasplantarla a un para-

(74) Del Río, “Derecho Penal”, III, p. 481. Vid. Ure, ob. cit. p. 282.

grafo nuevo, rotulado con una denominación "ad hoc"; es así como este cuerpo legal, bajo la rúbrica "defraudaciones", comprende cuatro secciones, una de las cuales, la tercera, trata de la "apropiación indebida", en tanto que la sección segunda contiene las "estafas y otros engaños".

Pues bien, es evidente que la voz "defraudación" que emplea nuestro Código no está tomada en el alcance restringido del párrafo 7.º del título noveno, que lleva ese nombre específico, pues el artículo 469, N.º 3.º, que comentamos y cuyo uso de la precitada locución es lo que precisamente nos preocupa, no forma parte del párrafo 8.º, sino del 9.º del mismo título (sobre "estafas y otros engaños"), en el cual párrafo 9.º está comprendido también el delito de apropiación indebida.

De ahí que Raimundo del Río, al trazar los límites del "concepto jurídico general de defraudación", lo entiende producido a través de "engaño... abuso de confianza o incumplimiento" (75).

Fluye de lo expuesto que, a despecho de alguna impropiedad terminológica del legislador, ha de contestarse de modo afirmativo a la primera cuestión planteada más arriba, para concluir de ello que la expresión "defraudación", empleada por el artículo 469, N.º 3.º, del Código Penal, no excluye de suyo la eventualidad de apropiaciones indebidas, y que, para estimar inaplicable el indicado precepto a tales hipótesis, deberá demostrarse que el delito de apropiación indebida no se causa con la presentación de cuentas falsas.

Desde que sostuvimos que, en la comisión, habiendo mediado provisión de fondos, el papel llamado a desempeñar por las cuentas adulteradas es el de **encubrir** el acto de apropiación ejecutado por el comisionista, parecíamos significar que dichas cuentas eran ajenas al delito, posteriores a él.

La verdad es que una cosa importa la acción de apropiarse y otra el delito de "apropiación indebida". Si es sensato decir que la apropiación indebida precede a las cuentas (que vienen a disimular el acto ya realizado), no resulta de ello que el delito acabe necesariamente en la acción típica aludida.

Como se desprende de lo que expusieramos a propósito del "depósito irregular", cuando alguien recibe dinero —sin hallarse facultado para usar de él— puede apropiárselo de dos maneras:

- a) usando de esos fondos que, en cuanto cosas consumibles, se consumirán con el uso;
- b) sin usarlos, pero negándose a restituirlos.

Pero, aunque se hayan consumido por el uso, su calidad de fungibles permite la restitución de una cantidad equivalente (sin que interese el que se trate de otros billetes en su materialidad), de suerte que, en tal evento, no podrá alegar el sujeto pasivo la existencia de perjuicio.

En definitiva, entonces, la "apropiación indebida" de cosas fungibles (prescindiendo de las excepciones que en su oportunidad anotáramos, queda consumada cuando no se restituye igual cantidad de la misma calidad.

(75) Del Río, ob. cit. p. 468.



Conclusión indubitable de lo anterior es que el solo hecho de apropiarse el comisionista de los fondos y la ulterior disimulación de tal acto a través de las cuentas falsas son insuficientes para consumar el delito de apropiación indebida, el que se completa con la no restitución. En efecto, si el comitente objeta la partida adulterada de la cuenta y el comisionista, aceptando la repulsa, se allana a restituir, no comete delito este último, a nuestro entender, por cuanto, aunque hubo apropiación, faltó el perjuicio.

Si, por la inversa, el comitente no advierte la alteración en las cuentas, logrará de ese modo el comisionista su propósito de no restituir, de modo que, en tal sentido, es lícito entender que la apropiación indebida (defraudación) es causada con las cuentas falsas.

Hay una errada concepción del asunto en Pedro Davis, cuando diferencia (en su interesante ensayo sobre el delito de estafa) las figuras delictivas de los artículos 469, N.º 3.º, y 470, N.º 1.º, del Código Penal por la existencia de engaño en la última de ellas (76).

Que la cuenta adulterada es engañosa está fuera de duda; cierto es además que difieren la apropiación indebida y la estafa, en medida importante, por haber en ésta una entrega determinada con artificios, mientras aquella requiere de una recepción lícita a través de un título.

Pero el engaño de la cuenta, cuando ha mediado provisión de fondos del comitente, mal puede estar destinado a obtener la entrega de éstos, puesto que se detentaban desde antes de confeccionarse dicha cuenta, siendo su misión tan sólo disimular el acto criminal ya perpetrado y justificar así la no devolución con que se completa el delito ocasionando el perjuicio. Un engaño de esa índole —“a posteriori”, por así decir— no es incompatible con el delito de apropiación indebida.

De modo, pues, que el comisionista que comete defraudación alterando sus cuentas puede estar, según los casos, realizando una “estafa” o una “apropiación indebida”. Claro está que en el segundo caso no será reprimido el comisionista infiel con las penas de los dos artículos pertinentes (469, N.º 3.º, y 470, N.º 1.º), sino solamente con las de la figura específica. Se trataría de una apropiación indebida agravada por el medio particularmente odioso de perpetración.

Si bien toda apropiación indebida cometida por un comisionista queda comprendida en la fórmula general del artículo 470, N.º 1.º, no será en conformidad a este precepto sino al 469, N.º 3.º, que habrá de sancionársele si se reúnen todas las condiciones que especifican el último de tales tipos de delito.

Del artículo 913 del Código de Comercio nuestro legislador construyó dos figuras en el Código Penal. Así, el artículo 469, N.º 4.º, castiga con “el máximo de las penas señaladas en el artículo 467. . . . A los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquier otro fraude en sus cuentas”. Como es fácil advertir de la simple lectura, se trata de una hipótesis sensiblemente idéntica a la del N.º 3.º del artículo 469, con la diferencia, respecto del sí-

(76) Vid. Pedro Davis, “El delito de estafa”, p. 136.

jeto activo, que no se trata de un comisionista sino de un capitán de buque. Nos remitimos, por consiguiente, a lo ya dicho para dilucidar toda duda sobre la elección de la norma adecuada.

En cuanto al artículo 470, N.º 2.º, que recoge el "resto" de la disposición mercantil mencionada, aplica las penas del artículo 467 a los capitanes de buque, "que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros".

Hay aquí situaciones de muy diversa naturaleza que se enmarcaron conjuntamente por razones tradicionales; algunas de ellas pueden consistir, según los casos, en una forma de apropiación indebida del capitán (como factor del naviero es tenedor de cosas ajenas), mientras otras son del todo extrañas a esta clase de delito.

Nadie podría sostener, por ejemplo, que el capitán realiza una "apropiación indebida" con el hecho de girar letras a cargo del naviero.

Sin embargo, bien puede ocurrir que, al enajenar mercaderías o al vender la nave, lo haga con "ánimo de señor y dueño", disponiendo de dichos bienes como si fueran propios, con lo que arregla su conducta al obrar punible que denominamos "apropiación indebida".

Decidir, en tal evento, cuál sea el precepto aplicable (si el N.º 1.º o el N.º 2.º, del artículo 470, del Código Penal), reviste un exclusivo interés metodológico, ya que la penalidad asignada a ambas hipótesis es la misma.

Así como no toda venta de cosa ajena es punible ("desde que ni aún es reputada nula por la ley..." (77), al decir de la Comisión Redactora), y si lo es la que de la nave hace el capitán sin las formalidades requeridas (artículo 470, N.º 2.º), no toda venta de la nave en dichas condiciones irregulares es apropiación (puesto que lo llamado a hacer del acto de disposición un acto de apropiación es el "ánimus rem sibi habendi") y cuando, excediendo abusivamente sus facultades, realiza la enajenación por cuenta del propietario, sin ánimo de apropiarse, su conducta queda comprendida en la sanción del artículo 470, N.º 2.º y no del 470, N.º 1.º. Por el contrario, cuando la enajenación va acompañada del mencionado elemento subjetivo del tipo, el acto del capitán es apropiación y debe reprimirse, según los principios que rigen el concurso de leyes, por el artículo 470, N.º 1.º, como "apropiación indebida" de un mandatario.

Aclaradas las cuestiones que se suscitan en la periferia del delito de apropiación indebida y relativas al mandato como título de tenencia, procede profundizar la indagación, orientándola esta vez a la genuina problemática de dicho contrato.

Pues bien, es notorio que los objetos que recibe el mandatario pertenecen al mandante y si se hallan en manos de aquél es en calidad de mero tenedor, obligado a devolverlos o a darle un uso determinado, de donde resulta que la apropiación de dichas cosas por el mandatario (con abstracción de las situaciones especiales recién vistas, relativas al comi-

(77) Vid. Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora; Sesión N.º 100.

sionista o al capitán de buque) "haya de calificarse siempre de apropiación indebida y ser castigado penalmente como tal" (78).

Sin embargo, ya Alejandro Fuensalida, insigne jurista, apuntaba una primera dificultad de interpretación: "... pero tratándose del uso del dinero, la estafa no puede consumarse generalmente sino cuando se niegue la devolución o no pueda hacerse por cualquier causa... El motivo es que... se presume el ánimo de permitirlo (el uso) con tal que se devuelva igual cantidad" (79).

La observación de Fuensalida (con independencia de su mayor o menor exactitud) corresponde al núcleo decisivo de la cuestión planteada; hemos insistido a lo largo de este trabajo que no basta la circunstancia de tratarse de cosas consumibles, para que el título sea traslativo de dominio, ya que se precisa, además, la facultad otorgada por el propietario para usar de ellas y consumirlas consecuencialmente. El autor citado entiende que esta facultad se presume existente, lo que nos resulta paradójico.

Ernesto Ure, al ocuparse del mandato, habla también del derecho acordado al mandatario para usar del dinero confiado, y en definitiva remite la solución del problema al ámbito del dolo (80). No nos incumbe verificar la corrección de este aserto en lo que respecta al derecho argentino; tenemos, empero, la certidumbre de poder arribar a conclusión diversa en nuestra ley.

Volvamos al "depósito de dinero", que bien puede servirnos a modo de ejemplo guía para debatir este tema.

El depositario puede recibir el dinero en alguna de las siguientes formas:

a) Con autorización expresa para usar de él; b) sin que nada se exprese en el contrato; c) con prohibición expresa para usarlo; d) en arca cerrada cuya llave conserva el depositante.

Que se trata de un "depósito irregular", título traslativo de dominio, está fuera de duda en la primera hipótesis; se reúnen las dos condiciones que apuntáramos, el "objeto material" es dinero (cosa consumible) y el depositario está facultado para usar de él, ejerciendo el *ius abutendi* inherente al dominio.

Con respecto a la segunda de dichas hipótesis, forzoso es llegar a idéntica conclusión, ya que permanece la calidad de consumible de la cosa depositada y el artículo 2221 del Código Civil establece una presunción legal de que se permite su empleo.

Sobre el tercer caso, dijimos oportunamente que, aunque recae sobre dinero, el depósito en tales condiciones no es irregular y el título, por ende, no es traslativo de dominio.

Finalmente, sobre el dinero depositado en arca cerrada, establece el mencionado artículo 2221, que no rige la presunción legal de permitirse su empleo para tal evento. Al decir de Fuensalida, "entonces son manifiestos el ánimo de prohibir el uso del dinero y el abuso de confianza" (81).

(78) Ferrer Sama, ob. cit. p. 33.

(79) Fuensalida, ob. cit. p. 222.

(80) Vid. Ure, ob. cit. p. 271.

(81) Fuensalida, ob. cit. p. 222.

En definitiva, pues, se precisa de una autorización expresa o presunta para usar del dinero, si pretendemos afirmar el carácter traslativo de dominio del título. La autorización presunta en el depósito emana de la ley (artículo 2221).

Ahora bien, ¿ocurre otro tanto en el mandato, cuando es dinero la cosa confiada al mandatario?

Antonio Ferrer Sama resuelve el interrogante de la apropiación en el depósito de dinero de un modo enteramente diverso a nuestros puntos de vista (atendiendo a la solvencia económica del depositario al momento de disponer de la suma ajena), pero, como sea, este autor afirma que la tenencia del mandatario se rige por iguales reglas que la del depositario, lo cual, de ser cierto en nuestra legislación haría obvia toda ulterior pesquisa, por cuanto bastaría remitirse a lo dicho relativamente al depósito. Expresa sobre el particular: "La tenencia de cantidades de dinero por parte del mandatario convierte a éste, por lo que a ellas se refiere en relación con el mandante propietario de las mismas, en depositario, siendo, por tanto, esta relación de depósito una situación jurídica que nace como consecuencia de la de mandato preexistente, pero que una vez surgida ha de regirse por las reglas propias del depósito. Así considerada jurídicamente la situación de hecho, observamos como la responsabilidad del mandatario que dispone de fondos pertenecientes al mandante no difiere de la del depositario que incurre en tal conducta" (82).

Aunque las "simetrías sistemáticas" parecieran recomendar un criterio semejante, la verdad es que no hallamos el menor fundamento en nuestra ley para adoptarlo. Mientras no logremos convencernos de lo contrario, diremos con "Monsieur de la Palisse" que la tenencia del mandatario se rige... por las reglas del mandato.

Procede, entonces, decidir si estas normas particulares del mandato atribuyen al tenedor de los fondos la facultad presunta para usar de ellos. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia; relativamente a las cosas fungibles, como es el dinero, resolvió la Corte Suprema, en sentencia muy conocida, que la simple disposición de la cosa no puede revelar la apropiación, toda vez que la ley en cierto modo autoriza su uso y empleo, como se desprende de los artículos 2221, 2153 y 2156, inciso primero. El artículo 2221 del C. C. ya lo conocemos como aquel que expresamente declara la autorización al depositario para que use del dinero; los restantes preceptos se refieren al mandato (83).

(82) Ferrer Sama, ob. cit. p. 34.

(83) Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XLVIII, 2ª parte, secc. 4ª, p. 15, Corte Suprema, sent. de 11 de enero de 1951. Vid. supra, nota 49.

La circunstancia de mencionarse el art. 2221 del C. C. revela, a nuestro parecer, el contrastado en que incurre esta sentencia; el mismo que reprochábamos con anterioridad al jurista Fuensalida (vid. supra, nota 79). Ciertamente es que del precitado artículo se desprende que "la ley en cierto modo autoriza el uso y empleo" del dinero confiado, y es precisamente por ello que el depósito irregular constituye un título traslativo de dominio y nunca será causa jurídica del delito de apropiación indebida.

También el mutuo importa la entrega de dinero con facultad de emplearlo y de la no restitución del equivalente dimana una mera obligación civil, carente de toda repercusión en lo penal. En el hecho (salvo alguna mínima diferencia que no es del caso apuntar), el depósito irregular y el mutuo son instituciones idénticas; en ambos casos el depositario y el mu-

Dispone el artículo 2153 que: "Las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario aún por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estén contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados, sobre los cuales recaiga el accidente o la fuerza, o que por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad".

Por otra parte, al tenor del artículo 2156, debe el mandatario al mandante "los intereses corrientes de dinero de éste que haya empleado en utilidad propia". "Debe asimismo —añade el inciso segundo— los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que haya sido constituido en mora".

Comencemos el análisis por este último precepto. Se ha sostenido que, si el artículo 2156 atribuye determinados efectos jurídicos al "empleo en utilidad propia" de los dineros confiados, reconoce de manera implícita la facultad del mandatario para tal uso.

No compartimos este aserto; a nuestro entender, la aludida disposición se limita a señalar la **sanción civil** que reporta al mandatario el uso indebido, sin que ello contradiga una eventual **sanción penal**.

En efecto, se lee en un apunte de las lecciones de Derecho Comercial del profesor Correa: "Las prohibiciones... son las mismas que establece el Código Civil. La diferencia está en la sanción por su infracción.

"El Código de Comercio —agrega— es mucho más riguroso que el Código Civil", y cita, acto seguido, el inciso final del artículo 251 de este cuerpo legal para ilustrar su afirmación (84).

No creemos que sea posible, razonablemente, descubrir una autorización presunta para el empleo de los fondos ajenos en usos propios, a través de las palabras de esa norma mercantil. "El comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo —expresa el artículo 251 del Código de Comercio—, los **distrajere** para emplearlos en un negocio propio, abonará al comitente el interés legal desde el día en que hubieren

---

tuario, respectivamente, reciben dinero con facultad de usarlo y se hacen dueño de él; hay tradición y no entrega, y tienen obligación de restituir una cantidad equivalente a la recibida.

Del mismo modo que nadie puede sostener que comete apropiación indebida el mutuario que no paga al mutante, la no restitución del equivalente por el depositario irregular carece de sanción penal.

En suma: 1.—el mutuo, el depósito irregular, la prenda irregular, el cuasiusufructo, y todo otro título translativo de dominio, aunque de él emane la obligación de devolver (la misma cosa, como en el pacto de retroventa, o un equivalente tratándose de cosas consumibles), *no son idóneos para generar el delito de apropiación indebida*;

2.—lo que hace translativo de dominio a un título, cuando son consumibles las cosas que hayan de entregarse, no es la naturaleza consumible de dichas cosas, sino la facultad concedida para usar de ellas;

3.—tratándose de cosas consumibles, cuyo uso no esté permitido, puede, empero, el obligado a la restitución devolver el equivalente, sin que aparezca el delito, por desaparecer de esta suerte el perjuicio que causa la apropiación;

4.—es exacta la conclusión de la sentencia en comento, en cuanto afirma que el delito de apropiación indebida "no puede verificarse sino por la negativa a restituir el equivalente", pero ello no ocurre porque "la ley en cierto modo autoriza el uso y empleo" del dinero, sino, todo al contrario, porque *no lo autoriza* (toda vez que, de autorizarlo, el título deviene translativo de dominio y la aparición del tipo se hace imposible).

(84) "Derecho Comercial" (IV año), apunte tomado en las clases del profesor Rafael Correa por Manuel Vargas V., p. 222.

entrado a su poder dichos fondos, y deberá también indemnizarle los perjuicios resultantes de la falta de cumplimiento del encargo.

"Incurrirá además en las penas del abuso de confianza, y en caso de quiebra será tratado como fallido fraudulento".

La mayor intensidad de la reprobación, problema cuantitativo, no importa que la ley civil faculte y la ley mercantil prohíba al mandatario el uso de los fondos confiados. En ambos textos de derecho privado se sanciona al mandatario que usa, sin hallarse facultado para ello, del dinero que le fuera entregado (85).

Se nos ocurre que, en lógica estricta, un criterio diverso de aquel que propugnamos debiera afirmar la existencia de una "facultad" en el mandatario para no restituir el saldo que de las cuentas resulte en contra suya, sin perjuicio de generarse intereses desde que haya sido constituido en mora. Semejante conclusión disparatada resulta tolerable desde que la imposición de intereses no es entendida como sanción sino como "indicio" de un derecho.

La cuestión se hace más sutil en lo que respecta al tercero de los artículos invocados por la mencionada sentencia.

Si, al tenor del artículo 2153, las monedas confiadas al mandatario (a menos de probarse incontestablemente su identidad por medios inequívocos) perecen para éste aún por caso fortuito, y no para el mandante, cabría sospechar que ello sucede por ser el mandatario dueño de dicho dinero y el título por el que se recibió traslativo de dominio.

Cuando A da en comodato un objeto a B, existe un contrato unilateral en que A es propietario y acreedor de aquel objeto, de modo que, si éste perece por caso fortuito, se extingue la obligación de B de restituirlo, juntamente con el derecho a la restitución del propietario-acreedor.

Del mismo modo en el mandato (sin perjuicio de la eventual remuneración al mandatario que hace bilateral el contrato, pero que es del todo independiente de la obligación de restituir o usar determinadamente y del derecho correlativo), los riesgos de las cosas recibidas por el mandatario pertenecen al mandante en cuanto dueño de ellas, salvo que se trate de especies metálicas.

Pues bien, ¿cómo entender esta excepción? El profesor David Stichkin, en su erudita investigación sobre el mandato (86), estima que esta norma es una simple aplicación de la teoría general de las obligaciones de género, punto de vista que no podemos compartir. La obligación de devolver lo recibido no es una obligación de género, a nuestro juicio, porque no es posible recibir ni ser tenedor de un género. El mandatario no debe indeterminadamente un individuo de un género sino precisamente lo recibido.

(85) La doctrina extranjera no es uniforme a este respecto; mientras Ernesto Ure expresa en su magistral monografía (ob. cit. p. 271) que "La ley autoriza en principio al mandatario y al comisionista a aplicar en provecho propio cantidades de dinero de pertenencia del representado", Ferrer Sama anota que: "Civilmente, la conducta del mandatario que aplica cantidades a usos propios está sancionado por el artículo 1724 del Código, que impone la obligación de abono de intereses desde el día en que lo hizo, a más de la indemnización del perjuicio que pudiera resultar." (ob. cit. p. 33).

(86) D. Stichkin, "El mandato civil", vid. p. 461.

Si A compra a B determinada cantidad de sacos de trigo, obviamente hay una obligación de género y A no puede oponerse a que B enajene o destruya algunos de dichos sacos (pertenecientes a B), mientras subsistan otros para el cumplimiento de lo que debe (artículo 1510 del C. C.).

Muy otra debe ser, sin embargo, la solución en los casos en que el depositario o mandatario reciben una cantidad de dinero del depositante o mandante, con prohibición para que se use en fines propios de aquellos tenedores.

¿Cómo entender que el acreedor no puede oponerse a que se "enajene" o "destruya" la cosa (en la terminología del artículo 1510), si la propia ley, el artículo 251 del Código de Comercio, reclama las penas del **abuso de confianza** para el mandatario que usa a sus propios fines el dinero confiado, sin perjuicio de las sanciones de derecho privado? ¿No prueba ello que tal dinero nada tiene que hacer con el objeto de las obligaciones de género?

Por otra parte, el artículo 235 del Código Penal (ubicado en el párrafo que reprime la malversación de caudales públicos), sanciona en su inciso final al empleado que, aún sin causar **perjuicio** o entorpecimiento en el servicio (si lo causa la pena es mayor) y aunque devuelva el equivalente, **usa indebidamente** de los fondos puestos a su cargo. De modo que su obligación de devolver no es "de género"; si en la apropiación indebida la restitución del equivalente elimina el delito, ello no significa que no hubo apropiación (uso indebido de cosa consumible), sino que obedece a la exigencia expresa de **perjuicio** del artículo 470, N.º 1.º, mientras que en el uso indebido de los caudales, por el empleado público el elemento **perjuicio no es requerido**.

En suma, creemos que el único alcance del artículo 2153, del Código Civil, es el de una excepción al principio general de que el riesgo del cuerpo cierto cuya restitución se deba es siempre a cargo del acreedor. Esta excepción se fundaría, a nuestro entender, en el propósito de evitar un muy cómodo "fraude", ya que la dificultad práctica de identificar las monedas confiadas no permite saber con certidumbre si es verdadera o falsa la aserción del mandatario de que, por caso fortuito, se perdió justamente la moneda que le confiara el mandante y no así las suyas propias. Pero, si en cualquier forma inequívoca logra el mandatario identificar las monedas confiadas y perdidas por caso fortuito, éstas perecen para su dueño, el mandante, acreedor de la obligación de restituir.

De suerte, pues, que tampoco del artículo 2153 puede hallarse (contrariamente a la doctrina sentada por la supradicha sentencia de la Corte Suprema) indicio alguno de que nuestra ley **faculte** al mandatario para emplear en sus propios usos las cosas consumibles o fungibles que se le confiaran.

El desarrollo de modo armónico y unitario de la teoría de la apropiación de cosas consumibles o fungibles, abarcando en forma de sistema los problemas, forzosamente parciales, a que nos enfrenta cada uno de los títulos de tenencia, incumbe a un estudio de la acción de apropiarse o distraer, de alcance más complejo que el que nos hemos propuesto en el presente trabajo.

Con todo, podemos ensayar una síntesis provisional de lo que se ha vislumbrado del asunto en el plano del mandato. Dijimos que éste es un título de mera tenencia, idóneo para generar el delito de apropiación indebida, sin que sea obstáculo para tal efecto la condición fungible o consumible de las cosas que el mandatario recibe a los fines del contrato.

No está facultado el mandatario para aplicar tales cosas (principalmente dinero) a usos propios; por el contrario, su conducta en ese caso acarrea diversas sanciones, civiles (intereses, indemnizaciones) y penales (las penas de la apropiación indebida).

En efecto, el uso de una cosa cuyo uso la consume es un acto de disposición, y el ánimo de restituir el equivalente no excluye el "animus rem sibi habendi" respecto de las precisas cosas confiadas, de las cuales el mandatario era solamente mero detentador, y que —no obstante su calidad de consumibles— usó para sus necesidades propias.

Ahora bien, sabemos que el artículo 2116 del Código Civil, al definir el mandato, señala que el mandatario se hace cargo de los negocios encomendados "por cuenta y riesgo" del mandante; ello significa que se producen en el patrimonio del mandante los efectos de los actos que celebra el mandatario.

De modo que, cuando el comisionista compra el objeto que le señalará el comitente, proveyéndolo de fondos, el dinero de que el mandatario es mero tenedor sale del patrimonio del mandante para ser reemplazado por la cosa adquirida. No es posible, entonces (aunque el comisionista haya actuado a nombre propio), pretender que el comisionista se hace dueño de la cosa comprada, con la sola obligación de transferirla al comitente por acto posterior, surgiendo para éste un simple derecho personal. Por el contrario, subsiste su calidad de tenedor de cosa ajena y si se la apropia comete delito; lo mismo ocurre si se apropia de la suma obtenida en la venta del bien cuya enajenación se le encomendó (87).

De ahí que antes sostuviéramos que el bien jurídico tutelado (objeto jurídico específico del delito) es el derecho a la restitución o al uso determinado.

Pero no todo quebrantamiento de este derecho constituye el delito de apropiación indebida, sino solamente el que se verifica por la vía de la apropiación, de manera que si el comisionista, a quien se entregó una cantidad de dinero para comprar un objeto, no lo compra, restituyéndolo, sin embargo, el dinero a su comitente, viola, es claro, su obligación de usar determinantemente de aquellos fondos, pero no a través de la apropiación (puesto que los devuelve), lo que determinará sólo sanciones civiles. En cuanto al comisionista que gasta el dinero en el fin que se le encomendara, no podrá restituir —como es obvio—, pero sí habrá usado la cosa para el objeto determinado que se le confió, sin quebrantar, por ende, el bien jurídico protegido.

(87) Vid. sobre apropiación indebida del mandatario, Rousselet y Patin ("Précis de Droit Pénal Spécial", p. 454); Ballivián (ob. cit. p. 52); Petrocelli (ob. cit. p. 332); Rodríguez Muñoz (ob. cit. p. 423); Espinoza Valledor y Valenzuela del Río, ("Jurisprudencia del delito de estafa", p. 320); Garraud ("Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français", t. VI, p. 552); Ure (ob. cit. p. 237); etc.



Relativamente al mandatario que recibe orden de comprar un objeto, anticipando él los fondos, está fuera de duda, como anota certeramente Ure, que si este comisionista decide quedarse con el objeto o venderlo a un tercero, no incurre, si así lo hace, en el delito de apropiación indebida, "puesto que nada ha recibido del mandante o comitente, quien sólo tendrá a su alcance los medios que prevé la ley civil para el caso de inejecución de la obligación de hacer" (88).

Comete "estafa", ha decidido reiteradamente nuestra jurisprudencia (aludiendo, es claro, al delito de apropiación indebida), el que se apropia de sumas que ha recibido con la obligación de comprar con ellas determinadas especies, como asimismo el que ejecuta igual acción con mercaderías que ha recibido de un tercero con encargo de venderlas (89).

Puede suceder que los fondos que recibe el mandatario no estén destinados a adquirir objeto alguno para su mandante y, tan sólo, se trate de aplicarlos a un pago a que éste se halla obligado; obvia decir que, en tal caso, la apropiación del mandatario —empleando el dinero para usos personales— viola el derecho al uso determinado o a la restitución en subsidio. Así, se ha fallado que es autor de "estafa" el abogado patrocinante de la libertad bajo fianza de un reo que exige a éste el dinero necesario para cubrir la caución, y luego lo retira, apropiándose; constituye también este delito —resolvió nuestra jurisprudencia— la apropiación de dinero que se recibe con cargo de entregarlo a una persona determinada, o para que efectúe determinados pagos (90).

Irureta Goyena se refiere a una forma original de mandato, aquella que resulta de las colectas de beneficencia o con fines culturales o patrióticos; las personas que reúnen el dinero son mandatarias de los donantes y si se lo apropian incurren en la conducta punible en examen (91).

Frecuentemente el delito es cometido, no ya por un mandatario especial, sino por uno general, dotado de amplios poderes de administración. Un fallo resolvió, por ejemplo, que "comete estafa el gerente de una empresa que se apropia de dineros que están bajo su administración" (92).

No debe desconcertar la índole del título, al efecto de precisar los márgenes de la incriminación por apropiación indebida. Mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es evidente que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete

(88) Ure, ob. cit. p. 268.

(89) Vid. Juzg. de Taltal, sent. de 1º inst., 27 de enero de 1900 (Gaceta de 1900, t. I, p. 867, sent. 924); juzg. de Limache, sent. de 1º inst., 17 de mayo de 1898 (Gac. de 1900, t. I, p. 1354, sent. 1386); juzg. de Valparaíso, sent. de 1º inst., 5 de agosto de 1907 (Gac. de 1908, t. I, p. 87, sent. 46); etc.

(90) Vid. juzg. de Valparaíso, sent. de 1º inst., 30 de septiembre de 1899 (Gac. de 1901, t. I, p. 435, sent. 488); juzg. de Pisagua, sent. 1º inst. de 9 de noviembre de 1901 (Gac. de 1901, t. I, p. 799, sent. 904); juzg. de Concepción, sent. de 1º inst. de 11 de octubre de 1909 (Gac. de 1911, f. I, p. 795, sent. 459); juzg. de Nacimiento, sent. de 1º inst. de 7 de septiembre de 1909 (Gac. de 1909, t. II, p. 622, sent. 1081); etc.

(91) Vid. Irureta Goyena, ob. cit. p. 51.

(92) Vid. juzg. de Valparaíso, sent. de 1º inst. de 1902, (Gac. de 1902, t. I, p. 739, sent. 748); Corte Marcial de la Armada, sent. de 2 de junio de 1950 (Rev. de Derecho y Jurisprudencia de 1951, 2ª parte, secc. IV, p. 1); etc.

apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios (sin perjuicio de estudiarse en cada caso concreto si se trata de falta de aptitud o de apropiación indebida encubierta). Cuando, por el contrario, desvía el administrador a usos propios los dineros confiados estará subvirtiendo su título de mera tenencia, y si no restituye el equivalente (la cual devolución excluye el delito al hacer desaparecer el perjuicio), realizará, ciertamente, un hecho que puede subsumirse en la descripción legal.

Lo que manifestamos a propósito del mandatario administrador es aplicable a cuanta persona administre bienes ajenos (v. gr., guarda legítima o dativa), excepción hecha de aquellos casos en que el título de la tenencia fuera inidóneo, como son los que conducen al delito de malversación de caudales públicos, figura en la cual el elemento "perjuicio" no es requerido, de donde se sigue que la ulterior restitución no borra la punibilidad del mero uso indebido de los fondos.

Ahora bien, la entrega de la cosa (a su vez presupuesto fáctico de la tenencia), consiste muchas veces en la simple facultad concedida por el dueño al delincuente para recoger, por así decir, la tenencia de un tercero. "Es el caso frecuente de quien encomienda el cobro de cuentas, en que no se ha hecho entrega alguna del dinero, sino que se ha facultado al cobrador para percibirlo y darle el destino convenido" (93):

Es autor de estafa —resolvió una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso— el que, después de haber intervenido en una transacción judicial como mandatario de una de las partes, se niega a entregar a su mandante lo que ha recibido en razón de dicha transacción; asimismo, comete el delito en examen —según sentencia del Juzgado de Talca— el sirviente que se apropia del dinero que su patrón le mandó cobrar (94).

De suerte, pues, que cuanto haya recibido el mandatario en razón del mandato pertenece al mandante, hacia el cual debe aquél cumplir su obligación de devolver o de usar determinadamente.

A fin de verificar la corrección y exactitud de la gestión realizada por el mandatario, como asimismo el monto del saldo que deba abonarse al mandante, el artículo 2155 del Código Civil establece que: "El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración", si bien añade en su inciso final: "La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante".

Se acepta que el mandante pueda requerir la rendición de cuentas en cualquier momento, salvo que se haya estipulado que se rinda en épocas fijadas y determinadas (95). Rendida la cuenta, el mandatario debe devolver al mandante el saldo que resulte en favor de éste, el que devenga intereses desde la fecha en que dicho mero detentador se constituye en mora de restituir.

(93) Ure, ob. cit. p. 86.

(94) Vid. juzg. de Talcahuano, sent. de 1<sup>a</sup> inst. de 21 de agosto de 1899 (Gac. de 1900, t. II, p. 284, sent. 3072); juzg. de Talca, sent. de 1<sup>a</sup> inst., de 9 de julio de 1902 (Gac. de 1902, t. II, p. 428, sent. 2064); etc.

(95) Vid. Lorenzo de la Maza, ob. cit. p. 466.

De los principios reiteradamente expuestos en el curso de este trabajo, fluye en modo indubitable que la sola circunstancia de quebrantarse la obligación de rendir cuentas no constituye el delito de apropiación indebida.

Con razón afirma Eusebio Gómez que la negativa del mandatario a rendir cuentas puede constituir este delito, sólo si de tal negativa se deduce el propósito de no entregar (96). En este mismo sentido, decidió un fallo del Juzgado de Taltal que, si se entregan mercaderías en comisión de venta, no constituye estafa el solo hecho de que los comisionistas no rindan cuentas, pues es necesario acreditar que tuvieron el ánimo de apropiarse del producto de las mercaderías vendidas (97).

Mucho se ha debatido en nuestro país el problema inverso, es decir, si para poder apreciar la responsabilidad criminal del mandatario sean precisos, previamente, la rendición y el juzgamiento de las cuentas del mandato; se ha discutido, asimismo, si esa faena de fiscalización incumbe a los tribunales civiles o al magistrado en lo criminal que conoce del presunto delito.

Durante un lapso considerable, nuestra jurisprudencia sostuvo la necesidad de un proceso civil previo de rendición de cuentas. "Si se hace consistir el delito —decidió un fallo del Juzgado de Iquique— en haberse apropiado un comisionista de parte de los valores percibidos en el desempeño de su comisión, no puede considerarse responsable al acusado sin que se establezca previamente por sentencia judicial que retiene indebidamente ese saldo" (98).

Ciertamente discrepamos de la opinión sustentada por Gustavo Espinoza y Guillermo Valenzuela en su estimable monografía (99), en cuanto afirman que la necesidad de la liquidación de las cuentas se fundamenta en la circunstancia de ser el mandatario (tratándose de dinero) deudor de una obligación de género (100).

Sea como fuere, los actos de administración suponen inversión de fondos del mandante y recepción de otros, de suerte que es perfectamente

(96) Vid. Gómez, ob. cit. p. 263.

(97) Juzgado de Taltal, sent. de 1ª inst. de 2 de noviembre de 1900 (Gaceta de 1900, t. II, p. 960, sent. 6519).

(98) Vid. juzg. de Iquique, sent. de 1ª inst., de 23 de abril de 1895 (Gac. de 1900, t. II, p. 1002, sent. 6571).

(99) Vid. Espinoza y Valenzuela, ob. cit. p. 329.

(100) Estamos persuadidos que las cuentas no están destinadas a determinar el monto de una obligación de género, en términos que el mandatario vaya a "sacar" de su propio patrimonio lo que deba al acreedor; ellas pueden servir, eventualmente, para que se decida, tan sólo, lo que debe devolverse al mandante, luego de haberse sumado, a lo entregado de modo directo por dicho mandante, lo *recogido* por el mandatario en razón del mandato, y de haberse restado lo que se gastó a los fines del mismo, de todas las cuales cantidades el mandatario era *mero tenedor*, y si las desvió a usos propios realizó una apropiación punible, de no mediara la restitución del equivalente que elimina el perjuicio.

Pese a lo dicho, frecuentemente la no restitución de ese equivalente será insuficiente para producir la condena, por faltar el elemento *culpabilidad*.

En efecto, si el mandatario empleó el dinero de que era simple detentador en negocios propios, creyendo de buena fe que ello le era permitido a condición de devolver el equivalente, para lo cual contaba en aquella época con solvencia económica bastante, podrá establecerse la ausencia de dolo y, en esta forma, excluirse el delito, según aparezca de las circunstancias concretas del hecho que se juzga.

posible que, a la querrela criminal interpuesta en su contra, responda el mandatario justificando su negativa a devolver en el hecho de que la gestión encomendada irrogó desembolsos superiores a los estimados por el mandante y ofreciendo rendir las cuentas correspondientes.

Sobre este particular resolvió un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de junio de 1902: "Para poder apreciar la responsabilidad criminal del mandatario que distrae los fondos que ha recibido en el desempeño de su cargo, es cuestión previa y de competencia del juez civil resolver, si el acusado lo niega, la existencia de la obligación de rendir cuentas y, declarada esta obligación, discutir contradictoriamente las cuentas que presente, qué parte de los fondos ha empleado en provecho propio y si ha tenido derecho para hacerlo y, por fin, si resulta o no un saldo líquido en su contra" (101). Numerosas sentencias de este mismo tenor registra nuestra jurisprudencia; algunas de ellas son mencionadas en el libro de Santiago Lazo, como asimismo en la Memoria de Prueba de Espinoza y Valenzuela, obra esta última donde se añaden valiosas acotaciones polémicas (102).

Empero, una sensible variación en los fallos se advierte a partir de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Penal, que data —como se sabe— del 1.º de marzo de 1907. Ya al discutirse en la Comisión Redactora de ese cuerpo legal las cuestiones que debían comprenderse entre las perjudiciales civiles que no integran la competencia del juez del crimen, fué rechazada expresamente una indicación tendiente a incluir la rendición de cuentas entre ellas.

Los artículos 20 y siguientes del Código de Procedimiento Penal dieron competencia al juez del crimen para pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones civiles que la ley considera para definir el delito o para atribuir responsabilidad penal al autor del hecho. El precepto pertinente está contenido en la actualidad en el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales.

De ahí que una sentencia de la Corte Suprema, de 5 de mayo de 1917, alterara la doctrina generalmente aceptada hasta entonces, afirmando que la rendición de cuentas "no es cuestión prejudicial civil que paralice el juicio criminal" (103). Entre otras consideraciones alusivas a la historia fidedigna del Código de Procedimiento Penal, este fallo fundamentó su criterio en lo que se establece en el inciso final del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil vigente (a la sazón, artículo 202 del mismo texto legal). Dicha norma señala que: "Las sentencias absolutorias o de sobreseimiento en materia criminal relativas a los tutores, curadores, albaceas, síndicos, depositarios, tesoreros y demás personas que hayan recibido valores u objetos muebles por un título de que nazca obligación de

(101) Vid. Corte de Apelaciones de Santiago, sent. de 25 de junio de 1902 (Gaceta de 1902, t. II, p. 330, sent. 1955). Nótese el buen criterio que hay en este fallo, en orden a hacer residir la existencia del delito en una conducta derivada de la falta de derecho para emplear los fondos en provecho propio.

(102) Vid. Lazo, "Los Códigos Chilenos Anotados. Código Penal...", p. 374; Espinoza y Valenzuela, ob. cit. págs. 345, 339, etc.

(103) Vid. Corte Suprema, sent. de 5 de mayo de 1917 (Gaceta de 1917, t. I, p. 216, sent. 86).

devolverlos, no producirán en ningún caso cosa juzgada en materia civil". Es claro que puede inferirse de esta disposición un reconocimiento implícito de que el proceso criminal no precisa de una revisión previa de las cuentas por la vía civil.

La doctrina correcta sentada por la Excelentísima Corte corresponde, además, a los puntos de vista defendidos por destacados investigadores ante leyes menos categóricas que la nuestra, quienes ponen de relieve los peligros de un "desmembramiento de la justicia" (104).

Sin embargo, la sola circunstancia de admitir la improcedencia de un juicio civil previo no agota todos los alcances del tema, ya que subsiste el interrogante sobre si el juzgamiento de las cuentas ha de ser obligatoriamente encarado por el juez del crimen, o si, por la inversa, le es lícito prescindir de un tal examen.

Descartemos, desde luego, la posibilidad que sugiere una ingeniosa advertencia del penalista argentino González Roura, contra los riesgos de "que se recurra a la jurisdicción criminal a exigir una rendición de cuentas para ver si resulta que se ha cometido defraudación" (105).

La misión del juez penal no consiste en conocer de un "juicio de cuentas", sino en verificar la existencia de un delito que, tratándose de cosas consumibles y fungibles, se lleva a cabo por el uso indebido de ellas, a que sigue la no restitución del equivalente (perjuicio).

No hay duda que el examen de las cuentas puede revestir, eventualmente, un destacado interés para los efectos de la prueba del delito; en ocasiones, habrán sido dichas cuentas un medio de encubrir la precedente apropiación y de excusar, por consiguiente, de modo fraudulento, el hecho de no devolver; en otras, el estudio de sus diversas partidas permitirá establecer la legitimidad del uso que a las cosas diera su tenedor.

Empero, la única conclusión que es razonable inferir de ello estriba en el sentido procesal de la revisión de las cuentas, como parte de la faena general de comprobación del delito que el código del ramo impone al tribunal. "El juez debe investigar, con igual celo —expresa el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal—, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpaos, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen".

En síntesis, según sean las condiciones concretas del "caso" de que se trate, el juez del crimen practicará o no un examen de las cuentas (cuyo resultado no produce, según se ha visto, efectos de cosa juzgada en materia civil), en la medida que lo estime necesario para afirmar o excluir la responsabilidad penal del inculpaado.

En lo que concierne al derecho de retención que la ley atribuye al mandatario (artículo 2162 del C. C.), baste lo dicho a propósito de igual facultad en el examen de los anteriores títulos de tenencia.

(104) Vid. Irureta Goyena, ob. cit. p. 75.

(105) González Roura, "Derecho Penal", III, p. 259.