

APROPIACIÓN INDEBIDA: PARTICIPACIÓN DEL EXTRANETS. SIMULACIÓN DE DELITO: REQUISITOS PARA SU IMPUTACIÓN

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

Palabras clave: apropiación indebida, simulación de delito.

ENUNCIADO

Como quiera que «X» trabajaba en un banco e iba a quedarse solo en la oficina bancaria un determinado día, acordó con su hermano «XY» y con «Z» apoderarse de una cantidad de dinero, para lo cual, como quiera que él trabajaba como cajero de la entidad y tenía acceso al dinero, así como a los dispositivos de apertura de la caja, evitando que fueran captados por las cámaras de seguridad, el día acordado «XY» y «Z» se presentaron en la entidad bancaria y éste les hizo entrega de una cantidad de 30.000 euros. Posteriormente «X» denunció a la Guardia Civil que había sido objeto de un atraco, dando lugar a diligencias policiales y posteriormente a diligencias penales ante el juzgado. Días después se repartieron el dinero.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Apropiación indebida y participación de terceros.
2. Simulación de delito: requisitos e imputación.

SOLUCIÓN

1. Se plantea en este caso que se propone, fundamentalmente, la posición del partícipe en el hecho punible (apropiación indebida) respecto del cual, como ocurre en el supuesto del hecho, sólo puede ser sujeto activo del mismo aquel que se encuentra ligado con el sujeto pasivo por una relación determinada, así como la posible imputación de la simulación de delito a todos los partícipes en el hecho principal o únicamente a uno de ellos.

Respecto del primer tema, debe tenerse en cuenta en primer lugar si concurren los requisitos que integran el delito de apropiación indebida. En este sentido, de acuerdo con nuestra jurisprudencia de la que son ejemplo las Sentencias de 9 de octubre de 2003 y 24 de enero de 2008, ese delito se integra por los siguientes elementos:

- a) Una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Actualmente ampliados a «valores» o «activos patrimoniales».

En relación con el hecho, se observa que «X» es empleado de una entidad bancaria, hallándose al mando de la misma por encontrarse solo. Es además cajero de la entidad, por lo que este requisito concurre en el caso.

- b) Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad).

Evidentemente este elemento también concurre, como se desprende del caso.

- c) Que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno.

Éste es el elemento básico. La ruptura de la confianza o la lealtad debida es el elemento que determina la aplicación del delito al caso, y ello por existir esa quiebra de la confianza de «X», cajero de la entidad bancaria, y que haciendo omisión de sus obligaciones, estando al mando de la entidad en esos momentos, hace suya, en unión de las otras dos personas, una cantidad de dinero existente en la caja. Estamos ante un supuesto flagrante de deslealtad.

- d) Conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno.

La actuación descrita en los hechos revela de forma patente la existencia de este requisito.

Queda determinada la existencia de este delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, visto el comportamiento de «X», único empleado que estaba en la entidad bancaria, y de lo que se aprovechó para realizar las actuaciones conducentes al apoderamiento del dinero, como la apertura de la caja.

El problema es qué grado de participación tienen «XY» y «Z» en ese hecho, ya que nos encontramos ante un delito especial, respecto del que los mencionados son extraños, de forma que no existe en ellos la cualidad que exige el tipo, en la medida en que no tienen esa relación especial con el sujeto pasivo que tiene «X». Y esto es así porque en el delito de apropiación indebida la acción típica de apropiarse, distraer o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente la lleva a cabo aquel que los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, y no las personas que no tienen el objeto del delito (en este caso el dinero) en virtud de alguna de esas relaciones jurídicas, pues el bien jurídico protegido sólo puede quebrarse por el que rompe la confianza depositada. Autor del delito en sentido estricto lo es el que esté vinculado por alguna relación jurídica, y no puede serlo, porque lo impide el principio de legalidad, el que no tenga esa relación con el sujeto pasivo. Es decir, entre los elementos del delito se encuentra la condición subjetiva especial que ha de tener el autor.

El hecho de que «XY» y «Z» no puedan ser considerados autores no impide que puedan ser considerados como partícipes, como cooperadores necesarios o inductores, como sucede con otras figuras delictivas como la prevaricación, en la medida en que ayudan a vulnerar el bien jurídico que se protege, que junto con la confianza, es el derecho de propiedad que puede vulnerar cualquiera.

En el sentido indicado, por tanto, no pueden ser considerados inductores, sino cooperadores necesarios, tanto «XY» como «Z», ya que concurren todos los elementos o requisitos precisos para apreciarlos en este delito, y que el Tribunal Supremo establece. Los dos elementos esenciales de esta modalidad participativa son:

- a) Un elemento subjetivo, integrado por un previo acuerdo o concierto, en el que se planifica la acción, lo que no significa que deba adoptar una forma determinada o que sea concurrente a la acción o se incorpore adhesivamente a ella, pero que implica siempre una tácita aquiescencia a la realización del hecho delictivo.

Ambos, tanto «XY» como «Z», de acuerdo con «X», planean la forma de hacerse con una importante cantidad de dinero.

- b) Un elemento objetivo, que supone una acción efectiva y real de contribución al delito, con actos de ejecución eficaces y trascendentes, no meramente periféricos, siendo imprescindibles, de tal suerte que sin esta actividad difícilmente se hubiera cometido el delito, o en otros términos, si suprimido mentalmente el aporte causal (acto cooperador) el resultado no se hubiera producido.

Así se desprende del texto. Ambos acuden a la sucursal bancaria de acuerdo con lo pactado y recogen la cantidad de dinero, que posteriormente se reparten entre los tres. Concorre en su proceder lo exigido para considerar la cooperación necesaria como existente, es decir, en palabras del Tribunal Supremo: existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se

colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (Ss. de 28 de octubre de 2004 y de 22 de septiembre de 2006).

Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores. En el caso no son cómplices sino cooperadores necesarios, en la medida en que su intervención en el hecho es decisiva para el buen fin del mismo. Se pactó la acción criminal y se desarrolló según lo pactado, y en la idea criminal, la actuación de ambos era esencial.

Por tanto, ambos deben ser considerados como cooperadores necesarios de un delito de apropiación indebida, por aplicación de los artículos 28 y 252 del Código Penal.

2. Respecto de la simulación de delito, la imputación del mismo a todos los integrantes de la apropiación indebida exige ver cuáles son los requisitos que deben concurrir para aplicar el artículo 457 del Código Penal, que lo regula, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. La jurisprudencia señala los siguientes (STS de 23 de diciembre de 2004):

- a) La acción consiste en simular ser víctima o responsable de una infracción penal o denunciar una inexistente ante un funcionario judicial o administrativo; y dicha noticia del hecho que se pone en su conocimiento le obliga a proceder a su averiguación.
- b) Que provoque actuaciones procesales. Se sabe que con la denuncia se van a realizar inicialmente actos de naturaleza policial, y posteriormente judicial, con la apertura de diligencias procesales penales, en averiguación de esos hechos denunciados que resultan inexistentes en realidad.
- c) Se ha de saber que los hechos son falsos, con la voluntad específica de presentarlos como verdaderos aunque no lo son, lo que impide que sea posible la comisión culposa.

Estos elementos se dan sólo en el comportamiento de «X», el cual es sabedor del hecho cometido, incluso aunque los otros cooperadores supieran que iba a realizar una denuncia falsa haciendo constar un atraco, única manera de tratar de esconder el apoderamiento cometido. Únicamente «X» se persona ante la Guardia Civil y denuncia que ha sido objeto de un robo, y aunque hubiera incluso acuerdo respecto de la denuncia posterior por robo, la acción típica la realiza exclusivamente «X», y es en quien concurren los elementos del delito vistos. Sus compinches, «XY» y «Z», sólo intervienen directamente en el apoderamiento, pero no acuden a la policía a denunciar y no realizan ningún acto en tal sentido, y ello aunque el tipo del artículo 457 no excluya formas de participación o autoría, pero no resulta del texto del caso dado, por lo que en este caso la responsabilidad por la simulación del robo ante la Guardia Civil sólo puede ser imputada a «X», el cual tampoco puede esgrimir un autoencubrimiento impune, en la medida en que lo que trata con la denuncia es encubrir el delito previamente cometido, pues el delito de simulación que se le podría imputar tiene una relevancia típica propia, que afecta a la Administración de Justicia. Es decir,

realiza un hecho que encaja en el delito indicado y no en el encubrimiento, y lo hace para esconder otro hecho realizado, dando conocimiento de otro delito de naturaleza distinta para encubrirlo de forma falsa e interesada. Debe tenerse en cuenta que tampoco tiene obligación de declararse autor o considerarse culpable del otro hecho.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 252, 451 y 457.
- SSTS de 9 de octubre de 2003, 28 de octubre y 23 de diciembre de 2004, 22 de septiembre de 2006 y 24 de enero de 2008.