

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO**

**NATURALEZA JURÍDICO-PENAL DEL REQUERIMIENTO EN EL  
DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA REGULADO EN EL CÓDIGO  
PENAL PERUANO**

**POR**

**Bach. José Carlos Zelada Sangay**

**ASESOR**

**Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla**

**Cajamarca – Perú**

**Febrero – 2020**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**NATURALEZA JURÍDICO-PENAL DEL REQUERIMIENTO EN EL  
DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA REGULADO EN EL CÓDIGO  
PENAL PERUANO**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el  
Título Profesional de Abogado**

**Bach. José Carlos Zelada Sangay**

**Asesor: Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla**

**Cajamarca – Perú**

**Febrero – 2020**

COPYRIGHT © 2020 BY:

JOSÉ CARLOS ZELADA SANGAY

Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

NATURALEZA JURÍDICO-PENAL DEL REQUERIMIENTO EN EL DELITO  
DE APROPIACIÓN ILÍCITA REGULADO EN EL CÓDIGO PENAL  
PERUANO

Presidente: Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Secretario: Mg. Augusto Rolando Quevedo Miranda

Asesor: Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

A:

Dios en primer lugar por la vida y salud que nos brinda cada día; Mis padres, Catalino y Francisca, por su apoyo incondicional y orientación durante mis estudios universitarios.

Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla, quien aceptó asesorarme en el desarrollo de esta investigación, así como bríndame el conocimiento disponible tanto en la parte sustantiva como en metodología. De igual forma al Dr. Juan Carlos Tello Villanueva por el apoyo y orientación en la presente investigación.

## TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS.....	VIII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.....	3
1.1. Problema de Investigación .....	3
1.1.1. Descripción de la realidad problemática.....	3
1.1.2. Formulación del Problema.....	8
1.1.3. Justificación del problema.....	8
1.1.4. Objetivo General .....	10
1.1.5. Objetivo Específico.....	10
CAPÍTULO II .....	11
MARCO TEÓRICO .....	11
2.1. El delito de apropiación ilícita en el código penal peruano.....	11
2.1.1. Los orígenes de la apropiación ilícita en el Perú.....	11
2.1.2. Análisis del comportamiento objetivo .....	12
2.1.2.1. Acción.....	13
2.1.2.2. Sujetos.....	16
2.1.2.3 Bien Jurídico .....	18
2.1.2.4. Objeto Material de la Acción.....	20
2.1.2.5. Título o relación jurídica preexistente .....	25
2.1.3. Análisis del comportamiento subjetivo .....	30
2.1.4. Iter Criminis y Consumación delictiva.....	31
2.2. El requisito de procedibilidad .....	33
2.2.1. Teoría general del proceso.....	33
2.2.2. Naturaleza del derecho procesal .....	34
2.2.3. Presupuestos procesales.....	35
2.2.3.1. Requisitos de Procedibilidad. ....	36
2.3. Teoría de la Prueba .....	39
2.3.1. Sistemas de Valoración de la prueba .....	39
2.3.1.1 Sistema de Prueba legal o tasada .....	39
2.3.1.2. Sistema de íntima convicción .....	40
2.3.1.3 Sistema de la sana crítica o libre valoración.....	41

<b>2.4. Hipótesis de la Investigación .....</b>	<b>42</b>
<b>2.4.1. Operacionalización de la Variable .....</b>	<b>42</b>
<b>CAPÍTULO III:.....</b>	<b>43</b>
<b>METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>43</b>
<b>3.1. Tipo de investigación .....</b>	<b>43</b>
<b>3.2. Diseño de investigación .....</b>	<b>43</b>
<b>3.3. Área de investigación .....</b>	<b>43</b>
<b>3.4. Dimensión temporal y espacial .....</b>	<b>43</b>
<b>3.5. Métodos .....</b>	<b>43</b>
<b>3.5.1. Hermenéutica jurídica. ....</b>	<b>44</b>
<b>3.6. Técnicas de Investigación .....</b>	<b>45</b>
<b>3.7. Instrumentos .....</b>	<b>45</b>
<b>3.8. Limitaciones.....</b>	<b>45</b>
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>47</b>
<b>DISCUSIÓN Y RESULTADOS .....</b>	<b>47</b>
<b>4.1. Presentación.....</b>	<b>47</b>
<b>4.1.1. El Requerimiento de Cumplimiento de la Obligación. ....</b>	<b>47</b>
<b>4.2. Análisis .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2.1. El requerimiento de devolución como elemento del tipo .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2.2. Requerimiento como requisito de procedibilidad .....</b>	<b>56</b>
<b>4.2.3. Requerimiento como prueba.....</b>	<b>60</b>
<b>4.3. Toma de postura.....</b>	<b>62</b>
<b>4.3.1. Forma de interpretación .....</b>	<b>68</b>
4.3.1.1. Uso de los indicadores propuestos.....	68
4.3.1.2. Propuesta final de interpretación .....	77
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>78</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>81</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>82</b>

## ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

<i>Figura 1.</i> Uso de la hermenéutica en la presente tesis.....	44
<i>Figura 3.</i> Indicadores para una interpretación general de la naturaleza jurídica del requerimiento. ....	69
<i>Figura 4.</i> Naturaleza jurídica del requerimiento de cumplimiento de la obligación .....	76
Tabla N° 1. Operacionalización de la Variable.....	42

## RESUMEN

La pregunta que dio origen a la presente investigación es ¿Cuál es la naturaleza jurídico-penal del requerimiento en el delito de apropiación ilícita, regulado en el Código Penal Peruano?, ya que del estudio de diversa doctrina nacional e internacional, se advierte que actualmente existen diferentes posturas sobre el requerimiento de devolución, entrega o de realización de un uso determinado, en el delito de apropiación ilícita, pues para algunos tratadistas esta circunstancia constituye un elemento objetivo del tipo penal, toda vez que es necesaria su presencia para la consumación de este delito, otro sector lo considera como un requisito de procedibilidad, y una tercera postura considera que esta circunstancia solo tiene efectos probatorios; en ese mismo orden de ideas, se realizó un análisis minucioso de la modalidad de apropiación indebida de dinero; por ello se procedió a estudiar y analizar los argumentos que fundamentan estas posturas. Luego del examen realizado, se concluye que si el requerimiento en el delito de apropiación ilícita de un bien mueble o título valor, no posee las características de ser un elemento objetivo del tipo penal ni requisito de procedibilidad, entonces su naturaleza jurídica es la de un medio probatorio no determinante, empero cuando se trata de apropiación indebida de una suma de dinero, la naturaleza jurídica del requerimiento es un requisito de procedibilidad.

**Palabras clave:** Apropiación ilícita, consumación, requerimiento de cumplimiento de la obligación, requisito de procedibilidad, prueba.

**Línea de investigación:** Criminología y eficacia del derecho penal en la sociedad

## **ABSTRACT**

The question that gave rise to the present investigation was: What is the legal nature of the requirement in the crime of unlawful appropriation, regulated in the Peruvian Penal Code ?, since the study of different national and international doctrine, I noticed that there are currently different positions on the requirement of return, delivery or realization of a specific use, in the crime of unlawful appropriation, because for some writers this circumstance constitutes an objective element of the criminal type, since its presence is necessary for the consummation of this crime another sector considers it a procedural requirement, and a third position considers that this circumstance only has probative effects; In the same order of ideas, a thorough analysis was made of the method of misappropriation of money; Therefore, we proceed to study and analyze the arguments that support these positions. After the examination, I concluded that if the refusal to the requirement in the crime of illicit appropriation of a movable asset or title, does not have the characteristics of being an objective element of the criminal type or procedural requirement, then its legal nature is the However, when it comes to improper appropriation of a sum of money, the legal nature of the refusal of the requirement is a procedural requirement.

**Keyword:** Unlawful appropriation, consummation, procedural requirement, evidence

## INTRODUCCIÓN

Por cultura general, se sabe que el ser humano por naturaleza es un ente libre y sociable que necesita relacionarse e interactuar con otros seres humanos para satisfacer sus necesidades. Para obtener seguridad y resguardar de sus intereses frente a los demás, otorga una pequeña porción de su libertad a un tercero, pasando de un estado de naturaleza a uno social, donde los individuos de un territorio determinado empezaran a vivir de una forma más ordenada, respetando los intereses de sus pares; a esto de acuerdo a la teoría vertida por Rosseau lo llamamos como Contrato Social.

El contrato social se puede definir como aquel acuerdo de los individuos de un determinado territorio para crear un estado social de derecho, donde se respeten los derechos e intereses de cada individuo, y frente a un acto contrario al contrato social habrá una sanción para restablecer el orden social. Así nace el Derecho Penal como un mecanismo institucionalizado de control social, que reprime con pena aquellas conductas graves que atenten contra la paz social y el orden legalmente establecido; con este mecanismo, el Estado ejerciendo su *ius puniendi*, prohíbe aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, que en síntesis son delitos.

En el Perú desde 1863 el catálogo de conductas lesivas de bienes jurídicos, está constituido por el Código Penal, el cual a partir de esa fecha ha sufrido varios cambios como derogaciones; así tenemos que finalmente en 1991 se promulgó un nuevo Código Penal el cual se encuentra vigente hasta la actualidad. Este cuerpo normativo, cuenta con tres libros, varios títulos y capítulos, de esa forma tenemos

que en el título V del segundo libro se conmina con pena privativa de la libertad aquellas conductas ilícitas que menoscaban el patrimonio de las personas. Una vez aclarado el panorama, el tema de investigación que se abordará en esta tesis tiene que ver específicamente con el delito de apropiación indebida, tipificada en el artículo 190 del Código Penal; siendo ello así, se desarrollarán los siguientes temas.

En el primer capítulo se abordará el problema de investigación, que en específico se verá la descripción de la realidad problemática, definición del problema, objetivos tanto general como específicos y justificación e importancia.

En el segundo capítulo se desarrollará el examen del delito de apropiación ilícita, desde sus orígenes en el Perú, así como la tipicidad objetiva y subjetiva. También, trataremos el tema del requisito de procedibilidad y la teoría de la prueba, temas esenciales para el entendimiento de la presente tesis. Finalmente, lo más importante, en este capítulo se encuentra la hipótesis.

El capítulo tres está referido a temas metodológicos, como es las técnicas que se han empleado en esta tesis, etc. Seguidamente en el capítulo IV se encuentra la parte más importante y esencial de toda investigación, esto es la discusión y los resultados, donde se analiza cada postura que ha tratado nuestro tema de investigación y se lo somete a un análisis minucioso.

Finalmente, en la última parte de esta tesis se detallan las conclusiones a las cuales se ha arribado, así como las recomendaciones que se brindan para que se realicen más investigaciones sobre el delito de apropiación ilícita.

## **CAPÍTULO I:**

### **1.1. Problema de Investigación**

#### ***1.1.1. Descripción de la realidad problemática***

El Derecho Penal, como mecanismo institucionalizado de control social, reprime las conductas que son dañinas para la sociedad, aquellas que alteran el orden legalmente establecido y causan la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. De esa forma, el legislador peruano, ejerciendo legítimamente el *ius puniendi*, plasma en el Código Penal de 1991, específicamente en el título V del segundo libro, aquellas conductas ilícitas que menoscaban el patrimonio de las personas. Mediante esta regulación se tutela el patrimonio, entendido como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica, pertenecientes a determinada persona.

En ese sentido, el artículo 190 del actual Código Penal, sanciona la conducta de Apropiación Ilícita, cuyo bien jurídico protegido penalmente es el derecho de propiedad sobre determinado bien. No obstante, en este trabajo se considera que no solo se menoscaba el patrimonio del sujeto pasivo, sino que además existe un abuso de confianza por parte del agente, es decir, este se aprovecha de la confianza que la víctima depositó sobre él, al conferirle de buena fe el uso o tenencia de un bien mueble, título valor o dinero.

El tipo penal *in examine* no ha sufrido modificatorias desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991; y en atención a ello, la conducta prohibida es la siguiente:

El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años [...].

En principio, se debe tener en cuenta que se trata de un injusto penal que tiene su naturaleza en el derecho civil, pues en primer momento, la víctima y el agente tienen una relación contractual de buena fe, donde cada uno se obliga a realizar determinada prestación, por ejemplo en el contrato de depósito, el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante, y este último si fuera el caso, se obliga a pagar un determinada suma de dinero. Cuando el depositario incumple su obligación, y se apropia indebidamente de la cosa, sabiendo que puede perjudicar al depositante, no solo estamos hablando de un incumplimiento contractual que amerita una consecuencia jurídica de naturaleza civil, esto es la resolución del contrato, sino que esta conducta también será sancionada penalmente, pues se trata de una acción que contradice las normas de derecho civil, y sobre todo afecta un bien jurídico protegido penalmente.

Como se ha podido atisbar, este ilícito penal presenta dos momentos, uno lícito y otro ilícito. El primero se advierte cuando la víctima concede de buena fe, al sujeto activo, un bien mueble, dinero o un valor, con la obligación de entregar a una tercera persona o devolverlo al mismo sujeto pasivo o hacer un uso determinado del mismo, en virtud a un contrato de depósito, comisión, administración u otro de semejante título. El segundo momento, se observa cuando el agente, quien de forma lícita recibió el objeto material del delito, abusando de la confianza, decide apropiarse indebidamente del bien, actuando

como supuesto propietario o realiza un uso distinto al determinado primigeniamente, en beneficio propio o de tercero; esta conducta ilícita es la que se sanciona penalmente.

Referente a la consumación, diversos doctrinarios tienen posturas diferentes, así Salina Siccha, al respecto refiere que:

El delito se consuma en el momento en que el agente se resiste, se niega o es renuente a cumplir la obligación de entregar o devolver el bien ante el requerimiento expreso e indubitable de la persona que tiene derecho a efectuarlo. Solo con la negativa o resistencia al requerimiento expreso podemos tener convicción de que realmente el agente se ha apropiado del bien. (2015, p. 214)

Para este autor, es imprescindible como presupuesto de la consumación del ilícito penal, que el sujeto pasivo haya solicitado (requerimiento) previamente la devolución, entrega o uso determinado del objeto material del delito; por lo tanto, esta circunstancia se reputaría como un elemento constitutivo del tipo penal que, sin la presencia de este, la conducta no se configuraría, es decir, esta circunstancia debe ser abarcada por el dolo del agente, pues tiene que conocer que el sujeto pasivo ha solicitado el cumplimiento de la obligación, para de esa forma negarse a ese requerimiento u omitir su cumplimiento.

Por otro lado, Cabrera Freyre, enseña que este delito “adquiere perfección delictiva, cuando el agente se apropia de forma definitiva del bien o cuando hace un uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que efectuase sobre el bien [...]” (2009, p. 282).

Nótese que, para este doctrinario, no es imprescindible un requerimiento previo de cumplimiento de la obligación para que se consume el ilícito penal, pues considera que, la conducta ilícita del agente se consuma con la sola disposición

del bien que le fue entregado en custodia. No obstante, este mismo autor, refiere que el requerimiento de devolución, constituye una condición objetiva de procedibilidad, puesto que “si bien la norma penal no lo dice expresamente, se ha convenido jurisdiccionalmente, que el agraviado, antes de denunciar el hecho, debe cursar una carta notarial al presunto autor, requiriéndole la entrega del bien.” (2009, p. 289). Asimismo, Mayte León Sernaqué, apoyando la postura del citado autor, refiere que:

[...] consideramos que sí resulta necesario que exista un requerimiento de devolución para ejercitar la acción penal por cuanto el Derecho Penal debe intervenir para restaurar la norma penal infringida protegiendo el bien jurídico lesionado, por lo que resulta necesario agotar todo instrumento que permita lograr satisfacer el derecho reclamado por el titular del bien, sin que se tenga que llegar a ejercitar una acción penal para exigir la devolución del bien, y para en caso no se cumpla con dicho objetivo, se acuda a aquél derecho de mínima intervención, constituyéndose de tal manera dicho requerimiento en un requisito de procedibilidad, en tanto que es una circunstancia ajena al tipo penal. (2016, p. 81)

Este sector de la doctrina, considera que si bien es cierto el tipo penal de apropiación ilícita, descrito en el artículo 190 del Código Penal, no exige de forma expresa un requerimiento previo de devolución, entrega o de uso determinado para su consumación y que por lo tanto, no constituye un elemento del tipo, sin embargo, esta circunstancia, para ellos, constituiría un requisito de procedibilidad para ejercitar la acción penal, por lo tanto, al consumarse el delito, el requerimiento de cumplimiento de la obligación tiene un carácter procesal, específicamente, un presupuesto procesal, que da validez al ejercicio de la acción pública.

Una tercera postura, plantea que el requerimiento no constituye un elemento del tipo y tampoco un requisito de procedibilidad, sino que este es una

circunstancia que servirá únicamente como un medio probatorio que no condiciona el ejercicio de la acción penal, así lo señala Reátegui Sánchez que, “este supuesto solo será a efectos de probanza, pero no como condición o requisito de procedibilidad, como sí está como por ejemplo en el delito de libramiento indebido artículo 215 del Código Penal peruano.” (2015, p. 410). En ese mismo razonamiento, Creus al analizar el artículo 172 inc. 2 del Código Penal Argentino, señala lo siguiente, “en ciertas hipótesis la determinación de la conducta abusiva requerirá una rendición de cuentas, pero ella no es una cuestión prejudicial ni siquiera previa, sino simplemente una prueba referente a dicha conducta.” (1997, p.480)

Como se puede observar, las posturas sobre el requerimiento de cumplimiento de la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado (durante toda la investigación solo se tratará como el requerimiento), son divergentes, pues esta circunstancia es tratada como elemento objetivo del tipo penal, requisito de procedibilidad o solo para efectos de probanza.

En la presente investigación, se determinará la naturaleza jurídica de esta circunstancia que actualmente resulta imprescindible para la correcta aplicación de la ley penal, teniendo en cuenta el objeto material del delito de la apropiación ilícita, pues de la revisión de la doctrina, se puede advertir que la interpretación del tipo penal *in examine* es realizado únicamente sobre el bien mueble, mas no sobre el título valor o dinero, este último de una singular característica por su fungibilidad.

El planteamiento desarrollado en la presente investigación coadyuvará a la efectiva administración de justicia, pues los tribunales peruanos contarán con un fundamento más sólido para la valoración del requerimiento en el delito de apropiación ilícita.

### ***1.1.2. Formulación del Problema***

¿Cuál es la naturaleza jurídica-penal del requerimiento en el delito de apropiación ilícita, regulado en el Código Penal Peruano?

### ***1.1.3. Justificación del problema***

El delito de apropiación ilícita, lo encontramos previsto en el artículo 190 del Código Penal Peruano de 1991, el cual afecta el bien jurídico de otra persona, esto es, el patrimonio del sujeto pasivo, específicamente la propiedad, puesto que se configura cuando el agente habiendo recibido un bien mueble o dinero de forma lícita, en virtud a un contrato de depósito, comisión, administración u otro de título semejante, se apodera del bien indebidamente colocándolo como parte de su patrimonio, es decir, realiza actos que son propios del titular del bien, esto es, disponiendo del bien o dando un uso distinto al determinado.

Ahora bien, el tema de investigación que se realizó, tiene correlación con la fase consumativa del delito de apropiación ilícita, puesto que en la doctrina peruana y en la extranjera existen diversas posturas referentes al momento consumativo, tal es así que, para un sector, el momento consumativo se atisba cuando el agente se niega a devolver o entregar el bien previo requerimiento expreso del sujeto pasivo; para el otro sector se presenta cuando el sujeto activo se

apodera indebidamente del bien, constituyendo el requerimiento expreso un requisito que condiciona la acción penal.

Lo señalado anteriormente, ha permitido que los representantes del Ministerio Público que tienen en sus manos una denuncia de apropiación ilícita, primero revisen si la víctima ha requerido el cumplimiento de la obligación, esto es devolver, entregar o hacer un uso determinado del bien, mediante carta notarial o privada; si no se adjuntaba este documento, las causas penales eran archivadas provisionalmente hasta que se satisfaga con dicho requisito. Por otro lado, si el fiscal decidía continuar con la investigación preparatoria, a pesar de no contar con el documento que acredite el requerimiento expreso de devolución, los abogados defensores de la parte imputada, en el momento plantean su cuestión previa, a efecto de que el juez suspenda el trámite del proceso hasta que se cumpla con dicho requisito de procedibilidad, y una vez cumplida con esta circunstancia las causas penales se reanudan, lo que genera dilaciones en el proceso penal.

Lo que se buscó con la presente investigación es establecer los fundamentos que sustentan las posturas existentes respecto al requerimiento en el delito de apropiación ilícita, lo que llevó a establecer la verdadera naturaleza jurídica de esta circunstancia, toda vez que actualmente diversos doctrinarios lo tratan de diferentes formas, y su estudio lo realizan de una forma efímera o escueta, más aún si no existen investigaciones que de forma pormenorizada examine y confronte las posturas existentes.

Así mismo, lo que se logró implementar una forma de interpretación del requerimiento en el delito de apropiación ilícita, teniendo en cuenta el método

teleológico y sistemático, toda vez que, esta investigación no se agota con la sola mención de la naturaleza jurídico-penal del requerimiento de devolución, sino que luego de haberse examinado los fundamentos en los que se basan las posturas existentes sobre esta circunstancia, se escogerá a una de ellas y se le dará cierto sentido de interpretación.

#### ***1.1.4. Objetivo General***

Determinar la naturaleza jurídica del requerimiento, en el delito de apropiación ilícita, regulado en el Código Penal Peruano.

#### ***1.1.5. Objetivo Específico***

Desarrollar los alcances del delito de apropiación ilícita.

Examinar los fundamentos que apoyan el requerimiento de cumplimiento de la obligación (devolución, entrega o uso determinado) como elemento objetivo del tipo, requisito de procedibilidad y como medio probatorio de libre valoración.

Examinar el requerimiento tomando en cuenta el objeto material del delito.

Formular una propuesta de interpretación del requerimiento en el delito de apropiación ilícita.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. El delito de apropiación ilícita en el código penal peruano

##### 2.1.1. *Los orígenes de la apropiación ilícita en el Perú*

A nivel mundial el delito de apropiación ilícita, tuvo su primera aparición en el Código del Manú y el Levítico, los cuales confundían a esta conducta ilícita como una especie del delito de Hurto, siendo que, ya en Roma con “Las Doce Tablas” se sancionó dos manifestaciones del delito de Hurto, esto es, la apropiación de las cosas recibidas en depósito y la apropiación por el tutor de los bienes del pupilo. De esa forma, ya con la doctrina alemana del Derecho intermedio se puede hablar de la distinción entre hurto y apropiación indebida, esta última tuvo como precedente el *crimen intevensionis*, el cual hacía referencia a la apropiación de lo ya poseído. En Francia en 1791, el delito de apropiación ilícita fue independizado del delito de estafa y hurto; de esa forma en Italia, con el Código Penal Rocco de 1930 y en España de una forma definida que perdura hasta la actualidad, con el código de 1879, se regula el delito de apropiación ilícita. (Pizarro Guerrero, 2006, pp. 23-28).

En el Perú, luego de un fracaso surgido hasta la mitad del siglo XIX, pues durante este tiempo se presentaron diversos proyectos de código penal, el 23 de setiembre de 1862 se aprueba un proyecto del Código Penal, el mismo que fue refrendado el 1 de octubre del mismo año y promulgado el 1 de marzo de 1863; dentro de este código el delito de apropiación ilícita no se encontraba de forma autónoma, puesto que su regulación correspondía al artículo 345 inciso 6, dentro

del delito de estafa, es decir, era una modalidad de esta. Luego, durante el gobierno del presidente Augusto B. Leguía, en 1924, se promulga el segundo Código Penal, abrogando de esa forma al Código Penal de 1863; de este último antecedente, podemos señalar que la apropiación ilícita se regulaba de forma independiente de los delitos de Hurto y Estafa, en el artículo 240 que a la letra decía “El que, en provecho propio o de un tercero se apropia indebidamente de una cosa mueble, una suma de dinero, o de un valor que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, será reprimido (...)”.

Teniendo los antecedentes, señalados precedentemente, el actual Código Penal peruano, publicado el día 08 de abril de 1991, dentro del Título V de los “Delitos contra el patrimonio”, regula en su artículo 190, de forma autónoma, la conducta ilícita de apropiación indebida, la misma que hasta la actualidad se ha mantenido en su texto original; en tal sentido a continuación se analizará esta conducta típica, utilizando la teoría del delito que constituye un instrumento jurídico-penal que sirve como base a los juristas y operadores del derecho, a aplicar la ley penal al caso concreto.

### ***2.1.2. Análisis del comportamiento objetivo***

El delito de apropiación ilícita, lo encontramos previsto en el artículo 190 de nuestro actual Código Penal Peruano, cuyo tenor literal es el siguiente:

**Artículo 190.** El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

#### **2.1.2.1. Acción**

El maestro alemán Roxin, luego de analizar la evolución de la dogmática jurídico penal del concepto de acción (preclásico, naturalista, finalista, social y negativa), enseña que esta debe entenderse como la manifestación de la personalidad, lo que significa:

En primer lugar, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten de únicamente de la esfera corporal ('somática') del hombre, o del ámbito material, vital y animal del ser. Sin estar sometido al control del 'Yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. (1997, p. 252)

Esta concepción de la acción describe el criterio decisivo para la delimitación entre acción y falta de acción. En tal sentido, no son acciones los efectos producidos por los animales, los actos de las personas jurídicas<sup>1</sup>, los meros pensamientos o actitudes internas, la fuerza física irresistible y los movimientos reflejos.

Del tenor literal del artículo 190 del Código Penal, se desprende que la acción ilícita que se penaliza es la apropiación indebida.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entiende por apropiar el "hacer algo propio de alguien", "Dicho de una persona:

---

<sup>1</sup> Este supuesto depende de la legislación, puesto que actualmente en el sistema penal español, las personas jurídicas sí cometen delitos; caso contrario ocurre con la legislación alemana y la totalidad de los países latinoamericanos, dado que quienes responden por estos entes son los representantes legales.

tomar para sí una cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad”. En el ámbito penal, la apropiación consiste en que el sujeto activo, actúa como propietario sobre un bien que le pertenece a otra persona, esta acción para que revista de tipicidad tiene que realizarla de forma ilícita, es decir, sin tener derecho alguno sobre el objeto material del delito. Empero, con la finalidad de entender mejor este delito, es menester desglosarlo y realizar el análisis de forma más detallada.

El delito de apropiación ilícita, establecido en el artículo 190 del Código Penal, para su configuración presenta dos momentos, uno lícito que constituye necesariamente su presupuesto material, y otro ilícito que es sancionado penalmente. De esa forma, el primer momento en el delito de apropiación ilícita, que se caracteriza por ser lícito, pues nace en virtud de un contrato de naturaleza civil o societaria el cual produce una obligación de entregar o devolver el bien o valor, es la entrega del objeto material del delito por parte del sujeto pasivo hacia el agente o sujeto activo, es decir, el agente recibe del sujeto pasivo el bien o valor, con el fin de custodiar o administrar el mismo, para luego devolverlo al mismo sujeto pasivo o entregarle a una tercera persona ajena a la relación contractual; siendo ello así “solo producirá la obligación de devolver algo que previamente lo haya recibido, ya que si no se prueba que el sujeto activo lo haya recibido en términos no violentos, entonces estaremos ante un delito de robo o hurto.” (Reátegui Sánchez, 2015, p.398), o si se evidencia que la entrega fue producto de un vicio en la voluntad del agente como puede ser el engaño, astucia o ardid, estaremos frente a un delito de estafa, mas no de apropiación indebida. En consecuencia, es imprescindible que, en el momento previo a la conducta típica,

se evidencie una entrega lícita del objeto material del delito, mas no una sustracción ilegal.

Ahora bien, referente a la conducta típica, el cual constituye el segundo momento que es ilícito y sancionado penalmente, es la apropiación indebida; esta se presenta cuando el agente habiendo recibido el bien o valor, en virtud a un contrato civil o societario, y teniendo la obligación de devolverlo a su legítimo propietario o entregarlo una tercera persona, decide introducirlo en su esfera de dominio, es decir, sin derecho alguna realiza actos de disposición sobre el objeto material del delito o le da un uso distinto al determinado; así Pizarro Guerrero enseña que la apropiación, en el delito en análisis, consiste en “hacer propio un bien o dinero de ajena pertenencia, recibido en virtud de un título que presupone necesariamente la obligación de entregarlo o devolverlo o de hacer un uso concreto y determinado, atribuyéndose facultades que no ha recibido.” (2006, p. 108).

La conducta típica que el agente debe exteriorizar como manifestación de su personalidad, es realizar, de forma indebida, actos de disposición sobre un bien mueble o valor, que le fueron conferidos de forma lícita, en virtud de un contrato de depósito, comisión, administración u otro de semejante título, teniendo en cuenta que estos contratos generan la obligación de devolver o entregar el bien; a modo de ejemplo, X celebra un contrato de depósito con Y, a fin de que este custodie en el plazo de 1 año una motocicleta marca Honda; durante tres meses Y cumple con su obligación contractual, sin embargo, en el cuarto mes necesita dinero para pagar una deuda que tiene con el Banco y decide vender la motocicleta de propiedad de X, llegado el año este último reclama la devolución

de su bien y Y como no tenía la motocicleta, se niega a devolverlo. En ese sentido, se puede apreciar, que de conformidad con el artículo 190 del código penal, la conducta típica, como se mencionó líneas arriba, es la apropiación indebida, en el ejemplo se aprecia que el injusto penal se configura cuando Y vende la motocicleta de propiedad de X, es decir, realiza actos de disposición sobre un bien que le fue conferido en virtud a un contrato de depósito, el mismo que generó la obligación de devolver al propio X la motocicleta.

Cabe recalcar que, la simple negación de devolver o entregar el objeto material del delito, no configura el injusto penal establecido en el artículo 190 del Código Penal, toda vez que este requiere para su configuración que se presenten y demuestran los actos de disposición que ha realizado el agente sobre el objeto material del delito, es decir, necesariamente debe estar presente el *animus rem sibi habendi*, caso contrario, si no se presenta esta circunstancia, entonces estamos hablando únicamente de un incumplimiento contractual, el mismo que debe ser ventilado en la vía extra penal, esto es, en la vía civil.

Por otro lado, debemos resaltar que, el artículo 190 del Código Penal no solo sanciona la apropiación indebida en *stricto sensu*, sino que también ha previsto que es materia de protección el uso de bienes, valor o dinero para un fin distinto al establecido, o también llamado distracción de bienes; conducta que si se cometería bajo el título de administración, estaríamos hablando de una administración desleal.

#### **2.1.2.2. Sujetos**

##### ***2.1.2.2.1. Sujeto Activo***

Generalmente el tipo penal, describe al autor como “el que”; de una forma indeterminada; a estos tipos se los conoce como delitos comunes, porque cualquier persona teniendo el dominio del hecho los puede realizar. Por otro lado, también están los denominados delitos especiales, que su realización depende de ciertas personas que poseen deberes especiales, es decir, se infringe un deber especial; estos se distinguen entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en los primeros la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad, y en los segundos, la lesión del deber especial agrava la punibilidad.

La doctrina nacional dominante, ha establecido que el injusto penal en análisis, es un delito especial, toda vez que para su configuración el sujeto activo requiere de cierta cualidad, es decir, solo puede ser sujeto activo del delito de apropiación ilícita aquel que ha recibido el bien o valor, de forma lícita, en virtud de un contrato de depósito, comisión, administración o por otro título que genere la obligación de devolver, entregar o hacer uso determinado sobre el mismo. De esta forma Cabrera Freyre, considera que “de la propia estructura del tipo se revela una condición específica para ser autor de este injusto, al requerirse una determinada relación jurídica con el sujeto pasivo, de la cual se derive el derecho de restitución que ostenta la víctima sobre el bien.” (2009, p. 277).

En ese orden de ideas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, mediante Casación N° 301-2011 Lambayeque, de carácter vinculante, ha establecido que en el delito en análisis:

Solo puede ser sujeto activo aquel que ostente la relación jurídica exigida por el tipo penal, esto es haber recibido el objeto de manera lícita en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca

obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

En efecto, solo pueden ser sujetos activos aquellos titulares de la obligación específica, siendo que la intervención de los particulares en el hecho, que no tienen la calidad de depositarios, comisionarios, administradores u otro título, solo puede responder como partícipes o en su caso como autores del delito de hurto. Así mismo, se exceptúa al propietario del objeto material del delito, toda vez que lo que se protege con este delito es la propiedad, como se observará más adelante.

Constituye una agravante de la pena y por lo tanto, un mayor desvalor de la acción cuando el sujeto activo tiene una deber especial de tutelar el objeto material del delito por la relación que tiene con el sujeto pasivo, así el legislador ha considerado que reviste de mayor gravedad la conducta cuando el agente tiene la calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial.

#### ***2.1.2.2.2. Sujeto pasivo***

El sujeto pasivo, en el delito en análisis puede ser cualquier persona natural o jurídica, con la condición que sea propietaria del objeto material del delito (bien mueble, dinero o valor), el mismo que fue entregado al sujeto activo para cierto fin; así si bien es cierto con la conducta típica del agente pueden existir diversos perjudicados, sin embargo quien vio afectado de forma directa su patrimonio es el propietario del bien, es decir, este es el titular de la cosa.

#### **2.1.2.3 Bien Jurídico**

El título V, del segundo libro del Código Penal, de forma genérica ha tutelado el bien jurídico patrimonio, entendido como el conjunto de valores económicos que se ponen a disposición de una persona.

El delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 en el Código Penal, tutela de forma específica la propiedad, que de acuerdo a nuestra normatividad civil, es entendida como aquel derecho subjetivo de una persona que tiene sobre un bien mueble o inmueble, que le permite disponer, usar, disfrutar y reivindicar del mismo.

Por su parte Pizarro Guerrero, considera que el bien jurídico tutelado por este delito tiene dos facultades sobre el patrimonio, esto son la propiedad y el derecho de crédito, este último se violará únicamente cuando el objeto material lo constituye una suma de dinero, así este tratadista señala que:

En la apropiación ilícita la propiedad es el bien jurídico protegido cuando se trata de bienes no fungibles, en los que se transmite la posesión y la obligación de retornar la misma cosa recibida; pero, en el caso del dinero y otros bienes fungibles, lo tutelado es el derecho de crédito que surge con la entrega del mismo, y exige que sea devuelto un equivalente. (2006, p.99)

El dinero, es en términos generales un bien de naturaleza fungible, que está representado, según cada Estado, por monedas o billetes los cuales son autorizados legalmente para su circulación a nivel nacional o internacional. Una de las características del dinero es que sirve como un medio económico para el intercambio inmediato de bienes y servicios, es decir, es un factor imprescindible en toda economía para dinamizar el mercado. Por ello, una persona que obtiene una suma de dinero, ya sea en monedas o en billetes, no es propietaria en stricto sensu de estos últimos, sino que a través de ellos ha obtenido un crédito para adquirir un bien o servicio que le sirvan para satisfacer sus necesidades; por ello

se dice que, el tipo penal de apropiación indebida de dinero no protege en sí el derecho de propiedad sobre este objeto material, sino lo que se tutela a través de este delito es el crédito que se ha obtenido legalmente por algún bien, servicio o en donación.

En esa línea de razonamiento, y para efectos de la presente investigación, se comparte con esta posición, dado que cuando se habla de apropiación indebida de un bien mueble o de un título valor, lo que se viola es la propiedad del sujeto pasivo, más aún cuando se tratan de bienes que son identificados por este y que no pueden ser reemplazados fácilmente por otros bienes de iguales características. Por su parte, cuando se habla de apropiación ilícita de dinero, lo que interesa al sujeto pasivo es que se devuelva la suma dineraria entregada al agente, mas no le importa la materialidad del dinero.

#### **2.1.2.4. Objeto Material de la Acción**

El bien jurídico es aquel valor incorpóreo que es susceptible de protección penal, siendo en tal sentido que, el objeto material del delito, lo constituye aquel objeto que es percibido por nuestros sentidos y que con el accionar del agente se ve mermado. Del análisis del tipo penal de apropiación ilícita se desprende que, el objeto material del delito lo constituye el bien mueble, suma de dinero y el valor, los mismos que a continuación serán desarrollados.

##### **2.1.2.4.1. Bien Mueble**

Entiéndase como bienes muebles a toda cosa susceptible de valoración económica que puede desplazarse de un lugar a otro. Nuestro Código Civil de 1984, en su artículo 886 ha señalado los bienes que son considerados muebles, a

saber: 1) Los vehículos terrestres de cualquier clase; 2) Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; 3) Las construcciones en terreno ajeno hechas para un fin temporal, etc.

Nótese que, para la normativa civil bienes muebles puede ser cualquier objeto del mundo exterior que tenga la característica de valor económico, apoderamiento y en algunos casos desplazamiento, es decir, se está ante una concepción amplia, sin embargo, esta ficción jurídica creada por el derecho civil, no es compatible con el derecho penal, toda vez que de la relación descrita por la normatividad civil, existen algunos bienes que no pueden ser materialmente movilizadas o transportadas; en tal sentido, el derecho penal mediante el delito en análisis solo busca sancionar aquellas conductas que se dirigen contra los bienes muebles en sentido estricto, es decir, cosas que tienen valoración económica, que pueden ser transportadas o desplazadas materialmente de un lugar a otro y que su circulación sea lícita.

#### ***2.1.2.4.2. Suma de Dinero***

Para definir el dinero, resulta necesario consultar los términos utilizados en materia económica, toda vez que no existe una norma legal que señale el significado de dinero; de esa forma, según el economista Felix Jiménez:

El dinero es el medio aceptado en la economía para la realización de las transacciones de compra-venta de bienes y servicios, así como para el pago o la cancelación de las deudas; es decir, es un medio de intercambio y un medio de pago. También es un activo financiero porque permite mantener o reservar el valor de la riqueza pero, a diferencia de otros, es un activo financiero líquido porque su poder de compra puede realizarse en cualquier momento. (s/a, p. 191)

Se debe entender entonces que el dinero, si bien puede ser considerado como un bien mueble, cuya característica es que no obstante de que puede ser gastado en su primer uso, empero puede ser reemplazado con otro del mismo valor. El dinero como medio de pago está representado por billetes o monedas reconocidas legalmente por cada Estado, o también como en la antigüedad en el imperio Romano el dinero estaba representado por productos como la sal. En el Perú actualmente, la moneda o billete aceptado legalmente es el Sol divisible en 100 “céntimos”, cuyo símbolo es “S/”, tal como lo establece la Ley 25295 modificado por la Ley 30381.

En ese sentido, cuando se hace referencia al dinero propiamente dicho, debemos entenderlo como aquel activo que forma parte del patrimonio de la persona o Estado, que cumple una función muy importante en la sociedad la cual es el intercambio de mercancías o servicios.

Salinas Siccha, entiende por dinero “al signo convencional de valor que representa la moneda metálica y el papel moneda de curso forzoso impuesto por el Estado” (2015, p. 201). Siendo el dinero de naturaleza fungible, es decir, que puede ser reemplazo por otro de su misma especie y cantidad; la apropiación indebida debe presentarse cuando el sujeto pasivo luego de haber entregado al sujeto activo, en virtud de un título descrito en el artículo 190 del CP, un determinada suma de dinero en calidad de poseionario, este último dispone indebidamente del dinero, gastándolo para su propio beneficio o utilizándolo para otro fin no previsto, empero, la interpretación de este supuesto de hecho, no debe realizarse de forma restringida, toda vez que, debemos entender la naturaleza fungible del objeto material del delito así como lo ontológico, en el sentido de que

para sancionar la apropiación del dinero se debe verificar la negativa del agente de devolver el dinero, hecho que puede presentarse cuando existe una negación u omisión al cumplimiento del requerimiento, o cuando el agente se encuentra en estado de insolvencia, es decir, si bien con la disposición del dinero objeto de custodia, se ha consumado el delito de apropiación indebida, sin embargo, hasta que no se verifique que el agente no devolverá la suma dineraria, la acción penal quedará suspendida.

Si las monedas o billetes, objeto de apropiación por el sujeto activo, son considerados objetos de colección, entonces la conducta no se encuadra en el delito de apropiación ilícita de dinero, sino que la apropiación recaerá sobre un bien mueble, puesto que en este caso las monedas y billetes no cumplen la función esencial del dinero, no se encuentran circulando en el mercado y por ende no sirven como medio de intercambio o pago; y lo más importante es que en este caso lo que importa al sujeto pasivo son las monedas y billetes que están identificados debidamente por él.

#### **2.1.2.4.3. Valor**

El artículo 1.1. de la ley N° 27287, “Ley de Títulos Valores”, publicada el 19 de junio de 2000 y vigente desde el 17 de octubre del mismo año, señala que “los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales, tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza.” En ese sentido, el título valor es aquel medio comercial, que representa derechos patrimoniales, esto es de

contenido patrimonial, el mismo que permite agilizar el tráfico comercial y otorga seguridad jurídica a las obligaciones de esta naturaleza.

No todo documento que ordene el pago de una suma de dinero es un título valor, pues para que sea considerado como tal debe reunir dos características, a saber, que esté destinado a la circulación y que reúna los requisitos formales esenciales que exige la ley de acuerdo al título valor al que se trate (Gaceta Jurídica, 2005, p.15).

Los títulos valores, que la ley especial recoge son los siguientes: a) letra de cambio; b) pagaré; c) factura conformada; d) cheque; e) certificado extranjero de moneda extranjera y moneda nacional; f) certificado de depósito; g) warrant; h) título de crédito hipotecario negociable; i) el conocimiento de embarque; j) carta de porte; y k) valores mobiliarios, entre los cuales tenemos a los valores representativos de derechos de participación y los valores representativos de deudas.

Ahora bien, cabe resaltar lo señalado por Cabrera Freyre, cuando indica que “los derechos cambiarios de un título valor deben estar girados al portador, de no ser así no se podrá apropiarse de su inherente caracterización patrimonial.” (2009, p.282) Se entiende por título valor al portador, a aquel en el que el tenedor acredita la titularidad del título con su simple posesión, es decir que el pago del importe se realizará a quien detente el título valor, por lo tanto no le falta razón a este tratadista peruano, pues en el delito de apropiación ilícita, cuando se confiera al agente un título valor al portador, la disposición patrimonial indebida por parte de este será posible y factible. Caso contrario, ocurre cuando se gira un título

valor a la orden o nominativo, donde se establece en el documento cambiario el nombre de un determinado beneficiario, y es únicamente este quien podrá enajenar el título valor, siendo así, por más que una persona diferente al beneficiario posea el título valor, no podrá disponer del mismo, toda vez que la ley prevé en esta clase de títulos valores que únicamente el beneficiario puede exigir al deudor el pago de la prestación contenida en el título.

#### **2.1.2.5. Título o relación jurídica preexistente**

El título o relación jurídica preexistentes, puede ser considerado como un elemento eventual que integra el tipo objetivo, que a diferencia de los necesarios, son aquellas descripciones, de carácter valorativo, incluidas en el tipo penal, necesaria para individualizar una conducta ilícita. Los elementos eventuales se clasifican en elementos descriptivos que, requieren una percepción sensorial, es decir, es conocido por el sujeto a través de sus sentidos. En cambio, los elementos normativos, requiere una valoración espiritual, de esta forma tenemos a los elementos normativos de valoración jurídica y los de valoración cultural.

Como se señaló en un principio, el delito de apropiación ilícita, contemplado en el artículo 190 de código Penal, para su configuración requiere de un momento previo caracterizado por ser lícito, esto se presenta cuando el sujeto pasivo, titular legítimo, entrega al sujeto activo de forma lícita, el objeto material del delito, en atención de un contrato de depósito, comisión, administración u otro de semejante título, con el fin de que lo custodie o realice un uso determinado sobre el mismo, estos títulos deben generar la obligación de devolver el objeto

material del delito al sujeto pasivo o entregarlo a un tercero ajeno a la relación jurídica.

#### **2.1.2.5.1. Depósito**

Se entiende por contrato de depósito a aquel acto jurídico, donde una de las partes (depositario) se obliga a recibir un bien para custodiarlo y de restituirlo en cuanto lo solicite la otra parte (el depositante). En tal sentido, al ser el depósito un contrato de naturaleza civil, es menester remitirnos a los dispositivos legales que regulan este acto jurídico, así de este contrato se distinguen dos tipos, a saber, depósito necesario y depósito voluntario.

Por depósito voluntario, el artículo 1814 del Código Civil de 1984, entiende que es aquel contrato por el cual el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante; siendo así, a partir de la celebración de este contrato, el depositario no solo tiene el deber de custodiar la cosa, sino también conservarlo y no usarlo en provecho propio ni de tercero.

Por otro lado, entiéndase por depósito necesario al establecido en el artículo 1854 del Código Civil, el cual a la letra dice “El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.” Es necesario porque, no se toma en cuenta la voluntad del depositario, máxime si no se trata de un contrato, sino de una obligación legal que debe cumplirse.

Este título genera una obligación de devolver el bien a su legítimo propietario, quien vendría a ser el depositante; así el depositario debe restituir el

bien cuando el depositante lo solicite, aunque el plazo convenido siga vigente, tal como lo establece el artículo 1830 del Código Civil; por lo que, el depositario no puede realizar sobre el bien actos que le son propios del titular del bien, es decir, no puede disponer del bien usar el mismo en provecho propio o de tercero, salvo autorización expresa del depositante.

En el supuesto del depósito de un bien determinado o de un título valor, no es resulta necesaria la negativa del agente a la solicitud de devolución – cumplimiento de obligación – para verificar que este ha realizado actos de disposición sobre la cosa, pues a través de otro medio probatorio se podrá acreditar este hecho; empero cuando hablamos de depósito de dinero, sí es imprescindible que la víctima solicite al agente el cumplimiento de la obligación de devolver la suma dineraria, que puede ser con los mismas monedas o billetes o con otros de la misma especie, es decir, lo que interesa es el integro de la suma de dinero depositado; por lo tanto, si el agente luego de haber recibido el dinero para custodiarlo, decide gastarlo en su beneficio o de tercero, para que la conducta sea relevante penalmente se requiere que el sujeto pasivo solicite la devolución de la suma dineraria y que el agente demuestre su negativa de cumplir con dicha obligación, caso contrario, si el sujeto pasivo no solicita la devolución de la suma dineraria y el agente no demuestra su negativa de cumplir con esta obligación, la conducta aún se encontraría dentro del ámbito civil.

De la misma forma, el artículo 190 del Código Penal, establece como elemento constitutivo la obligación de entregar el bien, este hace referencia a que si bien es cierto el sujeto pasivo, quien vendría a ser depositante, entrega el bien al sujeto pasivo (depositario), sin embargo, la obligación que genera en este caso, no

es la restitución del bien al mismo depositante, sino que este será entregado a favor de un tercero ajeno a la relación contractual.

#### **2.1.2.5.2. Comisión**

Es una forma especial del contrato mandato, que se presenta generalmente en el ámbito comercial. De esta forma Northcote Sandoval, definiendo este contrato comercial indica que es “aquel que se realiza entre un comerciante llamado comisionista y otra persona denominada comitente, obligándose el primero a realizar en nombre propio y del segundo, pero siempre en interés de este, uno o más negocios comerciales individualmente determinados.” (Noviembre, 2015, p. 3)

De esta forma, en atención a este título, el delito de apropiación ilícita se configura cuando el comisionista realiza actos de disposición sobre el bien, que adquirió en nombre del comitente o en nombre propio pero siempre con interés del primero.

#### **2.1.2.5.3. Administración**

El contrato de administración es aquel acto jurídico mediante el cual se gestiona, gerencia, gobierna a favor y por encargo de otro sobre determinados bienes recibidos. La actuación que realiza el administrador, consiste en ejercer ciertos derechos a beneficio del propietario, siendo que, a cierto tiempo, este tiene que rendir cuentas al propietario del bien de forma detallada sobre el bien puesto en administración.

Este tipo de contratos, se aprecia con mayor abundamiento en los temas societarios, donde el administrador aparece como un representante legal de la

persona jurídica, este último le encarga el gobierno o gestión de los bienes, o dinero.

Si los objetos son entregados al agente bajo este título a efectos de que sean utilizados en un determinado fin, y por el contrario este lo utiliza en otro fin para su beneficio o de tercero, perjudicando de esa forma al titular del bien, esta conducta configuraría una administración desleal, empero como no se encuentra prevista de forma autónoma esta figura delictiva, entonces constituye un tipo del delito de apropiación ilícita, tal como lo ha previsto el artículo 190 del Código Penal.

#### ***2.1.2.5.4. Título semejante***

La característica de este elemento del tipo penal es que se trata de un *numerus apertus*, es decir, que admite la incorporación de otras circunstancias permitidas legalmente, por lo tanto, se tiene que remitir a la legislación correspondiente para determinar la circunstancia permitida para la configuración del delito de apropiación ilícita.

El título que se describe en este apartado, tiene la peculiaridad de ser semejante a los analizados anteriormente, es decir que, mediante este título se debe transferir únicamente la posesión del bien, dinero o valor, mas no la propiedad, por lo que debe generar la obligación de entregar o devolver.

Dentro de esta cláusula abierta, los actos jurídicos que pueden ser considerados como títulos semejantes tenemos al comodato, la prenda, el mandato, usufructo, arrendamiento, el leasing, y cualquier otro de naturaleza civil

o mercantil que genere la obligación de devolver o entregar el bien, valor o dinero.

### ***2.1.3. Análisis del comportamiento subjetivo***

En este tipo de delitos, el elemento subjetivo es el Dolo, entendido como conciencia y voluntad de la realización del tipo penal; podemos encontrar entonces dos elementos, el cognitivo y el volitivo. Sobre el elemento cognitivo, señalan Zaffaroni, Alargia y Slokar que, el conocimiento es efectivo, es decir, que siempre debe referirse a contenidos efectivos de la conciencia; así mismo, es disponible porque es actualizable, pero no es actual: se lo actualiza cuando se piensa en ello. (2002, pp. 521-522). Referente al elemento volitivo, este se distingue en dolo directo (querer como propio e inmediatamente el resultado típico), dolo de consecuencias necesarias (el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos por agente) y dolo eventual (que si bien es cierto se despliega una acción típica, sin embargo, el resultado es tomado en cuenta como posible, el agente a pesar de que no quiere el resultado, lo hace parte de su plan de realización).

En el delito de apropiación ilícita, se requiere como elemento subjetivo la concurrencia del dolo, entendido como conocimiento y voluntad de la realización del tipo penal, es decir, el agente debe actuar conociendo que el bien que se encuentra en su esfera de cuidado, le pertenece a otra persona, y aun así, decide de forma voluntaria, sin mediar violencia o amenaza, realizar actos de disposición sobre el bien, es decir, actúa como propietario sobre el bien. Empero, la doctrina dominante ha señalado que la concurrencia de dolo no es suficiente para la

configuración del presente injusto penal, sino que requiere de otros elementos subjetivos distinto del dolo, esto es el *animus rem sibi habendi*, el cual es entendido como el querer la cosa para sí o como indica Salinas Siccha, “el agente debe querer adueñarse del bien mueble, dinero o valor sabiendo perfectamente que pertenece a otra persona”. (2015, p. 208); es decir, en palabras de Reátegui Sánchez, “el sujeto activo tenga la acción concreta de enriquecerse económicamente con la cosa mueble apropiada injustamente, aunque en la realidad de los hechos no lo efectivice tal beneficio económico” (2015, p. 416). En ese sentido, el simple tenedor del bien, no comete el delito en análisis, toda vez que, si bien es cierto se determina objetivamente la retención del bien, sin embargo, al no tener el ánimo de apropiarse del bien, la conducta deviene en atípica.

#### ***2.1.4. Iter Criminis y Consumación delictiva***

La consumación de un hecho delictivo es considerada como la obtención del resultado típico o del fin propuesto en la etapa de la ideación, es decir, se han realizado todos los elementos del tipo objetivo a través de los medios utilizados por el autor. La consumación también puede ser entendida como el perfeccionamiento del plan de realización del sujeto activo.

Referente al momento consumativo del delito de apropiación ilícita, existen diversas posturas que no han llegado a un consenso, de esa forma Salinas Siccha, al respecto señala que el momento consumativo del delito de apropiación ilícita se presenta cuando el agente se resiste, se niega o es renuente a cumplir la

obligación de entregar o devolver el bien ante el requerimiento expreso e indubitable de la persona que tiene derecho a efectuarlo. (2015, p. 214).

Por su parte, Cabrera Freyre, considera que este tipo penal “adquiere perfección delictiva, cuando el agente se apropia de forma definitiva del bien o cuando hace un uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que efectúe sobre el bien” (2009, p. 282). En ese mismo orden de ideas, León Sernaqué, quien expresa, que

No es necesaria la existencia de un requerimiento para su configuración, en tanto que; el delito no se consuma cuando se requiere su devolución, sino desde el mismo momento en que aquél a quien se le confió el bien, no lo devuelve o realiza actos de disposición distintos a los encomendados. (León Sernaqué, 2016, p. 77).

Pizarro Guerrero, adquiere otra postura y señala que la consumación para el tipo básico de apropiación ilícita está en relación del título de recepción, de esa forma se perfecciona cuando se debió cumplir con la obligación de entregar o devolver el bien; por el contrario cuando se trata de darle un uso determinado, la perfección delictiva se presenta cuando se le dio un uso distinto al determinado inicialmente en el contrato. (2006, p. 260)

Teniendo en cuenta lo señalado por los doctrinarios peruanos, se puede advertir que el perfeccionamiento del delito de apropiación ilícita prevista en el artículo 190 del Código Penal, se presenta cuando el agente a quien se le ha conferido la custodia y cuidado del objeto material del delito, realiza actos de disposición sobre el mismo, enajenándolo a cambio de un beneficio económico o en beneficio de una tercera persona, ajena a la relación contractual. De la misma forma, se perfecciona la conducta típica cuando el sujeto activo, realiza un uso

distinto sobre el bien, al que fue establecido primigeniamente por el sujeto pasivo; esta modalidad, en España se denomina Administración desleal.

## ***2.2.El requisito de procedibilidad***

Dentro de este apartado, se realizará un estudio efímero de la teoría general del proceso, toda vez que es necesario para esclarecer diversas interrogantes referentes a la naturaleza jurídica del requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita, cuando es considerada por los tratadistas peruanos como un requisito de procedibilidad que condiciona el ejercicio de la acción penal pública.

### ***2.2.1. Teoría general del proceso***

La Teoría General del Proceso estudia el conjunto de normas y principios que regulan las instituciones de carácter procesal, asimismo orienta su estudio hacia los conceptos y definiciones de carácter procesal. El derecho procesal, es el conjunto de normas de carácter adjetivo, que permitirá la aplicación del derecho material o sustantivo a un caso concreto, mediante estas normas se regulan el poder de administrar justicia del Estado, es decir, la jurisdicción, fijando los actos procesales que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho sustantivo en los casos concretos, determinando las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado, la materia que ha de discutirse en el proceso y los funcionarios encargados de ejercerla.

El derecho procesal penal, es la disciplina que regula el proceso que permitirá imponer una sanción, pena o medida de seguridad, a determinada persona por la comisión de un delito. Es indispensable la regulación del proceso

penal, toda vez que a nadie se le puede imponer una pena, si no se ha respetado un debido proceso, sin ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de lo previamente establecido, donde se le haya respetado esencialmente su derecho de defensa, el mismo que lo encontramos reconocido en el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, y a nivel legislativo se encuentra previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004.

Cabe recalcar que, uno de los elementos del proceso tenemos a las partes que son las personas que tienen intereses de relevancia jurídica contrapuestos, los mismos que someten su conflicto a un proceso a fin de que se tutele su derecho. En el proceso penal podemos observar que tenemos por una parte al titular de la Acción Penal Pública representada por el Ministerio Público, el titular del bien jurídico lesionado el agraviado y al actor civil, por la otra parte tenemos al imputado, quien será investigado y sometido a un juicio oral y público para determinar su culpabilidad, y de forma solidaria en ciertos casos tenemos al tercero civilmente responsable.

Así mismo, se tiene al juez, como representante del Estado que estará encargado de administrar justicia, pues es la persona que resolverá el conflicto de forma independiente y de conformidad con las normas jurídicas o de equidad.

### ***2.2.2. Naturaleza del derecho procesal***

El derecho procesal como expresión del derecho público, hace referencia a que la administración de justicia, constitucionalmente se le otorga al Estado su ejercicio, teniendo en cuenta que es la población quien otorga este poder a fin de

que el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales imparta justicia; así mismo, es de naturaleza pública porque las normas que aplicará al caso en concreto es de carácter público, es decir, un representante del Estado, quien es el juez, realiza las actuaciones que se adecuen a las normas procesales

El derecho procesal como derecho formal o adjetivo, determina que el enjuiciamiento o los actos procesales que permitían la aplicación del derecho material al caso en concreto, serán sometidas a la formalidad prevista en la ley, y no como se hacía en la antigüedad, que la imposición de una sanción a una persona se realizaba de forma improvisada, sin guiarse por un compendio de norma que regule la actuación procesal. En el caso penal, la imposición de una pena o una medida de seguridad, se guiará respetando los preceptos procesales previstos en el Código Procesal Penal, a fin de no vulnerar el derecho de los sujetos procesales.

De esa misma forma, el derecho procesal es autónomo, puesto que tiene su propio objeto de estudio, sus técnicas de interpretación y no depende del derecho material para su existencia, es decir, que en el caso penal, el derecho procesal penal no depende del derecho penal, pues las normas de estudio son diferentes en ambas áreas del derecho.

### ***2.2.3. Presupuestos procesales***

Los presupuestos procesales se definen como aquellos necesarios que deben concurrir en cada proceso, para que este pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo; esto es sin que por algún defecto o falta que se produzca o aparezca en el proceso el juez deba detenerse a subsanarla y mientras

ello no ocurra, no puede examinar el fondo del litigio. (Fairen Guillen, 1992, p. 339)

Los presupuestos procesales, son circunstancias necesarias sin las cuales no puede llevarse a cabo un proceso penal, siendo que estos son diferentes a los elementos del tipo penal. De la misma forma, se puede decir, que los presupuestos procesales otorgan legitimidad al proceso ya sea penal o civil, para que el juez realice un análisis de fondo sin preocuparse por la forma del proceso.

#### **2.2.3.1. Requisitos de Procedibilidad.**

Es un supuesto previsto taxativamente en la ley penal o extrapenal que condiciona el ejercicio de la acción penal (Mendoza Alca, 2008, p. 996); de la misma forma el profesor Sánchez Velarde, respecto al requisito de procedibilidad señala que “el legislador ha estimado que por naturaleza de determinados delitos o por la persona imputada, previo a ejercitar la acción penal, resulta necesario el cumplimiento de requisitos ineludibles, previstos en la ley penal material, ley procesal penal, ley administrativa.” (2004, p. 337)

En ese mismo orden de ideas San Martín Castro, al definir el requisito o condición de procedibilidad, entiende que

Se trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Si se inicia el proceso penal obviando la presencia de las condiciones de procedibilidad, este devendrá nulo de pleno derecho al imposibilitar al juez examinar el mérito de la causa, es decir, de la imputación, dado que esta se habría iniciado con violación de la ley, que condiciona su ejercicio a la presencia de determinados actos o circunstancias extratípicas. (s.f, p. 329)

Por su parte Gómez Orbaneja (como se citó en Grández Odiaga, 2004), al respecto entiende que:

"estaremos en presencia de una condición de procedibilidad cuando el derecho hace depender la admisibilidad del proceso de una circunstancia de hecho o del cumplimiento de un acto que no incide en la órbita de la acción delictiva, de algo que ni condiciona ni corta fuera del proceso la relación causal entre la acción y su efecto jurídico, la relación delito-pena."

El requisito de procedibilidad es aquel presupuesto procesal, establecido expresamente en la ley penal o extrapenal, que condiciona el ejercicio de la acción pública, donde el representante del Ministerio Público tiene que satisfacer o cumplir a fin de continuar con la investigación preparatoria y de esa forma evitar el planteamiento de una cuestión previa por parte de la defensa técnica del imputado. Es imprescindible satisfacer este requisito a fin de incoar la acción penal en aquellos delitos de persecución pública. Siendo así, las manifestaciones que podemos encontrar en las condiciones de procedibilidad son las siguientes.

**a. *Delitos de instancia privada***

En los delitos de persecución privada, donde el propio agraviado es el titular del ejercicio de la acción penal, petitiona ante el juez penal la tutela de su derecho y de esa forma se le imponga al imputado una sanción penal, ya sea una pena o una medida de seguridad.

En este tipo de delitos, el agraviado para ejercitar su derecho, tiene que presentar su querrela, la cual funciona como un presupuesto procesal, y donde se manifestará la voluntad del agraviado a fin de que se imponga una sanción penal a la persona que ha cometido un delito en su contra y ha lesionado su bien jurídico.

**b. *Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad***

San Martín Castro nos enseña que existen delitos donde su persecución penal está sujeta a la autorización de la víctima, así como al consentimiento de la

autoridad competente. De esa forma, si se presentan estas dos circunstancias, es el Ministerio Público el indicado para incoar y promover la acción penal y perseguir el delito introduciendo la pretensión procesal; si bien es cierto el inicio del ejercicio de la acción penal está condicionada a la manifestación de voluntad de la víctima o autoridad, sin embargo es el Ministerio Público, quien luego de oficio continúa con el trámite del proceso (p. 330). Dentro de esta manifestación, encontramos a los delitos semipúblicos<sup>2</sup> y los delitos cometidos por altos dignatarios, sean funcionales o no, en estos últimos es imprescindible que la autoridad política emita la acusación constitucional o de desafuero.

***c. Pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso***

De los delitos previstos en la parte especial del nuestro Código Penal de 1991, así como de las leyes penales especiales, existen delitos que exigen que una autoridad administrativa competente emita un pronunciamiento respecto al objeto del proceso, es decir, se requiere de un informe previo para determinar la delictuosidad de la conducta desplegada por el imputado.

De esa forma se tiene a los delitos ecológicos, los delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero en ejercicio de su cargo, delitos concursales, delitos tipificados en el título V del Libro segundo del Código Penal; estos delitos necesitan de forma previa, al ejercicio de la acción penal, la emisión de un informe por parte de la autoridad administrativa competente, la cual indicará que existen indicios de la comisión de un delito.

---

<sup>2</sup> Delito de Defraudación tributaria (art. 7, Decreto Leg. N° 813), delitos de atentado contra el sistema crediticio (el art. 213 del CP indica que la acción privada se ejerce ante el Ministerio Público.

### ***2.3. Teoría de la Prueba***

Angulo Morales al dar una definición de la prueba, expresa que, es un instrumento útil y pertinente, que promovido en la actuación procesal de parte o de oficio, tiene por finalidad lograr los medios legales de convicción y certeza en el juez, acerca de la verdad de un hecho o de una afirmación, con relevancia para nuestro caso, de índole penal. (2012, p.21). La prueba busca averiguar la verdad sobre un hecho, el mismo que procurará el convencimiento judicial. En ese mismo orden ideas Neyra Flores, afirma que:

Prueba es todo aquello que tiene mérito, suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad pueda formar en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso y de este único modo desvirtuar la presunción de inocencia. (2010, p.544)

Las características que debe reunir la prueba, a fin producir convicción en el juzgador son: a) Veracidad objetiva; b) Constitucionalidad de la actividad probatoria; c) Utilidad de la prueba; y d) pertinencia de la prueba.

#### ***2.3.1. Sistemas de Valoración de la prueba***

La valoración de la prueba constituye una labor especial del juez penal o colegiado, pues es el momento culminante del juicio oral, donde el órgano jurisdiccional realiza de forma pormenorizada un análisis crítico y razonado sobre el medio de prueba actuado. Tráves de la historia de esta institución, se han desarrollado tres sistemas de valoración de la prueba, a saber: Sistema de prueba legal o tasada; sistema de íntima convicción; y sistema de sana crítica racional o libre valoración.

##### **2.3.1.1 Sistema de Prueba legal o tasada**

Este sistema de valoración hace referencia a que el valor o la idoneidad del medio probatorio están establecido previamente en la ley procesal. De esa forma es el legislador quien establece las condiciones que debe reunir un medio probatorio para acreditar un hecho.

Así, el juez, en este sistema se encuentra constreñido por la ley procesal que otorga cierto valor a la prueba, puesto que no podrá valorar de acuerdo a su libre convicción una prueba y por el contrario su decisión está dominado por el ordenamiento jurídico, y no por su convencimiento lógico y razonado.

El fracaso de este sistema se debe a que, cada caso que se investiga tiene su propia particularidad y la acreditación de un hecho se puede realizar de diversas formas, incluso por indicios, en tal sentido, la valoración de la prueba por parte del juez no debe estar sujeta a lo prescrito por la ley penal.

#### **2.3.1.2. Sistema de íntima convicción**

Este sistema de valoración es propio de los juicios por jurado, adoptados por el sistema norteamericano y el anglosajón, cuya característica principal es la ausencia de una ley procesal que otorga cierto valor a un medio probatorio, y por lo tanto, el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a motivar sus resoluciones judiciales, pues el pueblo representado en los jurados, deciden con justicia.

En la íntima convicción el juez no se encuentra constreñido por la ley para valorar una prueba, por el contrario, de acuerdo con lo decidido por el jurado que impulsados por la razón y la lógica acreditaron cierto hecho, el juez resuelve de esa forma, y sin motivar su decisión. El fracaso de este sistema es que genera

mucha arbitrariedad en lo decidido sobre un determinado hecho y por ende injusticia.

### **2.3.1.3 Sistema de la sana crítica o libre valoración**

El sistema procesal acusatorio garantista adopta este sistema de valoración probatoria, donde la ley no establece el valor de la prueba y no se deja al arbitrio del jurado o juez la valoración de los mismos.

La valoración de la prueba, la realiza el juez conforme a su libre convicción, utilizando las reglas de la lógica, los principios de la ciencia y las máximas de experiencia. Así mismo, el juez se encuentra obligado a motivar sus resoluciones judiciales, es decir, a establecer las razones por las cuales otorga cierto valor a un medio probatorio.

Aunado a esto, debemos agregar que nuestro ordenamiento procesal si bien no establece el valor de ciertos medios probatorios, es decir, no establece de forma tasada que determinados medios probatorios son imprescindibles para acreditar un hecho; sin embargo a nivel doctrinario o jurisprudencias se ha determinado que para ciertos ilícitos penal es menester la presencia de ciertos medios probatorios para acreditar una circunstancia; así tenemos por ejemplo, en los delitos de lesiones, los cuales para acreditar su existencia y parámetros se debe realizar necesariamente una pericia médico legal, o en el caso de la violación sexual, el cual para determinar la consumación de este ilícito penal, se necesita un reconocimiento médico legal ginecológico que establecerá si existen o no lesiones traumáticas paragenitales.

Entonces, si bien el sistema de prueba tasada ha sido expulsado por nuestro ordenamiento jurídico procesal, sin embargo, como se ha detallado anteriormente, ciertos medios probatorios son privilegiados o determinantes frente a otros, pues a través de estos podemos conocer con certeza que el hecho delictivo se ha cometido o que este ha llegado a su fase consumativa.

## 2.4. Hipótesis de la Investigación

Si el requerimiento en el delito de apropiación ilícita de un bien mueble o título valor, no posee las características de ser un elemento objetivo del tipo penal ni requisito de procedibilidad, entonces su naturaleza jurídica es la de un medio probatorio no determinante, empero cuando se trata de apropiación ilícita de una suma de dinero, la naturaleza jurídica del requerimiento es un requisito de procedibilidad.

### 2.4.1. Operacionalización de la Variable

Tabla N° 1. Operacionalización de la Variable

Variable	Definición operacional	Indicadores
Elemento del tipo objetivo	Son aquellas descripciones, de carácter valorativo, incluidas en el tipo penal, necesaria para individualizar una conducta ilícita	i.1. Establecido taxativamente en la ley penal o extrapenal. i.2 Necesaria para configurar la acción típica. i.3 Valoración para su comprensión.
Requisito de procedibilidad	Es aquel supuesto previsto taxativamente en la ley penal o extrapenal que, por la naturaleza del delito, condiciona el ejercicio de la acción penal.	i.1. Establecido taxativamente en la ley penal o extrapenal. i.3 Valoración para su comprensión. i.4 Requisito procesal. i.5 Condiciona el ejercicio de la acción penal.
Efecto Probatorio	Aquella circunstancia útil de libre valoración, que busca acreditar la veracidad de un hecho, el mismo que procurará el convencimiento judicial	i.6. Acredita un hecho. i.7. Libre valoración. i.8. Necesaria para enervar la presunción de inocencia.

## **CAPÍTULO III:**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Tipo de investigación**

La presente investigación es de *lege data*, toda vez que se busca interpretar y proponer soluciones, sin pretender modificar el tenor literal del artículo 190 del Código Penal Peruano.

#### **3.2. Diseño de investigación**

El diseño, es no experimental, porque en esta investigación que es teórica, no se manipularon variables.

#### **3.3. Área de investigación**

El área en el cual se desarrolló la presente investigación es la de Ciencias jurídico penales.

#### **3.4. Dimensión temporal y espacial**

Esta investigación, tiene connotación a nivel nacional, toda vez que el artículo 190 del Código Penal es de aplicación para todo el Perú; y lo que se planteará es de interés para todos los estudiantes, juristas y demás operadores de derecho.

#### **3.5. Métodos**

El método utilizado, en la presente investigación es la hermenéutica jurídica, puesto que para la interpretación del tipo penal de apropiación ilícita, se tendrá en cuenta las reglas y principios que sustentan el Derecho Penal

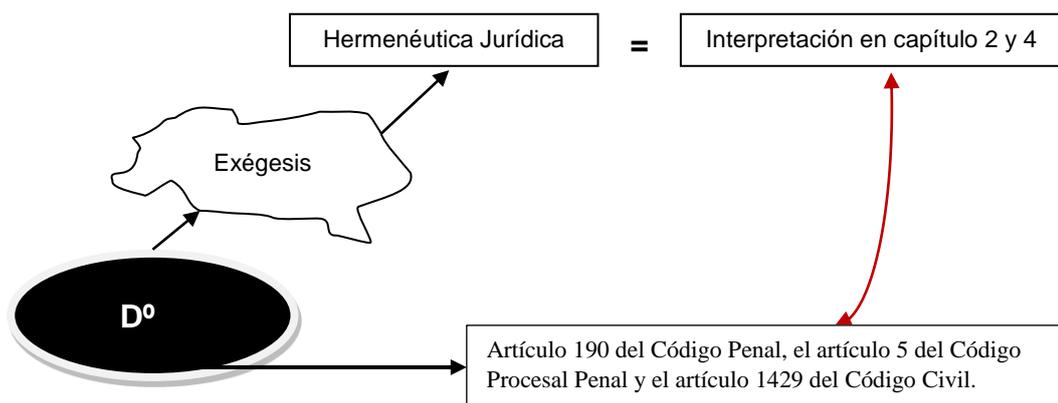
contemporáneo. Para una correcta utilización de este método, debemos diferenciar la hermenéutica jurídica de la simple exégesis.

### 3.5.1. *Hermenéutica jurídica.*

La hermenéutica jurídica se preocupa por establecer los métodos, reglas y principios necesarios para otorgar cierto sentido a una ley, es decir, el estudio del dispositivo legal será de forma pormenorizada y de acuerdo a las reglas que sustentan el mismo. Siendo un método más complejo que la simple exégesis pues ya no solo se basará en una interpretación literal, sino sobre todo se trata de una interpretación de acuerdo a principios generales del derecho.

Las disposiciones normativas que se interpretarán en esta investigación son: el artículo 190 del Código Penal, el artículo 5 del Código Procesal Penal y el artículo 1429 del Código Civil.

La forma de interpretar los citados dispositivos legales se realizará conforme a grafico n° 2 que a continuación detallaremos.



*Figura 1.* Uso de la hermenéutica en la presente tesis. Adaptado de “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho”, por M. Sánchez Zorrilla, 2011, *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, 14, p. 343.

La interpretación de los preceptos normativos se tuvo que realizar de acuerdo a una interpretación histórica, es decir, conforme al contexto en el cual ha sido creado, y de conformidad con su significado actual y bajo la teoría de los principios jurídicos que orientan a una mejor interpretación.

### **3.6. Técnicas de Investigación**

La técnica de investigación que se empleó en la presente tesis es la observación documental, consistente en el análisis de literatura que ha tratado este tema, puesto que esta es una investigación dogmática, así mismo, esta técnica es necesaria pues actualmente existen juristas peruanos que han escrito sobre el tema materia de investigación

### **3.7. Instrumentos**

Los objetos tangibles que coadyuvaron al recojo de información son las fichas bibliográfica y libretas de apuntes, toda vez que son necesarias para el recojo de la información que se extrae de los libros y demás literatura que ha tratado sobre el tema de investigación.

### **3.8. Limitaciones**

Referente a las limitaciones, que se presentaron al desarrollar la presente investigación, son que si bien es cierto se cuenta con las fuentes primarias necesarias para el análisis profundo de las posturas existentes sobre el tema, sin embargo, respecto a la jurisprudencia que se necesitaba consultar, esta no fue analizada de forma directa, toda vez que por el año en que fueron emitidas fue de difícil acceso, empero existen juristas peruanos que las han analizado y adjuntado

un extracto de las mismas en sus libros, por lo tanto, se examinará estos trabajos existentes.

## **CAPÍTULO IV:**

### **DISCUSIÓN Y RESULTADOS**

#### **4.1. Presentación**

Antes de iniciar con el análisis de las posturas existentes sobre la naturaleza jurídica del requerimiento en el delito de apropiación ilícita, y de esa forma plantear la postura que se defiende en esta investigación, se debe remontar a la fuente donde se encuentra el requerimiento de cumplimiento de la obligación de devolución o entrega de un bien, valor o dinero; ya que ninguna investigación, hasta el momento ha indicado de dónde surge esta circunstancias que es exigida por el órgano jurisdiccional o tan aclamada por los juristas peruanos. De esa forma, con el fin de realizar una investigación completa, debemos encontrar en primer momento, la fuente de donde surge esta exigencia.

##### ***4.1.1. El Requerimiento de Cumplimiento de la Obligación.***

El delito de apropiación ilícita, en su forma básica, lo encontramos previsto en el artículo 190, primer párrafo del Código Penal Peruano de 1991, es un delito de resultado porque no basta con que el agente aprehenda el objeto material, sino que se requiere que este se apropie de este bien, es decir, que realice actos de disposición en su beneficio o de tercero, causando de ese modo un perjuicio al sujeto pasivo, pues éste verá disminuido su patrimonio.

Del examen del contenido literal del artículo 190 del Código Penal, no se hace mención de forma explícita al requerimiento de devolución, entrega o

realizar el fin determinado, lo que en términos de derecho civil significa requerimiento de cumplimiento de la obligación. Asimismo, si se revisa de forma exhaustiva toda la normativa penal, tanto sustantiva como adjetiva, se da cuenta que esta circunstancia no se encuentra prevista taxativamente en la ley penal, entonces el cuestionamiento sería el siguiente, ¿De qué normatividad nacional extrajeron los operadores de justicia, el requerimiento de cumplimiento utilizado en el delito de apropiación ilícita?

Es una pregunta que no puede ser respondida desde un panorama estrictamente penal, sino que resulta necesario revisar todo el ordenamiento jurídico peruano, más aún cuando los conceptos utilizados en la redacción del tipo penal de apropiación ilícita no son propios del derecho penal, sino por el contrario, esta conducta tiene su naturaleza en el Derecho Civil, pues como presupuesto natural del delito se necesita que entre el agente y la víctima exista una relación contractual, es decir, donde ambos de buena fe han manifestado su voluntad de celebrar un acto jurídico. En ese sentido, la búsqueda del requerimiento de cumplimiento de la obligación no debe orientarse a una norma penal, sino a una extrapenal, específicamente a una norma de derecho civil.

El actual Código Civil Peruano, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, durante el gobierno constitucional del Presidente Fernando Belaunde Terry, prevé en su libro VII, la Fuente de las Obligaciones, y dentro de este en su capítulo VI, encontramos a los contratos con prestaciones recíprocas; es decir, este libro trata sobre el contrato como fuente de las obligaciones, que es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Los contratos se rigen por el principio *pacta sunt servanda*, que no solo hace referencia a la vinculación entre las partes, sino que lo pactado se debe cumplir en sus mismos términos. Frente al incumplimiento contractual de una de las partes, el Código Civil, en su artículo 1428 ha estipulado que:

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando algún de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. (...) A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación. (subrayado nuestro)

Se otorga la posibilidad de la parte perjudicada con el incumplimiento, de solicitar ante el órgano jurisdiccional, el cumplimiento de la prestación o la resolución del contrato; en el primer caso, lo que le interesará al perjudicado es que su deudor cumpla con lo pactado en el contrato, pues de esa forma podrá ver satisfecho su derecho; en cambio, en la resolución contractual, el perjudicado lo que quiere es dejar sin efecto el contrato, por el incumplimiento de la obligación, es decir, ya no quiere continuar con la relación contractual. En ambos casos, es necesaria la intervención judicial.

Empero el artículo 1429 del mismo cuerpo normativo, otorga la posibilidad a la parte perjudicada de resolver el contrato de pleno derecho, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:

En el caso del Artículo 1428° la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. (...) Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. (subrayado nuestro)

Si el perjudicado considera que su deudor aún tiene la capacidad de cumplir con su prestación en los mismos términos pactados, requerirá su cumplimiento mediante carta notarial, bajo apercibimiento de que en caso de mantener su conducta, se resolverá de pleno derecho el contrato; habilitándose de esa forma la indemnización de daños y perjuicios. Nótese que en este supuesto, el acreedor conoce que su deudor aún tiene la posibilidad de satisfacer la prestación.

Respecto a la resolución del contrato Torres Vásquez señala que “El contrato y la obligación que crea constituyen una sola unidad de continente (el contrato) y contenido (la obligación). Se resuelve el contrato y con él la obligación que crea; con la resolución del contrato, los sujetos quedan desligados de la obligación.” (2007, p. 09). Entonces con la resolución del contrato, el acreedor verificará que ya no existen posibilidades de cumplimiento de la obligación, y por ende, ahora sí se puede hablar de un perjuicio efectivo que se le causaría. Para resolver el contrato de pleno derecho, es imprescindible que el acreedor haya solicitado previamente el cumplimiento de la obligación, lo que constituiría una exigencia legal previa para la resolución del contrato.

Ahora bien, si se trata de trasladar estos conceptos de derecho civil al ámbito penal, probablemente la autonomía del derecho penal se vea disminuida, pues se tendría que depender del derecho civil para habilitar la acción penal y con ello la posibilidad de sancionar penalmente a la persona que lesiona un bien jurídico tutelado penalmente; empero en específicas circunstancias resulta necesario esta intromisión del derecho civil para tutelar eficazmente los bienes jurídicos reconocidos penalmente, más aún cuando el derecho penal es de última ratio.

Como se ha señalado, el delito de apropiación ilícita surge a raíz de un acto jurídico de naturaleza civil, donde dos personas de buena fe, sin mediar algún vicio de la voluntad, manifiestan libremente su voluntad de celebrar un contrato, donde el acreedor entrega al deudor un bien mueble, suma dineraria o valor, y este último se obliga a custodiar este bien y a devolverlo cuando venza el plazo del contrato o cuando lo solicita el acreedor; es un contrato de prestaciones recíprocas porque por una parte el acreedor se obliga a entregar el bien al deudor y si fuera el caso al pago por la prestación que va a realizar, y por otra parte, el deudor se obliga principalmente a custodiar el bien y a devolverlo a su titular o entregarlo a una tercera persona.

Se sanciona penalmente esta conducta no por el mero incumplimiento de una prestación, sino que el desvalor de la acción se presenta cuando el deudor, infringiendo su deber de custodia, decide apropiarse del bien, con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero, perjudicando de esa forma, el patrimonio del acreedor quien sería el sujeto pasivo.

La conducta típica se configura cuando el agente se apropia indebidamente del bien, sin necesidad que se evidencie una actuación del sujeto pasivo para requerir el cumplimiento de la obligación de devolver o entregar el bien mueble o valor; por lo tanto, no es necesario cumplir con un requisito de procedibilidad para habilitar la acción penal. Sin embargo, cuando se habla de apropiación ilícita de dinero, el panorama cambia, pues no basta con saber que el agente dispuso del dinero en su propio beneficio, sino que es necesario que el agente haya manifestado su voluntad de no devolver el dinero, tal como lo desarrollaremos más adelante.

El requerimiento de cumplimiento de la obligación tanto de devolver, entregar o hacer el fin determinado, como se ha visto, se encuentra previsto en una ley de naturaleza civil como un requisito para proceder con la Resolución de Contrato de Pleno Derecho, es decir, se trata de una exigencia legal para la aplicación de una consecuencia jurídica.

Entonces, una vez determinada la fuente del requerimiento de cumplimiento, a continuación, se realizará el análisis y confrontación de las diversas posturas que existen sobre la naturaleza jurídica de esta circunstancia.

## **4.2. Análisis**

### ***4.2.1. El requerimiento de devolución como elemento del tipo***

La apropiación ilícita, es un delito de resultado porque se requiere un resultado separado de la acción típica para su consumación, en este caso el patrimonio del sujeto pasivo sufrirá un menoscabo, es decir, habrá un perjuicio económico. En cuanto a la etapa de perfeccionamiento del delito, Bacigalupo nos enseña que, “la consumación es la realización de todos los elementos del tipo objetivo a través de los medios utilizados por el autor.” (1999, p.462)

Para empezar con este estudio, es menester indicar que el análisis del requerimiento de cumplimiento de la obligación en el delito de apropiación ilícita debe estar vinculado con la consumación de este delito, así Salinas Siccha, considera que el momento consumativo del delito de apropiación ilícita se presenta cuando el agente se resiste, se niega o es renuente a cumplir la obligación de entregar o devolver el bien ante el requerimiento expreso e indubitable de la persona que tiene derecho a efectuarlo (2015, p. 214). Este autor considera que

para la perfección delictiva el sujeto pasivo tiene que realizar previamente un acto, el cual consiste en requerir la devolución o entrega del bien.

Nótese que, dentro de esta postura el requerimiento es considerado como un elemento del tipo penal de apropiación ilícita, toda vez que este es imprescindible para la consumación; de esa forma, líneas más abajo expresa este autor que, “si no hay petición o requerimiento expreso es imposible saber si el agente tiene el animus rem sibi habendi.” (2015, p. 214). Entonces, según este tratadista peruano el requerimiento de devolución formará parte del tipo penal, porque si se prescinde de este, la conducta será atípica.

Ahora bien, por tipo penal se entiende al conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma. (Bacigalupo, 1999, p.220). Los tipos objetivos se integran con elementos esenciales y eventuales, dentro de los primeros encontramos a la acción, el nexo causal y el resultado, y dentro de los segundos tenemos a los elementos descriptivos y normativos.

Los elementos eventuales son aquellas descripciones de carácter valorativo, incluidas en el tipo penal, necesarias para individualizar una conducta ilícita; estos se deben desprender del tenor literal del tipo penal, pues están taxativamente establecidos y deben ser cognoscibles por el dolo del autor; son las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual se subsume en una determinada clase de delitos connotada por la ley.

Para un mejor razonamiento, se debe tener en cuenta que el principio que rige el derecho penal en un Estado de Derecho, es el *nullum crimen, nulla poena*

*sine lege*, principio de legalidad, que constituye un límite a la potestad punitiva del Estado, así una de las garantías de este principio es la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), la misma que permite que el ciudadano de nivel profano pueda entender una norma penal. En ese sentido, la interpretación de un tipo penal, que realizan los juristas y operadores de derecho debe estar dentro del límite del tenor literal de la ley, sin efectuar extensiones del tipo penal, caso contrario señala Roxin que, “una aplicación del derecho penal que excede el tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática.” (1997, p. 149-150)

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, el tipo penal de apropiación ilícita previsto en el primer párrafo del artículo 190 del Código Penal, establece dos momentos, uno lícito en que el agente entra en posesión legítima del objeto material del delito, en virtud de un contrato de depósito, comisión, administración u otro de semejante título; y el segundo, que se califica como ilícito, cuando el agente se apodera indebidamente del bien no obstante de tener la obligación de entregar o devolver el bien a su legítimo propietario, el agente se comporta como propietario, realizando actos que son propios de este último. Del tenor literal de este tipo penal en análisis, no se desprende que el agente tiene que negarse al requerimiento de cumplimiento de la obligación realizado por el sujeto pasivo previamente; en ese sentido el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el agente indebidamente se comporta como propietario legítimo del bien, disponiendo o realizando un uso distinto al determinado.

Lo contrario ocurre en el caso argentino, que establece en el su artículo 173.2 del Código Penal Argentino que

Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 2) El que con perjuicio de otro **se negare a restituir** o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver. (Subrayado nuestro)

De este tipo penal previsto en el dispositivo extranjero se desprende que, el agente tiene que negarse a restituir el objeto material del delito que le fue entregado de forma legítima para su custodia, lo que supone un requerimiento previo por parte del sujeto pasivo; y no como dice Creus, que analizando este tipo penal señala al respecto que, “En ciertas hipótesis la determinación de la conducta abusiva requerirá una rendición de cuentas, pero ella no es una cuestión prejudicial, ni siquiera previa, sino simplemente una prueba referente a dicha conducta.” (1997, p.480). En este caso, tal como resalta Donna “producida la negativa o la mora, la omisión queda consumada. Antes de ese momento no hay consumación del delito, aunque el autor haya realizado actos de apropiación sobre la cosa, a menos que esos actos lo hayan constituido en mora según las reglas civiles.” (s/a, p.379). Se concluye de este supuesto de la legislación comparada que, en el caso argentino el requerimiento de devolución sí forma parte del tipo penal, porque el tenor literal del tipo penal lo permite, pues el agente se tiene que negar a devolver el objeto materia de depósito.

En el caso peruano, la conducta ilícita la encontramos en el verbo rector del tipo penal, esto es, en apropiarse indebidamente, que no significa negarse al cumplimiento de la obligación de devolver, entregar el bien o realizar el uso

determinado, sino tan solo basta que se enajene el bien o utilizarlo para un fin distinto al pactado, sin tener facultad para ello, es decir, actuando como propietario, criterio asumido por Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 301-2011 Lambayeque. Entonces, este delito no se consuma cuando el agente se niega a restituir el bien que le fue conferido bajo un acto jurídico lícito; el requerimiento de devolución no es imprescindible para el perfeccionamiento de este ilícito penal y, por lo tanto, este no constituye un elemento objetivo del tipo penal de apropiación ilícita, pues de la interpretación del tipo penal no se desprende esta circunstancia y mucho menos está establecido taxativamente en el artículo 190 del código penal peruano, decir lo contrario afectaría el principio de legalidad en su manifestación de ley penal cierta o determinada, más aún si todos los elementos de tipo objetivo deben ser cognoscibles por el autor del delito.

#### ***4.2.2. Requerimiento como requisito de procedibilidad***

Luego de haber establecido que el requerimiento de cumplimiento de la obligación, no tiene las características de un elemento del tipo penal; ahora se analizará la postura que considera que el requerimiento de devolución constituye un requisito de procedibilidad; así tenemos al reconocido jurista peruano Cabrera Freyre quien refiere que el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el agente se apropia de forma definitiva del bien o cuando hace un uso determinado de aquel y que el requerimiento de devolución constituye un requisito objetivo de procedibilidad, en cuanto a la promoción válida de la acción penal. (2009, p. 283). Este autor, si bien es cierto reconoce que el requerimiento de devolución no constituye un elemento del tipo penal, pues la conducta descrita en el artículo 190

del Código Penal, se perfecciona cuando el agente se apodera indebidamente del objeto material del delito; sin embargo, luego de su primer análisis atinado, concluye que el requerimiento es un requisito de procedibilidad que condiciona el ejercicio de la acción penal pública; esto lo fundamenta diciendo que “si bien la norma penal no lo dice expresamente, se ha convenido jurisdiccionalmente, que el agraviado, antes de denunciar el hecho, debe cursar una carta notarial al presunto autor, requiriéndole la entrega del bien.” (2009, p. 289)

Esta última conclusión de Cabrera Freyre, no es acertada, puesto que un requisito de procedibilidad como presupuesto procesal no puede establecerse de forma arbitraria, por parte de los órganos que administran justicia, máxime si este es un supuesto que debe estar expresamente establecido en la ley penal o extrapenal, garantía procesal del principio de legalidad. Nótese, que el requisito de procedibilidad es un supuesto que está previsto expresamente en la ley para determinados delitos, a fin de que se agote todas las vías idóneas para la sanción de una conducta dañina para la convivencia social, más aún si el Derecho Penal es de *última ratio*; entonces si es un supuesto previsto en la ley, quien lo debe señalar es el legislador penal, y no los jueces que administran justicia en materia penal, como erróneamente lo considera el citado autor; caso contrario si esto está sucediendo en los tribunales peruanos, los jueces penales se están arrogando funciones que no les corresponde y por lo tanto, existe una intromisión de poderes, lo que sería perjudicial para un Estado social de Derecho.

Dentro de este mismo razonamiento encontramos a León Sernaqué, para quien resulta necesario que exista un requerimiento para ejercitar la acción penal, así establece lo siguiente:

Resulta necesario agotar todo instrumento que permita lograr satisfacer el derecho reclamado por el titular del bien, sin que se tenga que llegar a ejercitar una acción penal para exigir la devolución del bien, y para en caso no se cumpla con dicho objetivo, se acuda a aquél derecho de mínima intervención, constituyéndose de tal manera dicho requerimiento en un requisito de procedibilidad, en tanto que es una circunstancia ajena al tipo penal. (2016, p. 81).

La citada autora, también concluye que el requerimiento, constituye un requisito de procedibilidad que condiciona el ejercicio de la acción penal, y que en caso de su omisión, el proceso penal debe ser suspendido hasta que se satisfaga con dicha circunstancia. El fundamento que utiliza, no es el señalar únicamente que así se ha convenido jurisdiccionalmente, sino que va más allá y considera que esta circunstancia ajena al tipo penal, en atención al principio de *ultima ratio*, debe ser entendida como un requisito de procedibilidad.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la *ultima ratio*, como límite del ius puniendi del Estado, resulta necesario citar a Mir Puig, quien señala al respecto que:

Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. (2003, p.108)

Teniendo en cuenta esto, se puede advertir que una de las características esenciales del requisito de procedibilidad, es que se encuentre taxativamente establecida en la ley penal o extrapenal, pues de esa forma no se verá inobservado el principio de legalidad en su garantía procesal. Asimismo, podemos aseverar que la principal función de los jueces penales es impartir justicia mediante la correcta aplicación e interpretación de la ley penal, lo que significa que el entendimiento de la ley no solo se limita a su tenor literal, sino que en un Estado

Constitucional de Derecho, la aplicación de la ley debe realizarse tomando en cuenta principalmente lo previsto en nuestra carta magna, y de igual forma, se debe realizar una interpretación sistemática de la ley penal con todas las leyes que integran el ordenamiento jurídico, máxime si la construcción de algunos tipos penal se realiza extrayendo los conceptos previstos en leyes extrapenales, es decir, determinados elementos de un tipo penal, no son constructos propios del derecho penal, sino que para su cognoscibilidad, es necesario recurrir a una ley Civil, Administrativa, Ambiental, etc, pues de ellos han sido extraído.

Por ello, los elementos del tipo penal de apropiación ilícita, no son propios del derecho penal, sino que han sido extraídos del Derecho de las Obligaciones, pues el depósito, la comisión, la administración, u otro acto jurídico que tenga la misma naturaleza, son específicamente fuentes de las obligaciones y por lo tanto, para entender estos conceptos debemos recurrir al Código Civil.

El ilícito penal *in examine* tiene su origen en el derecho de las obligaciones, y la apropiación del bien, valor o dinero, no es otra cosa que, el incumplimiento de una obligación, así por ejemplo, en el contrato de depósito es obligación del depositario la custodia y conservación del bien, así como devolver el mismo bien recibido en el estado en que se halle al momento de su restitución, y si el depositario enajena el bien o lo utiliza para su beneficio, está incumpliendo con su obligación de custodiar el bien, pues solo se le ha transferido la posesión con el fin de que cuide de él, mas no se ha transferido la propiedad.

En importante conocer la naturaleza del objeto material del delito, pues cuando se trata de un bien mueble o un valor, en la práctica es fácil saber y

demostrar que se ha realizado actos de disposición sobre estos, mientras que, cuando se trata de dinero, la situación se vuelve compleja, pues este se considera un bien fungible y lo que le interesa al sujeto pasivo es la devolución de la misma suma dineraria, mas no que se realice con los mismos billetes y monedas, entonces, el delito si bien en teoría se habría consumado cuando el agente dispuso del dinero, empero en la práctica aún no existe una materialización de la lesión del bien jurídico, es decir, el agente aún puede cumplir con su obligación de devolver, entregar o hacer el uno determinado. Entonces, en la praxis cuando se trata de apropiación ilícita de dinero, no es conveniente soslayar este requerimiento de cumplimiento de la obligación, pues solo mediante su negativa podemos corroborar que el agente se apropió del dinero.

Sería absurdo iniciar un proceso penal, cuando a pesar de que sabemos que el agente dispuso del dinero para su beneficio (consumación del delito), este nos devuelve en la misma cantidad y especie frente al requerimiento que se le hizo. Entonces, consideramos que para el inicio de un proceso penal por el delito de apropiación ilícita de dinero, el sujeto pasivo debe cumplir una exigencia establecida legalmente en el artículo 1429 del código civil, esto es, requerir al agente el cumplimiento de la obligación de devolver o entregar el dinero, o el de usarlo para el fin establecido.

#### ***4.2.3. Requerimiento como prueba***

Una última postura, que analiza el requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita es la propuesta por Reategui Sánchez, quien considera que esta circunstancia solo tiene efectos probatorios; de esa forma señala que:

El tipo penal del artículo 190 no exige expresamente ningún tipo de requerimiento [...], este supuesto solo será a efectos de probanza, pero no como condición o requisito de procedibilidad, como sí está como por ejemplo en el delito de libramiento indebido artículo 215 del Código Penal peruano.” (2015, p. 410)

Es acertada, la postura de este jurista peruano, puesto que, de forma breve, establece que el requerimiento, no constituye un elemento del tipo imprescindible para su consumación, porque del tenor literal del artículo 190 no se desprende esta circunstancia; y que, por el contrario, la conducta ilícita se perfecciona cuando el agente ha realizado ilegítimamente actos que le son propios al titular legítimo del bien. Así mismo, considera que el requerimiento de devolución no es un requisito de procedibilidad porque la ley no lo ha señalado expresamente, como sí lo hizo en determinados delitos, tales como en el delito de libramiento indebido, delitos tributarios, delitos contra el medio ambiente, etc. En ese sentido, el requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita, solo tiene efectos probatorios, porque se limitará únicamente a probar un hecho; lo que no ha previsto este autor, es si esta simple prueba es útil o suficiente para acreditar la conducta ilícita del sujeto activo.

Por lo tanto, de acuerdo con esta postura, el requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita solo tiene mérito probatorio y que el mismo no condiciona el ejercicio de la acción penal. Empero cuando tratamos sobre la apropiación ilícita de dinero la naturaleza jurídica del requerimiento de cumplimiento de la obligación no solo es una mera prueba, pues si asumiríamos esto diríamos que con la disposición de las monedas o billetes se verificaría un efectivo menoscabo al bien jurídico del sujeto pasivo, no obstante, para nosotros esto no es así, pues solo estaríamos hablando de una aparente lesión del bien

jurídico, pues el sujeto activo ontológicamente aún será acreedor de una suma de dinero, y el cumplimiento de esta obligación se puede realizar con otros billetes o monedas de la misma especie, pero la misma cantidad.

Si bien es cierto, la postura a la adhiere este trabajo de investigación es a este criterio, sin embargo, lo que se plantea es analizar con profundidad el requerimiento y de esa forma no solo señalar que esta circunstancia ajena al tipo penal solo es una simple prueba, sino que de acuerdo a la teoría de la prueba, se busca determinar su verdadera naturaleza.

#### **4.3.Toma de postura**

Luego de haberse analizado las diferentes posturas que existen referente a la naturaleza jurídica del requerimiento en el delito de apropiación ilícita regulado en el artículo 190 del nuestro Código Penal, se puede afirmar que la tercera postura que hace referencia a que el requerimiento sirve solamente para efectos probatorios, es acertada pero únicamente cuando el objeto material del delito lo constituye un bien mueble o valor, puesto que como se ha logrado advertir, esta no tiene las características propias de un elemento del tipo penal, pues no es una descripción de carácter valorativo incluidas en el tipo penal, necesaria para individualizar una conducta ilícita, es decir, no se encuentra establecido expresamente en el dispositivo en mención y por lo tanto, no es conocible por el dolo del autor; y tampoco presenta las características propias del requisito de procedibilidad como un presupuesto procesal, que condiciona el ejercicio de la acción penal público, para ser considerado como tal, toda vez que a pesar de estar prevista en un dispositivo extrapenal, no es necesaria la presencia de esta

circunstancia para demostrar que el agente se ha apropiado del bien mueble o valor, más aún si con otro medio de prueba se puede comprobar que el agente se apropió de estos objetos materiales, y en consecuencia se demuestra un perjuicio económico a la víctima.

Entonces, el requerimiento tendrá naturaleza probatoria solo cuando el objeto material del delito es un bien mueble o valor, en virtud a que basta con que el agente realice actos de disposición sobre la cosa para demostrar que existe apropiación indebida y no un simple incumplimiento contractual, es decir, la persecución penal de la conducta del agente no está supeditado a la intervención del perjudicado; y cualquier otro medio probatorio será idóneo para demostrar el injusto penal.

Sin embargo, cuando se hace referencia a la apropiación indebida de dinero, la naturaleza del requerimiento no es solo probatoria, sino que en este supuesto de hecho para demostrar que el agente se apropió del dinero, la víctima debe demostrar la negativa del agente de devolver o entregar la suma dineraria para habilitar la acción penal, toda vez que, como se mencionó en la presente investigación, el dinero es por naturaleza fungible, y si bien el agente gasta las monedas o billetes como si fuera legítimo propietario, también es cierto que puede devolver la misma suma dineraria al sujeto pasivo, y no materializar la afectación al bien jurídico, es decir, el perjudicado sigue siendo acreedor de determinada suma de dinero, y de igual forma aún puede ser satisfecho su interés que es la devolución, entrega o hacer el uso determinado de esa suma de dinero.

Si el agente ha dispuesto indebidamente de un bien mueble materia de depósito, comisión o administración, es imposible decir que no se ha lesionado el bien jurídico del sujeto pasivo, pues el agente producto del uso o disposición de este bien ha obtenido indebidamente un provecho, entonces para verificar que se ha mermado el patrimonio de la víctima basta con demostrar que el agente ha enajenado el bien sin tener facultad para ello o que se encuentre utilizándolo para su propio beneficio, sin tener la voluntad de devolverlo o entregarlo, es decir, basta con que se demuestre con cualquier medio probatorio que el agente se apropió del bien, para que su conducta pase de la instancia civil a la penal. En el caso de apropiación indebida de título valor, que no es por antonomasia un bien fungible y por el contrario constituye un instrumento que contiene o incorpora determinados derechos patrimoniales, el agente para obtener un provecho dispone del mismo ya sea reclamando indebidamente el cumplimiento de la obligación contenida en el título valor al aceptante o lo transfiere a otra persona mediante endoso, perjudicando el patrimonio del sujeto pasivo, en este caso se verificaría un efectivo perjuicio a la víctima pues lo que interesa es que se le devuelva el título valor, entonces basta con acreditar que el agente endosó o exigió el cumplimiento de la obligación asumida en el título valor al aceptante o a su garante, para ejercitar la acción penal.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la apropiación ilícita de dinero, pues como se señaló, no obstante de que el agente haya dispuesto de las monedas o billetes que fueron puestos a su esfera de custodia producto de un contrato de depósito, comisión, administración u otro de similar título, la acción penal no podrá ejercitarse hasta que se verifique que el agente, frente al

requerimiento, se niega u omite dolosamente cumplir con la obligación, por ello es necesario que previamente la víctima solicite, mediante carta notarial (documento de fecha cierta), al sujeto activo el cumplimiento de la obligación en los términos de devolver la suma dineraria, en atención a lo prescrito en el artículo 1429 del Código Civil Peruano, máxime si onticamente, sin este requisito, no se puede determinar si el agente quiere el dinero para sí o tercero. Un ejemplo de ello sería, cuando un persona “X” celebra un contrato de depósito de la suma de S/ 10,000.00 soles con “Y”, quien es una persona que cuenta con diversos bienes muebles e inmuebles, la obligación consiste en custodiar el dinero y devolverlo en el término de 5 meses, sin embargo, al día siguiente X se entera que Y, con el dinero que fue materia de depósito, se compró una moto, entonces inmediatamente solicita a Y la devolución de la suma dineraria, a lo que este cumple con su obligación pactada; se puede notar que, el deudor (agente) no obstante de haber dispuesto del dinero para su beneficio (consumación del delito), cumplió con su obligación de devolver la misma suma dineraria, y lo que interesa a la víctima en este caso es la devolución de la suma dineraria, mas no que se realice con las mismas monedas y billetes, y esta debe realizarse hasta antes de la interposición de la denuncia.

Una vez que se cumple con la obligación de devolver o entregar el dinero, ya no tiene objeto iniciar un proceso penal por la comisión del delito de apropiación ilícita, pues mediante la satisfacción de la pretensión del sujeto pasivo, la afectación de su bien jurídico no se ha materializado en la práctica y no se ha menoscabado el objeto material del delito, es decir, continúa manteniendo su mismo valor para el sujeto pasivo, lo que ocurre por el contrario cuando el objeto

material del delito es un bien determinado o un título valor, que ante su uso o disfrute del mismo, ya pierde valor económico, es decir se evidencia un perjuicio económico al agraviado.

Por otro lado, es menester tener en cuenta también que en el delito de apropiación ilícita es imprescindible acreditar un elemento subjetivo distinto al dolo, esto es, el *rem sibi habendi*, lo que significa la intención de apropiarse de un bien del cual solo se tiene el derecho de posesión. En el caso de que el objeto material del delito sea un bien mueble o un valor, no existiría problema para demostrar este elemento, pues no es necesario que el agente demuestre su negativa para cumplir con su obligación, basta con demostrar que este se encuentra explotando el bien en su beneficio como si fuera propietario o que un tercero está beneficiándose de este bien; por el contrario, esto no ocurre cuando el objeto material es una determinada suma de dinero, dado que aquí sí es imprescindible conocer la negativa del agente, pues de otra forma no es posible conocer que el agente tiene la intención apropiarse del dinero, ya que el agente puede utilizar el dinero materia de depósito, comisión o administración, en su propio beneficio o de tercero, empero luego puede reponer la misma suma dineraria y cumplir con su obligación pactada con la víctima, entonces para pasar de la instancia civil a la penal no basta que este último conozca que el sujeto activo enajenó el dinero, también debe acreditar que este no quiere devolver la suma dineraria, es decir, que se le causó un perjuicio; por ello consideramos que si no se logra acreditar el *rem sibi habendi*, la acción penal quedaría inhabilitada y la conducta del agente aún se encontraría dentro del ámbito civil.

Cabe precisar finalmente que, el requerimiento de cumplimiento de la obligación sí se encuentra establecido taxativamente en la legislación civil, como una exigencia legal que condiciona la imposición de una consecuencia jurídica, esto es, resolución del contrato de pleno derecho. Empero, en atención al principio de ultima ratio, fragmentariedad, lesividad y analogía *in bonam partem*, este requerimiento de naturaleza civil tiene una función de condicionar el ejercicio de la acción penal en el delito de apropiación ilícita de dinero, pues no incide en la órbita de la acción delictiva y sobre todo sirve para garantizar un derecho penal de mínima intervención.

Si no existe una negativa de devolución, entrega o hacer un uso determinado de una suma de dinero, entonces aún no podemos hablar de la sospecha de la comisión de un delito o que el hecho denunciado revista de características de delito, dado que aún se encontraría en el ámbito civil donde el agente puede cumplir con su obligación, sin necesidad de iniciar un proceso penal.

Por ende, podemos concluir que en el delito de apropiación ilícita, cuando el objeto material es una determinada suma de dinero, el requerimiento de devolución, entregar o hacer un uso determinado, es un requisito de procedibilidad imprescindible para ejercitar la acción penal.

### **4.3.1. Forma de interpretación**

En la presente investigación no solo se ha tratado de dilucidar la naturaleza jurídica del requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita, sino que un objetivo trazado también ha sido el de establecer una forma de interpretación para esta circunstancia, máxime si en el derecho probatorio se ha podido observar que algunas pruebas son determinantes para acreditar la comisión de un delito, tal es el caso del delito de violación sexual en todas sus modalidades, donde es imprescindible que se practique al agraviado un examen médico-ginecológico a fin de determinar la existencia de la agresión sexual, o en el caso de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de lesiones, leves o graves, donde es necesario que un médico legal practique un examen al agraviado a fin de advertir la existencia de lesiones y si estas son graves o no. Nótese, que estos medios probatorios son determinantes para acreditar la existencia de un delito, y el juez penal, no las puede valorar de forma libre, sino que necesariamente deben ser observadas y valoradas para acreditar la responsabilidad del acusado.

#### **4.3.1.1. Uso de los indicadores propuestos**

La siguiente figura hace notar la forma en que pueden estar presentes los indicadores de esta tesis y la constitución de la variable.

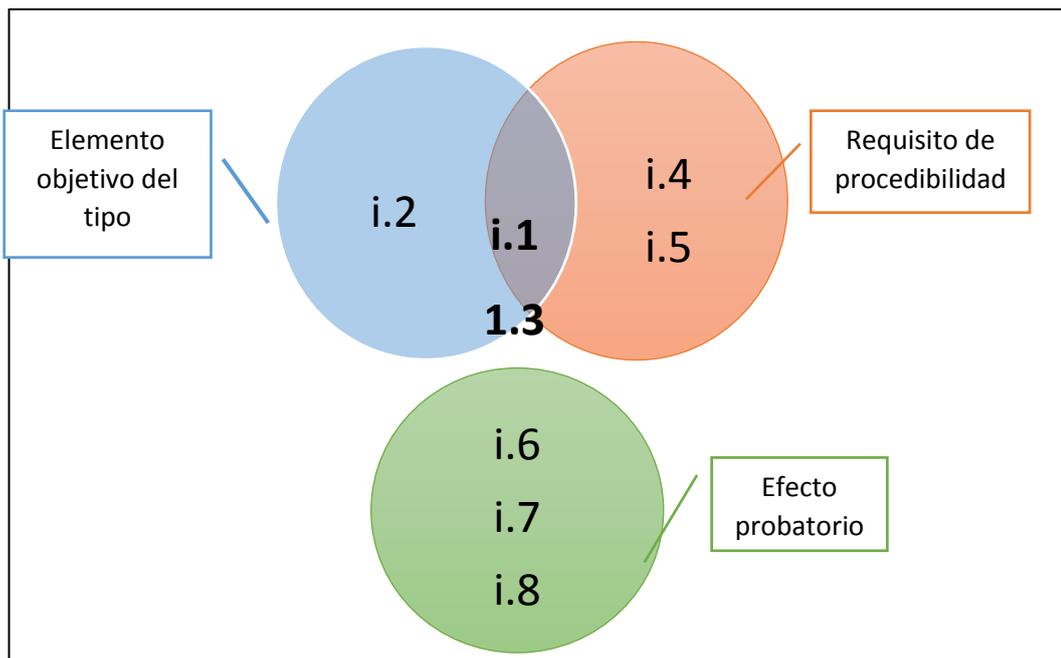


Figura 2. Indicadores para una interpretación general de la naturaleza jurídica del requerimiento.

El tratamiento de casa indicador se abordará enseguida:

### **i.1. Establecido taxativamente en la ley penal o extrapenal.**

Este indicador está referido a una de las manifestaciones del principio de legalidad, como es la ley estricta, lo que significa que el juzgador debe interpretar la norma penal de acuerdo con lo contemplado en el texto de la ley penal material y procesal. Esto se fundamenta en que la sociedad debe conocer el contenido específico de las conductas ilícitas que dañan y alteran el orden social.

De igual forma, en materia procesal es importante que determinado supuesto esté contemplado en la ley, pues el órgano jurisdiccional y demás órganos de apoyo, no pueden actuar de forma arbitraria dejando de lado las reglas previstas para un adecuado proceso judicial. Incurrir en vicios aquel proceso que no sigue el orden legalmente establecido para cada etapa.

De lo vertido, podemos notar que el factor común entre el elemento objetivo del tipo penal como del requisito de procedibilidad, es este indicador, dado que ambos deben estar plasmados en una ley penal o extrapenal. Así se tiene que en el caso del elemento objetivo del tipo, al constituir una descripción de carácter valorativa, necesaria para individualizar una conducta ilícita, es imprescindible que esté dentro del texto que compone el tipo, toda vez que debe ser cognoscible por el autor del delito, caso contrario se incurriría en un error de tipo. Estos elementos no solo se encuentran dentro de una ley penal, sino también dentro de leyes extrapenales, pues en el caso del tipo penal en blanco recurriremos a una ley extrapenal para determinar el carácter delictuoso de la conducta, es decir, sin bien en la ley penal se contempla el núcleo de la conducta prohibida, sin embargo la ley civil, administrativa, etc, es la que contempla las circunstancias que completan la norma prohibitiva o prescriptiva.

Lo mismo sucede en el caso del requisito de procedibilidad, el cual debe ser conocido por el órgano jurisdiccional para una efectiva administración de justicia, pues es necesaria su presencia para que se entable una relación jurídica procesal válida, y de esa forma se pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo.

Lo contrario acontece cuando se habla de un elemento probatorio, pues de acuerdo con el sistema procesal adoptado por el Perú, un hecho delictivo puede probarse con cualquier medio de prueba idóneo y lícito, descartándose de esa forma, la prueba tasada que caracterizaba al sistema inquisitivo, cuyo principal propiedad era el valor que le otorgaba ley.

### **i.2 Necesaria para configurar la acción típica.**

Con esto se hace referencia a los elementos eventuales que integra el tipo objetivo, que son aquellas descripciones, de carácter valorativo, incluidas en el tipo penal, necesaria para individualizar una conducta ilícita. Estos se clasifican en elementos descriptivos que, requieren una percepción sensorial, es decir, es conocido por el sujeto a través de sus sentidos. En cambio los elementos normativos, requiere una valoración espiritual, de esta forma tenemos a los elementos normativos de valoración jurídica y los de valoración cultural.

El elemento objetivo del tipo penal es exigible para configurar la acción típica, es decir, son las propiedades o características de una conducta ilícita, mediante estos elementos se puede diferenciar una conducta ilícita de una lícita, o de conducta ilícita de otra que aparentemente tiene las mismas características. Se trata de un elemento sustancial de la figura delictiva, sin la cual la conducta sería atípica.

En cambio, no se puede mencionar lo mismo sobre el requisito de procedibilidad, pues no se exige su concurrencia para la consumación del delito, máxime si su naturaleza es netamente procesal, es decir constituye solo un presupuesto procesal para la imposición de una sanción.

### **i.3 Valoración para su comprensión.**

Respecto a este indicador, resulta menester citar a Ferrajoli quien para determinar la verificabilidad y refutabilidad jurídica, utilizó la teoría del significado, entendiendo que según esta teoría se debe distinguir dos acepciones distintas de significado de un signo: la extensión o denotación, que consiste en el conjunto de los objetos a

los que el significado se aplica o se refiere, y la intensión o connotación, que consiste en el conjunto de propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión. Si aplicamos esta teoría al lenguaje penal diremos que una tesis judicial es verificable y refutable si y solo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada es decir, definidas de manera clara y precisa. De esa forma, las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes. (1995, pp. 119-121)

Se trata del razonamiento que se emplea para entender la figura delictiva, es decir, es un juicio de valor de carácter jurídico o cultural para interpretar la conducta abstracta prevista en la ley penal. De igual forma, en el caso del requisito de procedibilidad, también se utiliza un razonamiento tomando en cuenta principalmente la teoría general del proceso.

#### **i.4 Presupuesto Procesal.**

Se entiende por presupuestos procesales, según Echandía (s.f.) a aquellos “supuestos previos al proceso requisitos sin los cuales este no puede ser iniciado válidamente, y deben por ello, en el momento de formularse la demanda o denuncia o querrela a fin de que el juez pues admitirla o iniciar el proceso”. (p. 275)

Son aquellas circunstancias que deben concurrir en cada proceso, para que se entable una relación jurídica procesal válida, y de esa forma se pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo; esto es sin que por algún defecto o falta que se produzca o aparezca en el proceso el juez deba detenerse a subsanarla y mientras ello no ocurra, no puede examinar el fondo del litigio.

#### **i.5 Condiciona el ejercicio de la acción penal.**

Este indicador está relacionado con lo señalado en el párrafo precedente y con lo establecido en el artículo 4 del Código Procesal Penal de 2004, en el sentido de que el proceso penal formalmente no se podrá instaurar hasta que no se haya satisfecho todos los requisitos de procedibilidad establecidos en la ley.

En los procesos penales la acción es el ejercicio del poder por parte del Estado para la apertura de una investigación, esta atribución, según del código procesal penal, le corresponde al Ministerio Público cuando el delito es de persecución pública. El fiscal como titular de la carga de la prueba se encarga de la dirección de la investigación, actuando con objetividad indagando no solo las circunstancias que corroboren la incriminación, sino también busca elementos para atenuar o eximir de la responsabilidad. Por ello, al tener el deber de la carga de la prueba está obligado a llevar a juicio un proceso saneado en el sentido de cumplir con todo lo exigido por la ley.

#### **i.6. Acredita un hecho.**

Esta es una de las características propias de la teoría de la prueba, que busca averiguar la verdad sobre un hecho, el mismo que procurará el convencimiento judicial. Debemos resaltar que no se trata de llegar a la verdad

material de los hechos, sino lo que las partes buscan es acreditar su versión de los hechos, pues estos ya sucedieron en determinado tiempo y espacio, y lo único que queda de ellos es lo que se ha percibido.

### **i.7. Libre valoración.**

El sistema procesal acusatorio garantista adopta este sistema de valoración probatoria, donde la ley no establece el valor de la prueba y no se deja al arbitrio del jurado o juez la valoración de los mismos.

La valoración de la prueba, la realiza el juez de acuerdo a su libre convicción, utilizando las reglas de la lógica, los principios de la ciencia y las máximas de experiencia. Así mismo, el juez se encuentra obligado a motivar sus resoluciones judiciales, es decir, a establecer las razones por las cuales otorga cierto valor a un medio probatorio.

El principio de la libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad alternativa al de las pruebas legales, sino que equivale simplemente al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena. Precisamente, aquél significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa de refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito

profesional del juez y, conforme a ello, permite la absolución. (Ferrajoli, 1995, p. 139)

Este indicador tiene similitud con el indicador i.3, dado que en ambos se emplea un razonamiento para descifrar el significado. En el caso del presente indicador se trata de llegar a la verificabilidad fáctica, donde las premisas vienen constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión viene constituida por la enunciación del hecho que se considera probado por las premisas. En cambio cuando se trata del indicador 3, lo que se busca es interpretar las premisas de carácter legal.

#### **i.8. Necesaria para enervar la presunción de inocencia.**

La presunción de inocencia es un derecho reconocido constitucionalmente de toda persona, el cual reza que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, es decir, para determinar la responsabilidad penal de una persona, no basta con la simple sindicación de un hecho delictivo, sino que se requiere los suficientes medios probatorios idóneos y constitucionales.

La presencia de la prueba es uno de los fundamentos del sistema acusatorio adversarial, pues no solo permite corroborar una incriminación o acusación, sino que también permite hacer efectivo el derecho de defensa del imputado, en el sentido de que puede refutar toda acusación y sustentar su versión sobre los hechos.

Teniendo en cuenta lo desarrollado precedentemente, en el caso del requerimiento expreso de cumplimiento de la obligación en el delitos de

apropiación ilícita, el cual puede presentarse mediante una carta notarial dirigida al inculpado, esta no constituye un medio de prueba determinante para la existencia del delito de apropiación ilícita, puesto que, consideramos que esta circunstancia sí puede ser valorada libremente por el juez penal, y su inobservancia, no genera efecto alguno sobre la acreditación del delito, toda vez que el delito de apropiación ilícita puede probarse de diversas maneras; así el requerimiento de devolución, tratado en esta investigación, constituye un elemento de cognición pertinente, que permite inferir una sospecha de la comisión de un delito, y que no es determinante y necesaria para acreditar el delito de apropiación ilícita de bienes muebles o títulos valores. Empero, si se trata de la apropiación indebida de una suma de dinero, el requerimiento debe ser valorado conforme a lo dispuesto en el artículo 1429 del Código civil, es decir, como un requisito de procedibilidad y que su inobservancia acarrearía únicamente la suspensión del proceso penal, más no un pronunciamiento de fondo sobre el caso.

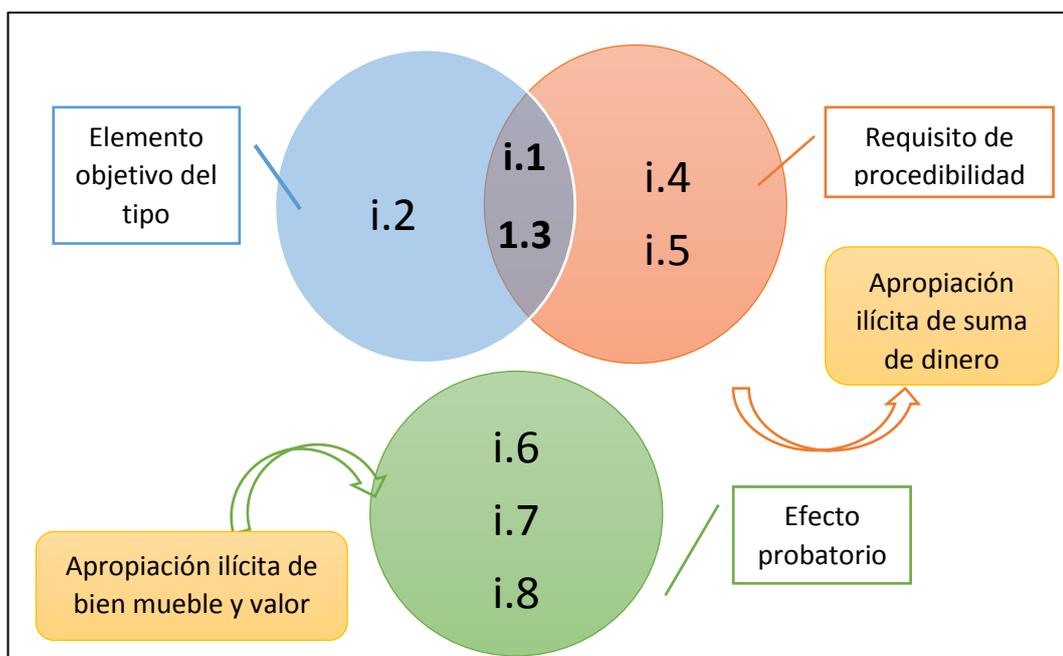


Figura 3. Naturaleza jurídica del requerimiento de cumplimiento de la obligación

#### **4.3.1.2. Propuesta final de interpretación**

Los debates anteriores llevan a que la propuesta a la que se arribo sea la siguiente:

La naturaleza jurídica del requerimiento en el delito de apropiación ilícita de un bien mueble o título valor es la de un medio probatorio no determinante, empero cuando se trata de apropiación ilícita de una suma de dinero, la naturaleza jurídica del requerimiento es un requisito de procedibilidad.

Esta propuesta viene a ser la tesis misma de esta investigación, por lo cual le corresponde ser la primera conclusión.

## CONCLUSIONES

La naturaleza jurídica del requerimiento en el delito de apropiación ilícita de un bien mueble o título valor es la de un medio probatorio no determinante, empero cuando se trata de apropiación ilícita de una suma de dinero, la naturaleza jurídica del requerimiento es un requisito de procedibilidad.

Del desarrollo del delito de apropiación ilícita y del tema que está vinculado al requerimiento de cumplimiento de la obligación, esto es, el momento consumativo del delito, podemos establecer que el delito de apropiación ilícita se perfecciona cuando el agente, a quien el sujeto pasivo ha conferido la custodia y cuidado del objeto material del delito, realiza actos de disposición sobre el mismo, sabiendo que tiene la obligación de devolverlo o entregarlo a una tercera persona ajena a la del sujeto pasivo. Así mismo, estos actos de disposición se evidencian cuando el sujeto activo, realiza un uso distinto al determinado en la relación jurídica preexistente.

Al examinar los fundamentos que apoyan el requerimiento como elemento del tipo, requisito de procedibilidad y como medio probatorio se puede concluir, que este sector de la doctrina considera que el requerimiento de devolución en el delito de apropiación ilícita es necesaria para el perfeccionamiento del delito, toda vez que a través de esta circunstancia se observará el momento en que el sujeto activo se rehúsa o niega a entregar el objeto material del delito que le fue entregado. En cuanto a la naturaleza como requisito de procedibilidad, el requerimiento expreso de devolución es imprescindible porque se ha convenido jurisdiccionalmente que condiciona el ejercicio de la acción penal pública, cuyo

titular es el Ministerio Público, mismo que está reconocido a nivel constitucional y legislativo. Finalmente, una tercera postura, considera al requerimiento como un medio probatorio de libre valoración, puesto que se basan en que no es un elemento del tipo porque el momento consumativo se presenta cuando el sujeto activo de forma indebida realiza actos de disposición sobre el bien, y tampoco puede ser considerado como un requisito o condición de procedibilidad para ejercitar la acción penal cuando el objeto material del delito es un bien mueble o título valor.

El delito de apropiación ilícita tiene que ser analizado tomando en cuenta el objeto material al que se dirige la acción, dado que cuando se trata de bienes muebles o título valor, el delito *in examen* se consuma con la sola constatación de que el sujeto agente realizó actos de disposición o actuó como propietario sobre los mismos, sin tener facultad para ello. Empero cuando se trata de dinero, la perspectiva cambia pues por su naturaleza fungible, se necesita que la víctima conozca que el sujeto agente no quiere devolver o entregar la suma dineraria.

El requerimiento de cumplimiento de la obligación tiene naturaleza civil, dado que se encuentra establecido taxativamente en el código penal, y constituye una exigencia para la imposición de una consecuencia jurídica, esto es la resolución del contrato de pleno derecho y además habilita el derecho de acción para petitionar la indemnización por daños y perjuicios.

Referente a la propuesta de interpretación del requerimiento en el delito de apropiación ilícita de bien mueble o valor, consideramos que esta circunstancia constituye un elemento de cognición pertinente, que permite inferir una sospecha

de la comisión de un delito, y que no es determinante y necesaria para acreditar el delito de apropiación ilícita.

## **RECOMENDACIONES**

Realizar una investigación de *lege ferenda* a efectos de que el requerimiento de cumplimiento de la obligación se incorpore expresamente en el artículo 190 del Código Penal.

Un tema de investigación de *lege ferenda*, es el de considerar como falta a aquellas apropiaciones indebidas de bienes, dinero o valores que no sobrepasen la Remuneración Mínima Vital.

Se debe profundizar en los criterios jurídicos que permitan diferenciar el incumplimiento contractual del delito de apropiación indebida.

De *lege ferenda*, el requerimiento debe establecerse taxativamente como requisito de procedibilidad para todos los supuestos.

## REFERENCIAS

- Angulo Morales, M. (2012). *El derecho probatorio en el nuevo proceso penal peruano*. Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Apropiación. (2014). En *Diccionario de la Real Academia española de la lengua*. (23ª ed.) Madrid: Espasa.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Cabrera Freyre, A. (2009). *Derecho Penal: Parte Especial* (t. 2). Lima: Idemsa
- Creus, C. (1997). *Derecho Penal: Parte Especial* (t. 2). Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (S/A). *Derecho Penal: Parte Especial*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Fairen Guillen, V. (1992). *Teoría General del Proceso*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigación Jurídica.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gaceta Jurídica. (2005). *Guía rápida de preguntas y respuestas de la ley de títulos valores*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Grández Odiaga, J. (2004). Condiciones Objetivas de Punibilidad. *Revista Jurídica Cajamarca, Año V(14)*. Recuperado de <https://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista14/punibilidad.htm>
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. (3ª ed.). Perú: Grijley.

- León Sernaqué, M. (2016). *¿Es necesario el requerimiento de devolución del bien para la consumación del delito de apropiación ilícita?*. (Tes. Para obtener el título de abogado) Universidad de Piura. Piura.
- Mendoza Alca, J. (2008). Problemática interpretativa de la cuestión previa. En *Comentario a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte suprema* (pp. 991-1027). Perú: Grijley.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. (2° ed.). Buenos Aires: Bdef.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Perú: IDEMSA.
- Norhcote Sandoval, C. (noviembre 2015). ¿Qué es el contrato de comisión mercantil?. *Actualidad Empresarial* 339. Recuperado de [http://aempresarial.com/web/revitem/41\\_18349\\_75385.pdf](http://aempresarial.com/web/revitem/41_18349_75385.pdf)
- Pizarro Guerrero, M. (2006). *Delito de Apropiación Ilícita*. Perú: Jurista Editores.
- Ramos Nuñez, C. (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Perú: Gaceta Jurídica.
- Ramos Suyo, J. (2005). *Elabore su tesis en derecho: Pre y Postgrado*. Perú: Ed. San Marcos.
- Reategui Sánchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General.*: t. 1. *Fundamentos La estructura del Delito*. (Trad., por D. M. Luzón, M. D. García y J. V. Remesal). España: CIVITAS S.A.

Casación N° 301-2011 Lambayeque.

Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos Contra el Patrimonio*. Perú: Pacifico

Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho procesal penal*. Lima: Idemsa

Sánchez Zorrilla, M., (2011). La metodología en la investigación jurídica:  
características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho.  
*Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 14, 317-358. Recuperado de  
<http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>

San Martín Castro, C. (s/a). *Derecho Procesal Penal*. Perú: Grijley

Torres Vásquez, A. (2008). *Rescisión y Resolución del Contrato*. Recuperado de:  
<https://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>

Zaffaroni, E. R., Aliaga, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.