

LA APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA PAREJA. AMOR, CODICIA Y DESAMOR

Raquel ROSO CAÑADILLAS

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid

Resumen: En supuestos de separaciones y divorcios cada vez es mayor el número de casos en los que uno de los cónyuges trata de enriquecerse ilegítimamente antes o durante la liquidación de la sociedad de gananciales. En este trabajo se responde a la cuestión de si es legítima la respuesta penal, atendiendo además al contexto intrafamiliar en el que se produce el conflicto. Lo que nos lleva al análisis del art. 103 LECrim y al art. 268 CP, para definir la función limitadora de estos preceptos tanto en el ámbito procesal como en el de la responsabilidad penal. Por otro lado, se exponen las dificultades interpretativas existentes para aplicar el delito de apropiación indebida entre cónyuges o entre los que manifiestan la voluntad de dejar de serlo al iniciar procedimientos legales de separación o divorcio.

Palabras clave: cónyuges, sociedad de gananciales, acción penal, causa de exclusión de la responsabilidad penal, apropiación indebida.

Keywords: The married couple, property held jointly by spouses, criminal act, cause of exclusion of the criminal liability, missappropriation.

Fase amor

Volemos, viajemos hacia el instante, al momento en que un enamorado le pregunta al otro si quiere casarse con él o con ella o si quiere vivir con él o con ella. La aceptación casi instantánea de tal proposición –se presume– se basa en un sentimiento como es el amor. Y es que uno el día de su boda dando el «sí» o el día en que decide vivir junto a otra persona, convivir, delante de dos copas de

vino o de un café humeante con cara de ensimismado en el otro, está ilusionado e invadido por el romanticismo. En esos momentos nadie se plantea –o al menos no lo expresa verbalmente– cómo va a ser la convivencia de los patrimonios, rentas, gastos o cargas. Nadie, hasta donde puedo saber y conocer, después de dar el sí en la intimidad ante aquella proposición tantas veces deseada, pregunta acto seguido y casi sin respirar «oye, cariño entonces ¿mañana abrimos una cuenta juntos y domiciliamos las nóminas? o ¿qué vas a hacer con el piso que te acabas de comprar, lo vas a poner también a mi nombre? o ¿vas a pagar tú las vacaciones todos los años?, lo digo, porque como tú ganas más»... Curiosamente, todas estas preguntas y planteamientos acabarían con el hechizo del momento, por lo que parece que ese no es el momento de plantearlos; y sin embargo de no hacerse en algún momento, orillándose las cuestiones económicas y patrimoniales, puede ser que en determinado *momento* el hechizo amoroso se deshaga por momentos.

De lo expuesto hasta aquí se puede extraer que la unión entre dos personas enamoradas lleva aparejada necesariamente un acuerdo económico, e incluso la convivencia de los patrimonios y su correcto planteamiento ayuda en mucho a una convivencia exitosa y llegado el caso a una separación pacífica o a «un divorcio elegante»¹, por lo que cuando se baja de la nube del hechizo, hay que regular ese ámbito de la unión conyugal o de la convivencia entre las parejas de hecho y es recomendable que sea cuanto antes.

Dicho lo cual, se concluye que el Derecho no permanece ajeno a esta manifestación del amor, con pretensiones de perdurabilidad y permanencia, y a sus repercusiones económicas y efectúa un proceso de juridificación a través de un régimen económico matrimonial o de un convenio regulador o documento similar que hayan acordado las partes, y es que, como bien sabemos, no toda unión entre dos perso-

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2011-24011, sobre «Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados» realizado en la Univ. de Alcalá (dir. Prof. Dr. Luzón Peña), financiado por el anterior Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación, actual Ministerio de Economía y Competitividad.

** Abreviaturas: LLpenal: La ley penal, revista (cit. por tomo y año); GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht, (cit. por año); RECPC: Revista electrónica de ciencia y criminología (cit. por tomo y año).

Las indicaciones (en abreviaturas) de leyes y Códigos y sus preceptos se refieren a leyes españolas.

¹ Expresión tomada del libro del mismo título de PURIFICACIÓN PUJOL, Un divorcio elegante: O cómo desenamorarse con estilo, Grijalbo, 2012.

nas pasa por la institución del matrimonio y hoy la sociedad conoce el fenómeno de las uniones de hecho, que resultan ser tan estables o no y tan permanentes o no como las uniones matrimoniales, pero que necesariamente, en cualquiera de los casos, tienen que organizar su ámbito económico.

Si nos centramos en la institución del matrimonio, es el Código Civil, al tratarse de un contrato, al que corresponde en todo caso el reconducir estos sentimientos, estableciéndose entonces un régimen económico matrimonial. Éste «llamado de derecho común –régimen matrimonial que la ley declara aplicable de pleno derecho a las parejas que no han declarado una voluntad contraria– significa un «modelo social» en el que la sociedad expresa su ideal sobre las relaciones pecuniarias entre los esposos. Este modelo se encuentra condicionado por todo el conjunto de circunstancias materiales y morales que lo rodean.»²

En España, el régimen económico matrimonial común a las parejas que no declaran su voluntad contraria, –exceptuando los Derechos forales o el que los cónyuges estipulen su propio régimen económico en capitulaciones matrimoniales– (art. 1315 CC), se ha convenido que sea el régimen de sociedad de gananciales (art. 1316 CC). La sociedad de gananciales traslada al ámbito económico el acuerdo de colaboración y entrega de los cónyuges (arts. 67 y 68 CC) –unión de techo, lecho y mesa– y esta sociedad se inicia con el matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones (art. 1345 CC).

No obstante, como hemos adelantado, la realidad social actual no se comprende exclusivamente en el matrimonio ni en las capitulaciones matrimoniales ni en el régimen económico de la sociedad de gananciales, ya que proliferan en nuestra sociedad las uniones de hecho o convivencias *more uxorio*³, que coexisten con las uniones formalizadas a través del matrimonio, y no obstante no quedan reguladas por los arts. 1315 ss. del CC. Las parejas que han decidido unirse pero no casarse parece que manifiestan una voluntad distinta de flexibilidad y libertad dentro de su convivencia, por lo que no se aplica siquiera analógica y subsidiariamente ninguno de los regímenes económicos

² CARBONNIER, JEAN, Ensayos sobre las leyes, (Trad. Luis Diez-Picazo), Madrid, Civitas, 1998, 38.

³ STS 4907/1992, 18 de mayo: «La unión de hecho o convivencia *more uxorio* suele definirse como aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar».

establecidos en el CC. El TC lo aclara con total rotundidad: «El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes» (STC 222/1992, 11-12) y el TS manifiesta que el art. 39.1 de la CE no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho (SSTS 894/1994, 11-10; 229/1995, 18-3; 1640/1997, 4-3).

Nuestro CC no ha sido reformado para establecer una legislación de mínimos para ordenar la convivencia *more uxorio* –lógicamente tampoco ha manifestado su rechazo– y consecuentemente tampoco el caso de ruptura conflictiva entre los convivientes, por lo que existe un vacío legal, que en muchos casos ha sido paliado con la regulación autonómica. Las Autonomías haciendo uso de la potestad que les otorga el art. 148.1 de la CE se han encargado de regular y establecer algunos de los aspectos de una convivencia de hecho con voluntad de perdurabilidad. Aunque el instrumento idóneo que se debe utilizar, el cual plasme esa flexibilidad y libertad de elección de la relación sentimental, sería una clase propia de convenio regulador que recogiese los pactos que hayan alcanzado los convivientes entre ellos. De todos modos, nótese que, al ocuparse las Comunidades Autónomas de esta regulación, se ha producido una microsegmentación regulativa.

Fase desamor

Dibujada, o el menos esbozada nuestra realidad sentimental, lo que hay que destacar, sean parejas casadas o no casadas, de homosexuales o heterosexuales, es que toda unión trae de su mano una comunidad de fines e intereses, de cargas y beneficios, de deudas y de créditos, de obligaciones de colaboración, en definitiva, de «arrimar el hombro» para el sostenimiento del hogar común. Así mientras que todo transcurre reinando el color rosa, les invadirá la dicha, la felicidad y el amor, pero la convivencia se puede tornar compleja, difícil y hostil hasta límites insospechados y si se pacta una salida tal y como fue la entrada, de común acuerdo y sin suspicacias ni conflictos, el problema se solucionará en la esfera íntima de los cónyuges o convivientes y se producirá una disolución del vínculo y una liquidación pacífica de los bienes. Si esto no fuera así, necesitarán la ayuda del Derecho, que vendrá a poner racionalidad en la desdicha, el desamor y la infelicidad que sumerge a los que un día estuvieron unidos y que ahora se destruyen en constantes disputas por los bienes, en el mejor de los casos, que un día compartieron.

En este último caso, el conflicto intrafamiliar o sentimental generado se solucionará por la vía de un procedimiento contencioso,

pero puede que la situación haya degenerado tanto y de tal manera que nos encontremos ante conductas de alguno de los cónyuges o convivientes que puedan constituir un injusto penal. En estos casos, la codicia ha acampado en la persona y le ha guiado hasta cometer algún delito.

Si reparamos en la morfología de las relaciones sentimentales, las parejas se pueden estructurar bajo el prisma de la igualdad y de modo asimétrico. Estas últimas se presentan por varios factores, como son los sociales, culturales, psicológicos, económicos, etc. que genera que uno de los integrantes de la pareja sea más dependiente del otro, o también hay relaciones estables que se desarrollan en un plano de igualdad en el que se han consensuado las tareas y los roles atendiendo sobre todo a circunstancias coyunturales. En cualquier caso, casi siempre uno de los miembros de la pareja será el que más se encargue de las tareas económicas y de gestión. Esta asunción, *nolens volens*, le coloca en una situación de privilegio, al ser ese integrante de la pareja el que tiene la información económica de la sociedad de gananciales o de la convivencia *more uxorio* y el que decide qué transmitir y cómo transmitir dicha información al otro cónyuge o conviviente. La norma moral de una sana convivencia dictará la transmisión de una información económica fiel y real del estado de la sociedad⁴. Y esa norma no se quebrantará si la relación marcha bien y se ha cimentado en valores como la lealtad, la fidelidad y la confianza.

Si la relación comienza a hacer aguas, todo se resiente y, cómo no, también se materializa con notable virulencia en el ámbito patrimonial y económico. Si esto empieza a surgir, el cónyuge o conviviente «avisado» comenzará a preparar su salida de la sociedad y de la relación y puede que su ambición y avaricia le lleve al abuso patrimonial, en detrimento y perjuicio del otro, persiguiendo un enriquecimiento, que finalmente deviene injustificado e ilícito: se llevó y tomó sencillamente de la sociedad más de aquello a lo que tenía derecho.

El otro cónyuge o conviviente descubre compungido que aquel al que creía el amor de su vida le ha dejado en la ruina o cuando menos descubre que la sociedad, en el momento de la liquidación, tenía más⁵ bienes de los que él creía y de los que nunca tuvo conocimien-

⁴ En este sentido, el art. 1383 CC ordena que: «Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya».

⁵ O descubre que la sociedad tenía menos bienes de los que el cónyuge o conviviente consideraba, debido a reiterados actos de disposición posiblemente ilícitos o defraudatorios de la pareja, en la mayoría de los casos.

to, debido al ocultamiento sigilosamente planeado por su pareja. La infidelidad económica unida al desgarró emocional es inmensa pero ¿qué puede hacer este cónyuge o conviviente cuando despierte de la pesadilla y consiga salir de su conmoción y desengaño sentimental y quiera reclamar lo que es suyo? Se encontrará sangrando por la herida y querrá acudir al ordenamiento jurídico conducido por sus instintos de venganza o de justicia o de ambos, lo que le llevará en muchos casos no sólo a exigir lo que en buena lid le pertenece de los bienes comunes y compartidos⁶, que fueron testigos de su felicidad y atesoran los recuerdos de los buenos tiempos, sino que también perseguirá el castigo por el desengaño sufrido, pretendiendo la imposición de una pena⁷. Y la cuestión es ¿debe el Derecho penal saciar racionalmente esos impulsos de venganza?, ¿sería una respuesta legítima del ordenamiento jurídico?, ¿son lo suficientemente lesivas para tener una respuesta penal estas conductas, que, por otro lado, se producen en un ámbito altamente sensible como es el de la familia o el de las relaciones íntimas entre dos personas?

Y por otro lado, en el caso de que la respuesta fuera positiva a los anteriores interrogantes, toca preguntarse qué delito o delitos comprenderían los actos de posible enriquecimiento ilícito de uno de los integrantes de la pareja.

Fase codicia

1. *Legitimidad de la respuesta penal*

Atendiendo a los interrogantes apuntados, se tiene que hacer una delimitación para enfocar bien la respuesta, porque en estos casos se superponen varios aspectos a tener en cuenta. La utilización del

⁶ Es importante recalcar que el ordenamiento jurídico ofrece al cónyuge o conviviente vías de defensa de sus intereses patrimoniales, como es el ejercicio de acciones civiles, con las que quedarían satisfechos dichos intereses, sin necesidad de recurrir para ello al procedimiento penal.

⁷ Quiero aclarar que, con este modo de plantear la discusión sobre la legitimidad de la aplicación del Derecho penal, no estoy haciendo alusión al tema debatido por la doctrina sobre si los sentimientos son objeto de protección del Derecho penal. Además en estos supuestos el bien jurídico es claramente identificable: la propiedad y el patrimonio, dejando al margen cuáles pueden ser los motivos por los que el perjudicado decide acudir a la vía penal. Cfr. sobre la cuestión de si los sentimientos son objeto de protección del Derecho penal, GIMBERNAT, *Rechtsgüter und Gefühle*, en: *Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, GA 2011, 284-294; ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de técnica legislativa sometido a examen*, RECPC 15-01 (2013).

Derecho penal sólo se legitima cuando un bien jurídico importante, vital, para la convivencia social se lesiona gravemente. Esta premisa valida la intervención del ordenamiento penal en cuanto se cumplan sus exigencias, de tal modo que si la conducta de cualquiera de los cónyuges o convivientes lesiona gravemente un bien jurídico merecedor de protección penal, obviamente se puede y se debe acudir a esta rama del ordenamiento jurídico. Ahora bien, esta es una afirmación general de la que se concluye que se pueden realizar conductas delictivas en el seno de relaciones sentimentales y que el Derecho penal ante el antecedente de la comisión de un delito desplegará el consecuente de imponer una pena y una pena legítimamente impuesta. La respuesta a si el Derecho penal está legitimado para actuar con los parámetros apuntados, es decir, cuando hay un ataque grave a un bien jurídico esencial debe ser afirmativa.

Pero la matización viene después. En términos de suficiencia lesiva no ha habido problema en afirmar la legitimidad del Derecho penal: Un padre puede lesionar gravemente bienes jurídicos esenciales de su hijo; una esposa puede lesionar gravemente bienes jurídicos vitales de su esposo. El problema se plantea cuando nos cuestionamos si, pese a existir un ataque grave a un bien jurídico importante, el Derecho penal debe intervenir para dirimir, por expresarlo amablemente, los «desencuentros», no entre extraños, sino familiares. El énfasis, la diferencia a resaltar es que el conflicto se produce en una relación sentimental o en el seno de una familia. Existen estrechos lazos emocionales, que pueden sufrir un deterioro irreversible, si la respuesta del ordenamiento jurídico no es acertada. Por lo que, llegados a este punto, resulta claro que el Derecho penal está legitimado en cuanto hay un ataque grave a un bien jurídico importante; no obstante se puede debatir si resulta ser la respuesta más idónea en el ámbito familiar y para cualquier clase de delito cometido en este contexto, y ello para cumplir el principio rector constitucional que asevera que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»⁸.

Siguiendo con esta línea argumentativa, incluso se puede llegar a sostener que los intereses son meramente privados y no hay un ataque al bien jurídico que conlleve la lesión de intereses públicos, por lo que la imposición de una pena sería un dislate jurídico y no cumpliría las funciones propias de ésta.

La regulación penal y procesal-penal ha dado una respuesta regulativa al tema de los delitos cometidos en el seno familiar en un

⁸ Art. 39 CE.

sentido estricto y formalizado, es decir, entre cónyuges, y no entre sujetos unidos por una relación afectiva comparable o similar. Y esta respuesta depende de la clase de bien jurídico que se ha lesionado o puesto en peligro, tanto para ejercer la acción penal como para la imposición de una pena.

En la LECrim en su art. 103 se prohíbe ejercitar acciones penales a los cónyuges entre sí, a no ser por delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro. Y expresamente se exceptúa el delito de bigamia de esta prohibición. Por su parte, la ley sustantiva introduce una circunstancia mixta de parentesco que tiene la capacidad de agravar o atenuar atendiendo a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (art. 23 CP). Y si nos ceñimos al ámbito patrimonial y económico, la repercusión de la existencia de una relación afectiva es notabilísima, pues influye tanto en el análisis político-criminal, que ha dado lugar a la impunidad, utilizando como parapeto conceptual excluyente de responsabilidad penal una causa personal de exclusión de la punibilidad o excusa absolutoria regulada en el art. 268 CP⁹.

Podría parecer que *a limine* hubiera que afirmar que el cónyuge codicioso que ha dejado a la sociedad de gananciales «tiritando» se libra de sufrir los avatares de un procedimiento penal y de la imposición de una pena; y todo por mor de un interés prioritario como es la institución de la familia y el matrimonio. Efectivamente, el art. 103 LECrim aborta las pretensiones de cualquier denuncia o querrela entre cónyuges que tenga como objeto, entre otros, un delito patrimonial, puesto que no se trata de un bien personal o personalísimo, como se ha querido ver e interpretar en la expresión legal utilizada de delitos o faltas «cometidos por el uno contra la persona del otro». La vía penal ya estaría cerrada desde 1882¹⁰.

⁹ Recordemos que el art. 268.1 CP establece: «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaran entre sí, siempre que no concurren violencia o intimidación.» Sobre dicha causa personal de exclusión de la punibilidad y sus efectos cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, PG, Valencia, tirant lo blanch, 2012, 580-581.

¹⁰ También una posible vía para interrumpir y cerrar cualquier instrucción, en el supuesto que se entienda que no es de aplicación el art. 103 LECrim, consiste en la petición de sobreseimiento, siempre y cuando la causa de exclusión de la responsabilidad penal del art. 268 CP se comprenda en los motivos tasados de los arts. 637 LECrim para el sobreseimiento libre o en el art. 641 LECrim para el sobreseimiento

La única posibilidad es ofrecer argumentos consistentes para incluir el patrimonio y la propiedad dentro de la expresión legal que ha pretendido definir el círculo de delitos que pueden ser objeto de querrela o denuncia entre los cónyuges.

Éste, sin embargo, no parece ser el problema que encierra el art. 103 LECrim para la tesis jurisprudencial que encontramos en la SAP Álava 227/1998 de 2 de octubre, la cual se ocupa de un caso en el que los ex-cónyuges llevan separados legalmente dos años, cuando el ex-marido presenta una querrela por hurto o subsidiariamente apropiación indebida de dinero depositado en cuentas corrientes, en las que ambos siguen siendo titulares, después incluso de concluir los trámites de dicha separación. El Juzgado de lo Penal, entendiendo en primera instancia de dicho procedimiento, basa la absolución en la imposibilidad de interponer querrela alguna por delito patrimonial, aun cuando concurren los requisitos del tipo, entre los cónyuges por mandamiento del art. 103 LECrim. La AP considera que no existe este impedimento procesal, puesto que «el art. 103 LECrim continúa vigente, sin embargo, ha quedado prácticamente vacío de contenido desde la publicación del Nuevo Código Penal y lo establecido en el art. 268 del Texto, precepto que debemos interpretar conforme a lo establecido en los arts. 2.2 y 3.1 CC». Y sigue diciendo la sentencia: «Todos los preceptos legales deben interpretarse de acuerdo con los tiempos y la época en la que se publican y conforme a las normas sociales existentes en la historia, y en este caso, si bien es cierto que el art. 103 LECrim impide al esposo actuar como acusador particular privándole de acción penal, también es cierto que el art. 268 CP, texto posterior en el tiempo y más acorde con la vida y las normas sociales posibilita a cualquiera de los cónyuges cuando estuviesen separados legalmente a ejercer todo tipo de acción pe-

provisional. En el caso del art. 637 LECrim se puede aplicar el número tercero; más complicado será el proceso comprensivo en alguno de los términos descritos en el art. 641; no obstante, con la aplicación de una de las clases de sobreseimiento se solventaría el procedimiento. Ahora bien, hay que hacer la salvedad que como la causa de exclusión de la punibilidad es personal y no ha tocado ni tangencialmente los elementos necesarios para proclamar la existencia de delito: acción típica y antijurídica, los partícipes o terceros coautores, evidentemente no cónyuges, habrán participado en la realización de un delito, por lo que el procedimiento penal proseguirá en sus casos. Lo que propongo es una posibilidad perfectamente plausible; no obstante, existirán procedimientos que llegarán al plenario, desde mi punto de vista innecesariamente, al no sobreseer el instructor, pudiéndolo hacer, y el Tribunal redactará una sentencia absolutoria haciendo valer, ahora sí, la causa personal de exclusión de la punibilidad. Por último, cualquiera de estas soluciones puede peligrar si, en el caso de las separaciones de hecho, esta situación fáctica y probablemente real no se logra probar en el procedimiento.

nal de carácter patrimonial. Y ello es así porque la separación legal entre los cónyuges significa el fin de la vida en común e incluso la disolución de la sociedad de gananciales formada por ambos aunque quede pendiente en ese momento la liquidación de la misma, que por regla general se realiza con posterioridad. Por tanto, si es cierto que el art. 103 LECrim sigue vigente, debe entenderse que pertenece a otra época y a otro tipo de sociedad donde no se comprendía la separación de los cónyuges ni tampoco la disolución de la sociedad de gananciales».

De lo extractado de la Sentencia, resulta paradójico, ya de inicio, que el art. 268 CP, que viene a suprimir la responsabilidad penal en el ámbito de las relaciones sentimentales, abra la puerta a la acción penal y de paso deje sin contenido al art. 103 LECrim. E incluso por aplicación del art. 2.2 del CC, más bien se insinúa por el ponente de esta sentencia que estaría derogado tal artículo.

En mi opinión, no creo que el art. 103 LECrim se haya derogado, como más adelante explico, pero sí que la existencia del art. 268 CP constituye una razón para reinterpretarlo o solicitar su reforma. El razonamiento jurisprudencial realizado por la AP está inducido por la rigidez argumental manejada por la primera instancia, como lo es el que se base la absolución en una situación legal efectivamente existente: que el matrimonio no se ha disuelto y que siguen siendo cónyuges, y de ahí se colige en primera instancia que se puede aplicar el art. 103 de la ley procesal, prohibiendo la acción penal al esposo. La AP realiza un esfuerzo reinterprelativo denodado para evitar un resultado material a todas luces injusto y desarrolla una argumentación perfectamente sostenible de las relaciones entre el art. 268 CP y el art. 103 LECrim. Consigue de esta forma dar la vuelta al planteamiento del primer fallo judicial y conciliar el resultado jurídico con el resultado material más justo, admitiendo el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva por parte del marido.

Se puede ofrecer otra vía de argumentación para llegar al mismo puerto en el que ha desembarcado la AP en el caso concreto, y creo que con ella se contribuye a diseñar con más rigor las relaciones entre el art. 103 LECrim y el art. 268 CP, o si se quiere a apoyar, profundizar y matizar las conclusiones de la AP. En el art. 268 en relación con el Código Civil se encuentra una distinción que intenta comprender estados intermedios y que da lugar a dos grupos de casos: los esposos separados legalmente y los esposos separados de hecho o que pueden estar en trámites de separación legal, de divorcio o de nulidad. Evidentemente, no es necesario que el art. 268 CP afirme la responsabilidad penal de los ex-esposos, pues decae el fundamen-

to jurídico de la causa personal de exclusión de la punibilidad por la disolución del matrimonio, que da lugar a la transformación del estatus, convirtiendo a los unidos estrechamente en extraños.

Recordemos que en el caso de autos los cónyuges estaban separados legalmente, nos encontramos dentro del primer grupo apuntado, por lo que el vínculo persiste¹¹; no obstante una sentencia firme de separación tiene el efecto de disolver el régimen económico matrimonial¹² y expresamente la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho «cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges»¹³. Esta regulación evidencia una serie de efectos de la declaración legal de separación, que tiene repercusiones sobre todo económicas, y que viene a escindir las dimensiones de la institución del matrimonio, de tal modo que el vínculo permanece en un estado de latencia, que permite en algunos casos regenerar la convivencia y el amor, pero que mientras eso ocurra y discurra o no, y se manifieste la voluntad final de desvincularse de cuerpo y alma o retomar la relación, los patrimonios, «que no se casan con nadie», permanecerán separados por imperio legal, por lo que jurídicamente desde la perspectiva económica no existe vínculo alguno. Desde esta lógica y respetando la coherencia del sistema, el CP protege el patrimonio individual de los cónyuges separados legalmente, y el art. 103 LECrim tiene que tocar en este concierto al unísono de las leyes penales y de las leyes civiles, por lo que la denominación de cónyuges, no les puede vedar la protección penal, que no les niega el CP, el cual ha tenido en cuenta en este ámbito la regulación civil y los efectos de la separación o del inicio de trámites tendentes a disolver el matrimonio. Llegados a este punto se puede optar o bien por reinterpretar de un modo acompasado con los tiempos, el giro incluido en la dicción del art. 103 LECrim «cometidos por el uno contra la persona del otro», considerando que el universo personal es mucho más que por ejemplo la integridad física, la vida o la libertad; o bien se puede mantener que los cónyuges separados legalmente no están comprendidos en el concepto auténtico de cónyuge, que es el que recoge el art. 103 LECrim, como lo demuestra que haya cesado la convivencia y se haya disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales, que constituye un efecto directo de la separación legal. Y, como hemos apuntado anteriormente, en el ámbito penal, el art. 268 CP declara expresamente la responsabilidad penal de los cónyuges que se encuentran en lo que hemos denominado estados intermedios o

¹¹ Art. 85 CC.

¹² Art. 95 CC.

¹³ Art. 1392. 3.º

transitorios, y ello debe materializarse por coherencia interna del ordenamiento en las normas procesales, lo que viene a incidir en que los cónyuges a los que se refiere el art. 103 LECrim, son aquellos que no están en ninguno de los estados intermedios apuntados, es decir, el concepto de cónyuge en su sentido más purista, genuino y auténtico, en el que el vínculo se describe como vivo y presente, presidiendo todos los ámbitos de la pareja. En mi opinión, esta es la interpretación que se debe adoptar en los casos de separación legal y que, por otro lado, no empuje a reconocer la corrección de los argumentos jurídicos de la sentencia de la AP Álava, pero con esta explicación evito llegar a la conclusión de que el art. 103 LECrim está vacío de contenido y materialmente derogado.

Más problemas de interpretación se presentan en el segundo grupo de estados intermedios transitorios, es decir, cuando existe una separación de hecho o un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad, y en los que la sentencia está por venir. Y si no hay sentencia, no hay disolución o conclusión del régimen económico matrimonial. En estos casos hay una voluntad de concluir la convivencia y un indicio de disolver el matrimonio en el futuro, pero nada se ha concretado, ni el proceso se ha completado, por lo que habría que forzar más la exégesis para negar que desde la perspectiva procesal sean considerados cónyuges. Aunque ese carácter perentorio y ambiguo de la situación personal y sentimental de los esposos no ha sido óbice para que el legislador penal declare su responsabilidad y los excluya de la órbita de la mal llamada excusa absolutoria, es decir, de la causa personal de exclusión de la punibilidad. Para dar verdadero sentido a esta regulación penal, la norma procesal debe prestar los medios necesarios para que sea eficaz.¹⁴ Quizás ello nos esté señalando la necesidad de sostener un concepto de cónyuge penal y procesal matizado frente al que se mantiene en Derecho privado.

¹⁴ Quiero dejar aquí apuntado que existiría otra posible vía para incoar un procedimiento penal por estos delitos. Hasta ahora nos hemos centrado en la presentación de una querrela por parte del cónyuge perjudicado, que a efectos procesales le convertiría en parte en el proceso como acusación particular. No obstante, el cónyuge puede presentar una denuncia para comunicar la *notitia criminis* y ser este su único acto procesal, apartándose inmediatamente del procedimiento, o bien siguiendo en él, pero personándose como actor civil con las pretensiones de ejercer la acción civil derivada *ex delicto*, sin ejercitar la acción penal y sin actuar como parte acusadora. Incluso un tercero, amigo o pariente del cónyuge agraviado, puede iniciar el procedimiento mediante una denuncia, o ejerciendo la acción penal a través de la acción popular. Dejo sólo apuntadas estas posibilidades, que merecen un posterior estudio y análisis, teniendo en cuenta además que muchos de estos delitos exigen denuncia expresa de la persona agraviada, así como la cuestión de qué efecto tendría la existencia de una causa de exclusión personal de la punibilidad en estos supuestos.

Después de todo este desarrollo, concluyo *prima facie* que las relaciones entre ambos artículos desde una interpretación sistemática y en un primer acercamiento, deben ser de complementariedad y confirmación de una misma tendencia regulativa, en cuanto que la causa personal de exclusión de la punibilidad no admite la responsabilidad penal de los cónyuges en diversos delitos patrimoniales no violentos y el mencionado artículo procesal armónicamente no admite el ejercicio de la acción penal entre los cónyuges en el sentido expuesto (eso sí, aquí por cualquier clase de delitos); y en cuanto a que el art. 268 CP admite la responsabilidad penal de aquellos que legalmente se han separado o están inmersos en un proceso de disolución del vínculo (en la mayoría de los casos), aunque todavía sigan siendo cónyuges y el art. 103 LECrim a *sensu contrario* y cerrando el círculo no prohíbe el ejercicio de la acción penal frente a aquel que siendo cónyuge desde el Derecho civil, tiene responsabilidad penal por haberse puesto en evidencia una voluntad de no continuar la convivencia y disolver el vínculo^{15 16}.

¹⁵ Quiero aclarar que la complementariedad a la que he hecho alusión entre ambos preceptos: art. 268 CP y art. 103 LECrim, partiendo de la interpretación que sostengo, es sólo para los delitos de hurto, robo, extorsión, del robo y hurto de uso de vehículos, de la usurpación, de estafa, de apropiación indebida, de defraudaciones de fluido electrónico y análogas (caso más raro o inexistente entre cónyuges)), de las insolvencias punibles, de la alteración de precios en concursos y subastas públicas y de los daños, que son los delitos a los que viene referido el art. 268 CP. Por tanto, la causa personal de exclusión de la responsabilidad penal no rige para los delitos patrimoniales violentos, ni para otros delitos patrimoniales-económicos no violentos, pero posteriores al Cap. X del Tit. XIII del CP: delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios, receptación y blanqueo (que pudieran afectar al otro cónyuge), ni tampoco se puede alegar frente a otros delitos, que ya no tienen un carácter patrimonial, como los delitos contra bienes jurídicos comunitarios o supraindividuales que pueda cometer el otro esposo, excepto la bigamia: p. ej. las falsedades, delitos fiscales, contra la Seguridad Social, laborales, contra la Administración o la Administración de justicia, etc. En conclusión, el art. 103 LECrim tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el del art. 268 CP, que rige para unos pocos delitos, por lo que planteado así existe una relativa independencia de la norma procesal frente a la norma penal. Ahora bien, con la exégesis que he ofrecido del término 'cónyuge' y siguiendo los cánones de una interpretación sistemática, pese a que el art. 103 LECrim tenga un campo de aplicación amplísimo, éste se puede ver reducido, también en estos últimos delitos, sólo a los supuestos en los que exista y perviva el matrimonio en todos sus ámbitos y no exista una de las modalidades que hemos descrito como transitorias. Por otro lado, si en cualquiera de estos supuestos existe violencia, se puede entender que decae la prohibición del art. 103 si se comprende dentro de la propia excepción que contempla dicho precepto, como es que no sean delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro.

¹⁶ También quiero resaltar que esa relativa independencia entre el art. 268 CP y el art. 130 LECrim, que viene dada por sus recíprocos ámbitos de aplicación, se manifiesta en el ámbito procesal, porque aunque no exista ya prohibición penal

No obstante, como he dicho antes, desde la dicción del art. 103 LECrim, uno de los problemas que se presenta es la delimitación de los delitos por los que cabe ejercer la acción penal contra el otro, aun siendo cónyuges. Sin embargo, desde esta otra óptica de las relaciones entre el art. 103 LECrim y el art. 268 CP, en el momento de la exposición de este trabajo, se puede afirmar ya que, aunque el art. 103 admitiese el ejercicio de la acción penal por delitos patrimoniales o económicos entre cónyuges, de poco serviría, puesto que la estricta aplicación del art. 268 CP en relación con los arts. 637 y 641 LECrim¹⁷ nos puede conducir, aunque es discutible, al sobreseimiento y archivo de tal denuncia o querrela ya incluso en la fase de instrucción¹⁸.

Hasta aquí hago notar que se han expuesto, para aplicar e interpretar las normas, dos situaciones de la relación amorosa opuestas y extremas, como lo son que los integrantes de la pareja sean cónyuges o que hayan dejado de serlo, pero también hemos puesto de relieve las llamadas situaciones intermedias transitorias, en las que al menos se han separado y por tanto han dejado de vivir en común o están inmersos en un proceso de separación, divorcio o nulidad. Tocaremos tangencialmente, pero profundizaremos en una investigación posterior, ya que excede el objeto de ésta, si la regulación en

material que consecuentemente condujese a una sentencia absolutoria, el art. 103 no permite la presentación de querrela por parte del esposo agraviado. No obstante, como hemos explicado en una nota anterior, puede haber la posibilidad de que el cónyuge perjudicado presente una denuncia, sin posteriormente ser parte en el proceso, y por el principio acusatorio se incoen diligencias previas y se proceda a la investigación y averiguación del delito, y sea entonces un tercero o el Ministerio Fiscal el que ejerza la acción penal, con lo que se elevarían las posibilidades de llegar a una sentencia condenatoria ante la imposibilidad de aplicar a esa clase de delitos la causa personal de exclusión de responsabilidad penal. O incluso que el art. 103 prohibiese tanto la presentación de querrela como también la presentación de una denuncia por parte del esposo perjudicado por delitos contra bienes jurídicos no estrictamente personales, ello seguiría sin impedir que terceros pudieran denunciar el delito cometido por el otro cónyuge y en su caso se pudiera castigar, ya sin la sombra del art. 268 CP.

¹⁷ Cfr. n. 10

¹⁸ Aunque se puede encontrar un número notable de sentencias sobre el tema de este trabajo; lo cual demuestra que no se ha alegado el art. 268 CP en la fase de instrucción, o alegándose, no se ha tenido en cuenta por el instructor, posibilitando la celebración de juicio oral y siendo ya el juez o tribunal juzgador el que ha valorado la aplicación al caso de la excusa absolutoria alegada. Considero que los instructores de todas estas causas, que han dictado el auto de procedimiento abreviado, no han hecho un uso inteligente de la regulación penal y procesal-penal, pues podían haber evitado la prosecución del proceso, que se sabe con antelación que terminará en sentencia absolutoria en los casos en que la relación amorosa o en todo caso la convivencia juntos siga viva, por mandato del art. 103 LECrim y 268 CP.

este punto es material y político-criminalmente adecuada, e incluso si es posible su propia aplicación para aquellos casos en los que uno de los cónyuges comete el delito, perviviendo la relación sentimental y el matrimonio, y meses más tarde se convierten en ex-cónyuges, con lo que el ex-cónyuge perjudicado interpone denuncia o querrela. Se plantean así cuestiones técnicas y de política-criminal como atender al momento de comisión del delito y a la posición jurídica de los integrantes de la relación sentimental en ese momento y a dónde nos conduciría el partir de estos argumentos, como decidir cuál es el ámbito de aplicación temporal del art. 268 CP, como fijar y aplicar los principios político-criminales de esta causa personal de exclusión de punibilidad, como considerar la posible existencia de un fraude de ley u otras muchas apreciaciones que puedan surgir con el análisis de este grupo de casos.

También queda fuera de este trabajo, para dedicarle un tratamiento posterior, las uniones extramatrimoniales y la posible aplicación del art. 103 LECrim y art. 268 CP, aunque se hace notar que ambos preceptos nada dicen sobre las uniones de hecho, por lo que habría que debatir sobre su aplicación o no a este fenómeno social, y si se puede afirmar, con la rotundidad con la que se ha hecho desde el Derecho privado por el TS y el TC, que las normas sobre el ejercicio de la acción penal y la exclusión de la responsabilidad penal no pueden ser aplicables a la convivencia *more uxorio*, ante la falta de equivalencia de ambas realidades.

Es una evidencia, en todo caso, que la Ley se ha quedado un paso atrás ante la evolución social¹⁹, por lo que habrá que acudir al art. 3.1 del CC y a principios político-criminales y ofrecer argumentos explicativos e interpretativos de la existencia o inexistencia de responsabilidad penal ante la comisión de delitos patrimoniales en el ámbito de las uniones de hecho.

2. *Aplicación de los tipos penales*

Si el Derecho Penal tuviera que aplicarse para resarcir al cónyuge despojado de parte de su patrimonio, habría que dirigirse a aquellos artículos del CP que tipifican conductas que lesionan o ponen en peligro el patrimonio y entre ellas nos encontramos, entre otras, el hurto, la estafa o la apropiación indebida. En esta última vamos a

¹⁹ Llama la atención que esto suceda en la actualidad, en la que las reformas del CP se suceden.

fijar nuestra atención, resaltando en una primera aproximación las dificultades de aplicación de esta figura delictiva dentro del contexto de un régimen matrimonial de gananciales.

La **primera dificultad** que surge cuando enfrentamos este régimen matrimonial con la descripción típica es que la apropiación indebida está concebida para aquellas situaciones en las que el sujeto se apropia de lo que no es suyo, sirviéndose de que posee la cosa por justo título, lo que facilita ostensiblemente su apropiación. Ahora bien, nadie se puede apropiarse ilícitamente de lo que es suyo, por lo que la apropiación resulta ser la manifestación y el ejercicio del derecho de propiedad. La cuestión se reside en definir al titular de la propiedad en el matrimonio, es decir, si los cónyuges son propietarios y si lo son de todo, o son poseedores, siendo la sociedad de gananciales la única propietaria de los bienes que se incluyen en el patrimonio.

Es evidente que hay que sentar las bases de la naturaleza jurídica del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales²⁰. En un matrimonio en régimen de gananciales nos encontramos con que ambos cónyuges son propietarios de los bienes gananciales y para el Derecho, como hemos puesto de relieve en el párrafo anterior, alguien que se apropia de lo que es suyo no se apropia ilícitamente. En efecto, si indagamos en la naturaleza de la sociedad de gananciales nos encontramos que no es una sociedad²¹ en su estricto sentido, ya que no se ha constituido con un fin de lucro (art. 1665 CC) «pues constituye un patrimonio afecto al levantamiento de las cargas matrimoniales, no a la obtención de un lucro mediante el desarrollo de una actividad económica»²². Este argumento, por tanto, acerca más la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes, pero no a la romana, sino a la germánica, en la que no existe una comunidad por cuotas que se puedan ceder a un tercero mientras siga viva la sociedad de gananciales, sino que más bien «el régimen de gestión y de disposición de los bienes está presidido por la idea

²⁰ Por otro lado, nada fácil de definir, como admiten DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, t. I, 11.^a Madrid, Tecnos, 2012, 160-161, debido a que la sociedad de gananciales no deja de tener enormes contactos con la idea societaria, pero por otro lado, se distancia de ella, porque el fin único y último de la sociedad de gananciales no es la obtención de lucro, sino que viene dirigida por una comunidad de vida, fundada en estrechísimos lazos.

²¹ Aunque también se han puesto de relevancia los puntos comunes con la figura de la sociedad, sobre todo con la sociedad universal de ganancias (art. 1675 CC). Cfr. DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.^a 2012, 160-161.

²² DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.^a 2012, 161.

de la actuación conjunta de los cónyuges»²³, y la ganancia obtenida también tiene una titularidad conjunta. Por tanto, «el patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad distinta de cada uno de los cónyuges, pues la sociedad de gananciales no es una persona jurídica como puede ser la sociedad respecto de los socios. La titularidad es del marido y la mujer, aun cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos»^{24 25}.

En segundo lugar, hay que prestar atención a los requisitos para disponer en su sentido más amplio de los bienes dentro de la sociedad de gananciales y de la comunidad de bienes. Partiendo de bienes gananciales o de bienes en copropiedad, que son los que en esta sede interesan, el art. 1377 CC establece para el caso de la sociedad de gananciales el principio de actuación conjunta, ya que se necesita el consentimiento de ambos cónyuges²⁶ para disponer a título oneroso de bienes gananciales. Para la comunidad de bienes, no hay una regulación expresa en nuestro Derecho positivo, pero es admisible sin dificultad alguna la transmisión a un tercero de un bien o derecho de los transmisibles, con el consentimiento y la unanimidad de los condueños (art. 397 CC).

El cumplimiento del principio de actuación conjunta y de la existencia de consentimiento de ambos cónyuges en el caso de los bienes inmuebles resulta más difícil de evitar, por la protección registral que tienen estos bienes, que informan y ponen sobre aviso al tercero interesado; por lo que, pese a que ahora nuestros tribunales

²³ Díez PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.ª 2012, 161.

²⁴ Díez PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.ª 2012, 161-162.

²⁵ Para el caso de las parejas de hecho el régimen económico vendrá dado por los acuerdos y convenios tácitos o expresos de los convivientes, pero puede decirse que será muy similar a los manejados en el caso del matrimonio, de tal modo que su finalidad no será tampoco la consecución del lucro por el desarrollo de una actividad económica, sino el sostenimiento económico de la comunidad de vida, por lo que en el caso de que no haya habido una separación clara y tajante de los patrimonios de los convivientes, nos encontraremos ante una comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC), parangonable a la sociedad de gananciales, en la que tampoco cabe la separación por cuotas con la posibilidad de cederse éstas a un tercero, de tal modo que se puede llegar a la conclusión de que de un modo u otro, en el sustrato de las uniones de pareja hay una comunidad de vida, que paralelamente desemboca en una copropiedad de los bienes, ya sea por el camino de la sociedad de gananciales o por el camino de la comunidad de bienes.

²⁶ Que puede ser expreso, tácito o presunto e incluso otorgarse *a posteriori*. Cfr. Díez PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.ª 2012, 191.

sí admiten la apropiación indebida de inmuebles²⁷ (debido a que el art. 252 del CP 1995 junto a «cosa mueble» menciona también a continuación «o activo patrimonial», donde caben sin problema los inmuebles), resulta complicado que en la práctica se pueda llegar a consumir este tipo entre cónyuges con régimen económico ganancial debido a la publicidad, orden e información de los registros de la propiedad, que se convierten desde esta perspectiva en controles extrapenales registrales y en barreras de contención de realización del ilícito penal, entorpeciénola de modo notorio y eficaz²⁸. He aquí otra dificultad propia de estos casos.

Sin embargo, esta dificultad desaparece y no se puede decir lo mismo si se trata de bienes muebles o de dinero, ya que por las características de estos bienes uno sólo de los cónyuges puede disponer con mayor facilidad del «todo», sin tener enfrente un tercero advertido e informado²⁹ de las circunstancias de esa propiedad de ese concreto bien, por lo que desaparece la necesidad perentoria impulsada por el interesado tercero de recabar el consentimiento del otro copropietario-cónyuge para realizar cualquier disposición. Y ello se hace particularmente notorio con el *dinero depositado en las cuentas corrientes*, no tanto en otros productos bancarios en los que se necesita el consentimiento de ambos para constituirse, para operar con ellos y para cancelarse. La disponibilidad del dinero depositado en una cuenta corriente por uno de los cónyuges es absoluta, desde el momento en que son titulares indistintos de la cuenta. De este modo, el principio de actuación conjunta y de la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges no se verifica, ni resulta necesario, por mucho que lo exija el CC. Así se establecen relaciones con terceros ajenos a la sociedad de gananciales que se rigen por otros principios, instituciones u otro negocio jurídico que desplazan el principio de actuación conjunta de la sociedad de gananciales y abren una vía para la posible infidelidad económica, por lo que la facilidad para extraer un bien de la órbita de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges es mucho mayor en estos casos³⁰.

²⁷ Por todas STS 1431/2006, 21-6 (Auto). Aunque la cuestión sigue siendo controvertida. Al respecto cfr: REDONDO HERMIDA, La apropiación indebida de bienes inmuebles en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en LLpenal 33 (2006), 95-99.

²⁸ La publicidad registral sólo se podría burlar a través de falsedades o falsificación de documentos, por lo que llegado el caso se podría apreciar una estafa entre ex-cónyuges.

²⁹ Excepto en los casos que se registren bienes muebles.

³⁰ Podíamos pensar que estamos ante una antinomia: por un lado la norma establece el principio de actuación conjunta de los cónyuges y por otro ante determinados contratos nos encontramos con el principio inverso de actuación independiente

Comenzando por el último de los obstáculos señalados, hemos de inferir que los bienes más expuestos son los bienes muebles y el dinero, y en efecto en la práctica forense el supuesto más analizado ha resultado ser el de la disposición total por uno de los cónyuges de cantidades de dinero, y en concreto de cantidades de dinero depositadas en cuentas bancarias bajo el contrato de cuenta corriente, en su modalidad de cuenta corriente colectiva con libre disposición e indistinta para ambos titulares y en la que no se ha pactado por las partes ninguna excepcionalidad o restricción en la disposición del dinero, por lo que el banco se rige por la regulación que disponga el Código de Comercio para este tipo y clases de contratos y no viene obligado a averiguar las normas internas que hayan convenido libremente los cónyuges para la gestión de sus bienes.

Ya he señalado que esto es posible debido a que el principio de actuación conjunta tiene excepciones en su aplicación e implementación práctica y no se presenta como un principio inamovible. Estas alteraciones en el principio de actuación conjunta dependen, por un lado, de la naturaleza y características de los bienes administrados y de los requisitos jurídicos exigidos para su transmisión, y, por otro lado, de los requisitos y principios que rigen los contratos en el tráfico comercial y jurídico, al que la sociedad de gananciales también se encuentra supeditada. Cuando tiene lugar este enfrentamiento entre el principio de actuación conjunta en la sociedad de gananciales y otros principios y requisitos de otros contratos o situaciones jurídicas, el principio de actuación conjunta cede espacio a la actuación individual e independiente del cónyuge administrador o que aparece como el titular del bien administrado o dispuesto. Ello es producto de una ponderación de intereses, ya que impera en algunos casos

y libre de cada uno de los titulares. Para presentar una fotografía regulativa completa, hay que indicar que el art. 1384 CC otorga plena validez a «los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». Se ha interpretado por la jurisprudencia que este artículo constituye una excepción a lo preceptuado en el art. 1375 en aras de proteger el tráfico jurídico y comercial (STS 1266/1998, 31-12; 592/2005, 10-7) Además el propio artículo reconoce la posibilidad de la excepcionalidad al terminar diciendo que «sin perjuicio de lo que se determine en los artículos siguientes». Lo que queda palpable es que la cogestión resulta el principio básico y regidor de los actos de disposición de la sociedad de gananciales, aunque no en todo caso, cuando se trata de dinero o de títulos valores; y la flexibilidad se manifiesta con mayor vigor cuando se trata de actos de administración ordinaria. Lo cual resulta lógico y necesario para no colapsar el tráfico jurídico y las relaciones con tercero, y dotar a la administración diaria y ordinaria de cierta fluidez, cuando su objetivo no es otro que la conservación o el aprovechamiento ordinario de la cosa o el patrimonio, sin afectar a la sustancia de la cosa (STS 1029/2000, 14-11).

la fluidez de las operaciones comerciales y se parte de principios de buena fe y de confianza, que deben presidir y ser el basamento de toda sociedad, y con más razón, de una sociedad de gananciales.

Extrayendo la conclusión necesaria respecto a este aspecto, hay que colegir que en principio (a reserva de la cuestión de la propiedad o posesión, que ahora veremos) es posible la realización de una apropiación indebida de un bien por parte de uno de los cónyuges, puesto que la cogestión y el consentimiento de ambos cónyuges no es necesario en todo acto que se realice para administrar el patrimonio de la sociedad.

La segunda de las dificultades choca frontalmente con la definición de la apropiación indebida, porque se es o no se es propietario: si el sujeto es propietario, no puede realizar una apropiación indebida, y podría sostenerse que cada cónyuge es propietario de cualquier bien de la sociedad de gananciales. Se me ocurre que este obstáculo se puede salvar de dos modos con la regulación actual tanto penal como civil.

Una primera vía se centraría en afirmar en una primera aproximación que ninguno de los cónyuges es propietario de los bienes que conforman el patrimonio de cualquier sociedad de gananciales. Toda sociedad de gananciales está más cercana a la naturaleza de una comunidad de bienes³¹ que al contrato de sociedad, aunque reciba este nombre, pues no se trata de ninguna de las maneras de un contrato de sociedad, dirigido a obtener lucro y a repartir las ganancias de la puesta en común de dinero, bienes o industria. La sociedad de gananciales se funda en un vínculo personal y afectivo que impregna toda su situación real y económica. En la regulación de la comunidad de bienes el propio CC utiliza para referirse a los comuneros la denominación de copropietario o condueño y además afirma que «todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad»³². La denominación utilizada efec-

³¹ A propósito de ello, cuando se disuelve la sociedad de gananciales, en tanto se práctica la liquidación y la partición y adjudicación de los bienes, el caudal conyugal queda sometido al régimen de la comunidad de bienes y a sus principios rectores (SSTS 1131/1999, 27-12; 98/2000, 14-2).

³² Art. 399 CC.

tivamente es la de propietario y además se afirma que tiene la plena propiedad de su parte; no obstante, hago notar que el precepto aclara que será limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. De todo ello se puede deducir y afirmar que el derecho de propiedad en una comunidad de bienes tiene una serie de especificidades que lo hacen diferente al derecho de propiedad que ostenta un único propietario.

En primer lugar, el comunero es propietario, pero la terminología, aun siendo correcta, es incompleta, para definir la realidad de las cosas.

En segundo lugar, se es propietario de la parte, pero no del todo. Es una propiedad *parcial*.

En tercer lugar y para completar y definir esa propiedad hay que decir que es una propiedad diferida, en el sentido de aplazada, puesto que hasta que no se hace la partición, no se concreta la cuota.

De lo dicho se puede concluir que el derecho de propiedad cobra pleno vigor con la división de la cosa común, transformándose en una propiedad plena e individual. Mientras esto no ocurre, no se puede afirmar que el copropietario es dueño y señor de la cosa, porque no lo es. Es una propiedad limitada por la existencia de otros copropietarios que tienen también un derecho de propiedad sobre alguna parte de la misma cosa o del mismo patrimonio.

Esta regulación y su interpretación puede ser trasplantada a la sociedad de gananciales, que, como hemos adelantado, es una comunidad de bienes cimentada en un vínculo, y en este caso además en el paradigma del vínculo entre dos personas independientes, capaces³³ y adultas³⁴. Incluso en este supuesto se podría sostener que la propietaria, mientras la unión perdura, es la sociedad de gananciales, diluyéndose más si cabe la idea de copropiedad, mientras aquella esté viva. Y no hay más que acercarse a los arts. 1344 y ss. del CC para comprobar que, aun no teniendo personalidad jurídica, ni siendo tan siquiera una sociedad civil, la sociedad de gananciales es un ente con cierta visibilidad para el tráfico jurídico y distinto a los cónyuges³⁵.

³³ Véase art. 1330 CC.

³⁴ Hemos partido de relaciones entre adultos; no obstante, conforme el art. 48 CC se puede contraer matrimonio, con dispensa del juez, a partir de los 14 años. Y según establece el 1329, el menor no emancipado puede otorgar capitulaciones matrimoniales.

³⁵ Por poner algunos ejemplos, el art. 1344 CC ya destaca cómo *por medio de la sociedad de gananciales los beneficios y ganancias obtenidos se hacen comunes* para

Si trasladamos todo ello al ámbito penal, considero que el tratamiento de los conceptos y las ficciones jurídicas tiene que ser tratado con mayor rigor, pues los principios del Derecho penal y su naturaleza de Derecho público y de protección de bienes jurídicos esenciales exige buscar la verdadera esencia de las cosas, siendo una perspectiva más material que formal la que se busca y desde la que se parte. De este modo, el hecho de que los bienes gananciales pertenezcan proindiviso a los cónyuges y mientras tanto formen parte de una sociedad para evidenciar esa voluntad de comunidad y de trabajar y administrar en pro de los intereses comunes, influye en el modo y manera de interpretar la apropiación indebida y el concepto de propietario de los cónyuges. Por ello me inclino a sostener que mientras la sociedad de gananciales exista o esté en periodo de liquidación, el cónyuge tiene una propiedad *diferida* que no le faculta para disponer o distraer ningún bien de cualquier manera, sino guiándose por los principios y requisitos estipulados en la sociedad de gananciales o en la comunidad de bienes; de tal modo que si dispone del bien o lo distrae en perjuicio de la sociedad y en beneficio propio, estará cometiendo una apropiación indebida³⁶, pues para el Derecho penal no basta con ostentar una propiedad diferida para defender la inaplicación del tipo.

ambos cónyuges y sólo se convertirán en individuales, cuando se disuelva aquella. Y precisamente *porque comienza una sociedad de gananciales* (art. 1345 CC) *existen bienes gananciales* (art. 1347 CC), que *pertenecen* a la sociedad de gananciales, como expresamente dice p. ej. en el art. 1351 CC. De la misma manera se redacta el art. 1354 CC, según el cual los bienes adquiridos corresponderán a la sociedad de gananciales. Al regular las cargas y obligaciones, el CC no habla de las cargas y obligaciones de los cónyuges, sino de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales (arts. 1362 ss. CC), al igual que se encuentra una regulación sobre la administración de la sociedad de gananciales (arts. 1375 ss.) y otros artículos dedicados a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1392). Por tanto, hay que concluir que la sociedad es la plasmación jurídica de la unión de la pareja.

³⁶ De la misma opinión, MAGRO SERVET, Vicente, ¿Puede cometerse delito de apropiación indebida en la disposición de cuentas en la pareja, o se aplica la excusa absoluta del art. 268 CP? en: LLPenal 90 (2012), 81: «Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes, y los esposos son considerados terceros respecto de esa masa común, disponiendo los arts. 1362 y siguientes del CC las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir, se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto de la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código Civil».

Sin argumentación jurídica alguna es lo que afirmó el TS en un acuerdo no jurisdiccional de 2005 de 25-6: «El régimen de sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la excusa absoluta»³⁷.

También cabe otro planteamiento para sostener que es posible la realización de un delito de apropiación indebida en la órbita de la pareja. La definición de apropiación indebida gira sobre dos verbos típicos: apropiarse y distraer. El primero de ellos va en consonancia lingüística y conceptual con el ataque al bien jurídico propiedad, ya que se despoja a alguien de lo que es suyo, pasando a ser propietario. El segundo de los verbos se aviene menos a la pureza del concepto y amplía, para mucha parte de la doctrina e inmensa mayoría de la jurisprudencia, el radio de acción del delito, acogiendo más bien la figura de la administración desleal de patrimonio ajeno³⁸.

El verbo «distraer» admite, según parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, una modalidad de administración desleal que no ha recibido descripción típica autónoma en el CP, por lo que de este modo se cubre una laguna de punibilidad. El que distrae no lesiona la propiedad, sino el patrimonio, por lo que en una copropiedad o condominio cualquier actuación del administrador que no corresponda al buen gobierno y al interés de la sociedad produciendo un perjuicio relevante penalmente es considerada una conducta ilícita. Como se puede comprobar, no se pone tanto el acento en si el sujeto activo es propietario como en la forma de gestión que se hace de esos bienes. Pero aquí como en el caso anterior, no se puede perder de vista que también es importante la forma en que se presente esa propiedad, ya que si es individual, única y exclusiva, el propietario a nadie tiene que rendir cuentas sobre la gestión de sus bienes, pero si estamos ante una copropiedad ya no existe un dominio individual absoluto sobre la cosa y hay que abstenerse en cualquier caso de realizar conductas que vayan en perjuicio del otro copropietario de los bienes.

Volviendo a los casos en los que cualquiera de los cónyuges puede disponer del todo sin el expreso consentimiento del otro cónyuge, como sucede en los contratos de cuenta corriente, si uno de ellos dispone de la totalidad del dinero depositado con la finalidad de

³⁷ Vid. al respecto, MAGRO SERVET, LLPenal 90 (2012), 82.

³⁸ Desde otra perspectiva y para el caso de apropiación indebida del dinero depositado en las cuentas de la pareja, MAGRO SERVET, LLPenal, 90 (2012), 82.

preparar una salida de la sociedad de gananciales y el propósito de abandonar al otro cónyuge y acabar la convivencia, se puede afirmar que nos podemos encontrar con un delito de apropiación indebida, y ello aunque el supuesto del que partimos sea una sociedad de gananciales y además ante cuentas corrientes de titularidad indistinta, porque «lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá que venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta» (SSTS de la sala civil y de lo penal 8856/1991 8-II, 4826/1996 7-VI, 6825/1997 29-IX, 5966/1999 5-VII, 3922/2000 29-V y 1013/2005 7-XI). Lo verdaderamente importante a efectos penales es, por tanto, el hecho de que uno de los cónyuges se apropie de todo el dinero depositado en las cuentas corrientes, constituyendo la cantidad depositada un bien ganancial, lo cual nos conduce directamente a afirmar la copropiedad y ello a afirmar que el cónyuge codicioso se apropia de más de lo que le correspondería en el caso de que se efectuase la liquidación.

De manera distinta considero que hay que tratar los supuestos en los que el cónyuge extrae de la cuenta corriente cantidades cercanas a lo que le correspondería en caso de liquidación, y ello porque demuestra claramente la falta de dolo, pues no pretende apropiarse de lo que no es suyo y el exceso, en caso de producirse, puede ser tratado como un error de tipo. En cualquier caso, considero que estas conductas no son relevantes, ni merecen el reproche penal.

En esta misma línea se pueden incluir las conductas dilapidadoras de uno de los cónyuges. Este tipo de cónyuges tienen un carácter disoluto, que le lleva de manera incontrolada en muchos casos a malgastar lo suyo y lo ajeno, pero no es el ánimo o el fin o el objetivo que el Derecho penal pretende castigar a través de la exigencia de dolo en el tipo de apropiación indebida.

3. Conclusiones finales y provisionales

I. Considero que es posible cometer un hecho típico (y antijurídico) de apropiación indebida por parte del cónyuge, tanto si el matrimonio vive junto como si subsiste por no haberse disuelto aunque haya separación, respecto de objetos del régimen de gananciales que excedan claramente de su cuota. Y también podría cometer el hecho

típico de apropiación indebida, en caso de matrimonio disuelto –por divorcio o anulación, que, aun siendo distinta, en la práctica equivale a la disolución–, el ex-cónyuge que sin embargo por circunstancias fácticas (p.ej. no haberse cancelado aún la cuenta corriente común) sigue siendo poseedor o administrador de algunas cosas de la sociedad de gananciales liquidada.

Sin embargo, aplicar al cónyuge (o anterior cónyuge) la pena del delito de apropiación indebida que ha cometido (hecho típico y antijurídico) sólo es posible en los supuestos en que el vínculo se ha disuelto y el matrimonio ya no existe, o está en situación de separación y por tanto generalmente en proceso de disolución (situación de separación, legal o de hecho, en la que ya no se aplica la exención personal de punibilidad en la nueva regulación que ha efectuado el CP 1995 en su art. 268: lo que hemos denominado estados transitorios), y ello porque antes el ordenamiento jurídico no admite la posibilidad de la respuesta penal. Los arts. 103 LECrim y el art. 268 CP actúan como un muro insoslayable, con el objetivo de preservar esa unión, mientras exista. El ordenamiento penal no quiere ser un factor que contribuya o coadyuve a la destrucción de ese vínculo. Si se da una respuesta penal a la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, se abre una brecha corrosiva entre los cónyuges y el legislador intuye que no habrá marcha atrás o bien la relación quedará gravemente deteriorada. Por ello, no ha querido que quede al arbitrio de alguno de los cónyuges el elegir la respuesta penal, que en muchos casos puede ser decidida sin haber sopesado las consecuencias.

Ahora bien, como en la exención del art. 268 CP se trata de una causa sólo personal de exclusión de la punibilidad (unida a la imposibilidad más general de acción penal para el cónyuge del art. 103 LECrim), pero la conducta es típicamente antijurídica y por tanto delito del art. 252, naturalmente que cabe y es punible la participación: inducción o cooperación, e incluso la coautoría, de terceros que intervengan junto con el cónyuge en la apropiación.

A esto hay que añadir que, por otro lado, el ordenamiento jurídico no deja huérfano al cónyuge que, existente el vínculo marital, sufre la mala gestión del otro cónyuge o ha descubierto que se ha despojado a la sociedad de gananciales de algún bien. En el Derecho privado, se protege a la sociedad de gananciales y por ende al cónyuge más desvalido, cuando por un acto de administración o de disposición realizado sólo por uno de los cónyuges, éste obtiene un beneficio o lucro excesivo para él u ocasiona un daño a la sociedad de gananciales de manera dolosa. En este caso el cónyuge que actúa del modo descrito será deudor de la sociedad por su importe, incluso

cuando el otro cónyuge no impugne la eficacia del acto (art. 1390 CC). Y ya para el caso de que el cónyuge realice un acto en fraude de los derechos de su consorte y el adquirente proceda de mala fe, además de los efectos anteriores, el acto será rescindible (art. 1391 CC).

Y además de esta regulación del Derecho civil, el cónyuge víctima de una apropiación indebida, dado que es delito, puede obtener incluso por la vía penal la responsabilidad civil derivada de delito (arts. 109 ss. CP) impuesta al otro cónyuge (que incluso podría reclamar, si lo desea, por esa vía penal el cónyuge agraviado, ya que el art. 103 LECrim no le prohíbe ejercitar la acción civil en un proceso penal), y por supuesto también la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* por parte de los terceros que hayan intervenido como coautores o como partícipes junto al otro cónyuge.

En conclusión, aunque material y conceptualmente exista una apropiación indebida y el cónyuge presente una denuncia o querrela al otro cónyuge, el ordenamiento jurídico-penal cierra sus puertas procesal y sustancialmente ante una incoherencia vital, como lo es que siga existiendo el matrimonio y sin embargo se denuncie al otro cónyuge por un ataque al patrimonio ganancial. La lesión económica no tiene tanta entidad para que emerja el interés público de protección penal de la propiedad y el patrimonio frente a esa persona, y cede ante otro interés público en juego: la institución del matrimonio y la familia.

II. Ahora bien, podemos preguntarnos para qué sirve entonces que el TS haya admitido la apropiación indebida dentro de un contexto matrimonial y a renglón seguido añada que sin perjuicio de que se aplique la condición personal de exclusión de la punibilidad. Podría pensarse que es un brindis al sol y que la cuestión es baladí, pero no es así, porque, dejando ahora aparte todo lo dicho sobre la responsabilidad penal de terceros que no se benefician de la exención personal del cónyuge y la posible responsabilidad civil derivada de delito, y centrándonos en el cónyuge delincuente, la realidad sentimental tiene un proceso y etapa de tránsito, que se materializa, para lo que aquí interesa, en aquellos casos en el que el cónyuge realiza el hecho mientras están casados y después resulta que a los pocos meses se inicia un proceso de separación o divorcio. En esta situación nos podemos preguntar si el todavía cónyuge puede presentar una denuncia o querrela frente al otro cónyuge y si puede prosperar o se sobreseerá, si esta terminación de la instrucción se admite, por alegar la condición personal de exclusión de la punibilidad. En mi opinión, cobra total sentido el acuerdo no jurisdiccional del TS de 2005 y no se podrá aplicar a estos casos el art. 268 CP, por

mucho que la realización del delito se haya cometido vigente el matrimonio, pues la finalidad de la excusa absolutoria pierde todo su sentido³⁹. Ahora ya no nos encontramos ante un vínculo y una unión formalizada y sí nos encontramos con la voluntad de rescindir la unión sentimental y el contrato matrimonial, por lo que, si se cumplen todos los requisitos de la apropiación indebida en la conducta del todavía cónyuge, que como hemos visto, sí pueden concurrir, se impondrá una pena y la respuesta penal es posible.

III. Por último, considero que hay que reinterpretar el art. 103 LECrim para establecer una armonía regulativa con el art. 268 CP, de tal modo que el grupo de los bienes personales que se exceptúan de la prohibición procesal se amplíe con una nueva visión actualizada y que el término 'cónyuge' sea el recogido en el art. 268 CP, porque a efectos penales los cónyuges separados legalmente y en procesos de separación, nulidad o divorcio no son ya considerados cónyuges, y por ello pueden tener responsabilidad penal en su caso.

³⁹ Para los casos en que exista separación de hecho cfr. MAGRO SERVET, LLPenal, 90 (2012), 90 y ss., y las conclusiones a las que llega en la aplicación de la causa de exclusión personal de la punibilidad.

