

Estudio dogmático jurídico de los delitos patrimoniales de retención en el Código Penal Peruano

Dogmatic legal study of economic crime retention in the Peruvian Penal Code



AUTOR: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo¹
Profesor titular principal de Derecho Penal UNMSM.
Profesor de Derecho penal Facultad de Derecho UIGV.
Profesor de la Unidad de Post Grado, Facultad de Derecho y C. P.
de la UNMSM. Magister y Doctor en Derecho penal por la UNMSM
Profesor investigador, autor de diversos artículos y
libros en materia penal. Director (e) de la Unidad de Investigación
de la Facultad de Derecho y C.P.
e-mail: proderechoperu@gmail.com

Fecha de Recepción: 07/02/2014

Fecha de Aprobación: 05/05/2014

SUMARIO:

DELITOS PATRIMONIALES DE RETENCIÓN: SUB CAPÍTULO I: APROPIACIÓN ILÍCITA. 1. Consideraciones generales. 2. El bien jurídico protegido. 3. Modalidades típicas. SUB CAPÍTULO II: APROPIACIÓN ILÍCITA GENÉRICA. 1. TIPO BASE: APROPIACIÓN ILÍCITA GENÉRICA. 1.1. Fundamento del injusto. 1.2. El tipo objetivo de la apropiación ilícita genérica. 1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación. 1.2.2. Estructura típica de la apropiación ilícita genérica. 1.2.2.a) Apropiación ilegítima. 1.2.2.b) Título no traslativo de dominio. 1.2.2.c) Desviación del uso permitido. 1.3. El tipo subjetivo de la apropiación ilícita genérica. 1.4. Consumación y tentativa. 1.5. Consecuencia jurídica. 1.6. Tipo agravado. 1.6.a) En relación a la calidad del agente. 1.6.b) En relación a la calidad de los bienes. SUB CAPÍTULO III: MODALIDADES DERIVADAS DE APROPIACIÓN ILÍCITA. 1. SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO. 1.1. Fundamento del injusto. 1.2. El tipo objetivo de la sustracción de bien propio. 1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación. 1.2.2. Estructura típica de la sustracción de bien propio. 1.2.2.a) Sustracción ilegítima. 1.2.2.b) Posesión legítima. 1.2.2.c) Perjuicio patrimonial. 1.3. El tipo subjetivo de la sustracción de bien propio. 1.4. Consumación y tentativa. 1.5. Consecuencia jurídica. 2. APROPIACIÓN DE BIEN AJENO, PERDIDO O TESORO. 2.1. Modalidades típicas. 2.2. Tipo objetivo de lo injusto. 2.3. Sujetos de la acción: autoría y participación. 2.4. Apropiación de bien perdido. 2.5. Apropiación de tesoro. 2.6. Apropiación de bien ajeno. 2.7. Tipo subjetivo de lo injusto. 2.8. Consecuencia jurídica. 3. APROPIACIÓN O DISPOSICIÓN INDEBIDA DE BIEN MUEBLE AFECTO A GARANTÍA MOBILIARIA. 3.1. Fundamento del injusto. 3.2. El tipo objetivo de la apropiación de garantía mobiliaria. 3.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación. 3.2.2. Estructura típica de la apropiación de garantía mobiliaria. 3.2.2.a) Afectación del bien mueble en garantía mobiliaria. 3.2.2.b) Hacerse pago o disponer indebidamente del bien. 3.3. El tipo subjetivo de la apropiación de garantía mobiliaria. 3.4. Consumación y tentativa. 3.5. Consecuencia jurídica.

1 HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. Doctor en Derecho, UNMSM. Magister en Derecho Penal. Docente en Pre y Postgrado.



RESUMEN

Conforme a lo descrito típicamente por nuestro ordenamiento jurídico penal, se define la apropiación ilícita como la conducta de quien, “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”. En tal sentido, es posible apreciar que en esta modalidad delictiva se observa la acción mediante la cual una persona, que recibe lícitamente un bien mueble, total o parcialmente ajeno (según el caso particular) mediante un título no traslativo de dominio, que le impone la obligación de devolverlo, entregarlo o hacer un uso determinado, se apropia ilegítimamente de él para sacar provecho económico para sí o para tercero. De esta manera, “el delito de apropiación ilícita consiste en negarse a devolver, entregar o dar un uso distinto a un bien mueble que previamente había recibido el procesado por parte del sujeto pasivo; significando que la exigencia de entrega, devolución o uso determinado surge paralelamente a la recepción del bien, por lo que el núcleo probatorio debe girar en torno a la relación jurídica existente entre el objeto materia de apropiación y el agente” (Sentencia, Sala Superior de Justicia de Lima, Exp. No 3114-97).

SUMMARY

As described typically by our criminal justice system, misappropriation as the conduct of who defines, “to their advantage or a third party, a sum of money or value that has misappropriates a chattel, received on deposit, commission, administration or similar title that occur obligation to deliver, return, or make a particular use.” In this sense, one can see that in this type of crime is observed action by which a person who lawfully receives a cabinet, either wholly or in part outside (depending on the particular case) by a non-deed transferring ownership, imposed an obligation

to return, deliver or make a particular purpose, unlawfully appropriates it to make a financial gain for himself or for third. Thus, “the crime of misappropriation is to refuse to return, deliver or give to another use movable property had previously been processed by the taxpayer; meaning that the requirement of delivery, return or usage emerges parallel to the receipt of the goods, so that the evidential core should revolve around the legal relationship between the subject matter of ownership and agent” (Judgment, Superior Room justice of Lima, Exp No 3114-97).

PALABRAS CLAVES:

Estudio de delitos de retención.

KEYWORDS:

Study crimes retention.

DESARROLLO TEMÁTICO

1. Consideraciones generales

Con similar terminología, tanto el Código Penal derogado de 1924, como el vigente de 1991, utilizan, como indicativo del rubro delictivo en estudio, la denominación de “apropiación ilícita”, en desmedro de la denominada “apropiación indebida”, que es como también se conoce este tipo delictivo en la doctrina (La Sección decimonovena de la Parte Especial del C.P. alemán, hace referencia a: “hurto y apropiación indebida”). Ello por cuanto la primera denominación se ajusta más a las peculiaridades de las figuras delictivas que trae el capítulo en comentario, permitiendo abarcar, como bien indica Roy Freyre (1983, p. 99), hipótesis en las que no se evidencia “la violación de una fe supuestamente depositada por la víctima en la persona del agente”, como en los casos de apropiación de tesoros, cosas perdidas u obtenidas por error o caso fortuito, etc. (al respecto, observamos que el C.P. colombiano menciona el término “abuso de confianza” – Capítulo quinto; Art.



249-; asimismo, el C.P. del Estado de México, también rotula el rubro delictivo como: “abuso de confianza” –Capítulo III; Art. 302 y ss-). Al respecto, Griselda Amuchátegui, manifiesta que “se maneja erróneamente la idea de que en este delito se traiciona la confianza, incluso se dice que de ahí se le da el nombre al delito (apropiación indebida), pero en realidad no es así, pues hay casos en los cuales no media la confianza y sin embargo la cosa mueble se deja en poder de esa persona; podemos decir que en algunos casos sí existe la confianza previa, pero no es la regla, ya que no siempre ocurre así” (1993, p. 385).

Resulta interesante apreciar la tendencia doctrinaria española al respecto del ilícito en comentario, al que denominan “apropiación indebida”. Conforme a ello y de acuerdo a su naturaleza jurídica, los tratadistas peninsulares concuerdan en que no existe acuerdo en la doctrina acerca de la ubicación sistemática de la apropiación indebida. En el Código Penal de 1870 se hallaba situada entre las estafas. El Código de 1944 le otorgó una Sección independiente en el seno del Capítulo dedicado a las defraudaciones, tratamiento que perdura hasta hoy. Rodríguez Devesa afirma que “la colocación de la apropiación indebida entre las defraudaciones es absolutamente inadecuada, porque no tiene nada que ver con “ellas”. Ciertamente, las defraudaciones típicas descansan en la idea de engaño, mientras que la apropiación indebida no lo requiere: la relevancia penal de la lesión del patrimonio se fundamenta en el abuso de confianza. Pero en cualquier caso, el problema carece de trascendencia”.

De todos modos, indica Quintero Olivares, conviene aclarar que, pese a lo que afirma Rodríguez Devesa, la apropiación indebida no es la figura básica de los delitos de enriquecimiento, pues ni su estructura típica es más simple que la de hurto o la de la estafa (sino que sencillamente es distinta), ni su gravedad es

menor. La idea de que la apropiación indebida es menos grave que el hurto, se apoya en una concepción del dominio como señorío típico sobre las cosas que resulta, ante la realidad actual del patrimonio, más que falsa, ridícula. Conforme a las cuestiones político criminales que el tema involucra, en la tipificación de la apropiación indebida en el Código Penal español, se ponen de manifiesto, de manera paradigmática, los efectos de la configuración de los delitos contra la propiedad que, en su momento, fueron destacados.

En efecto (refiere Bajo Fernández, refiriéndose al Código español), el delito de apropiación indebida es la única forma de castigo, en nuestro derecho, de los casos de administración desleal del patrimonio. Nuestro Código, a diferencia del de los países de nuestro entorno cultural, no conocen el delito de abuso de confianza. Al limitarse a castigar los supuestos en que ese abuso determine una ilícita apropiación, sigue la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la atribución y no a verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica. Con ello quedan en el campo del ilícito civil atentados patrimoniales muy graves que, desde luego, deberían estimarse merecedores de castigo. Por otra parte, y en sentido inverso, cabe decir que las actuales tipologías no efectúan una delimitación adecuada entre el delito y el ilícito civil: como más adelante se verá, el delito de apropiación indebida se transforma, a veces, en la práctica, en instrumento de una inconstitucional prisión por deudas. Ni la regulación propugnada por el PLOCP de 1980, ni por la Propuesta de 1983, ni tampoco la contenida en el PLOCP de 1992 ofrecían una respuesta adecuada a los problemas político-criminales que el precepto plantea. Tampoco el nuevo texto de 1995 lo ha entendido así; si bien, a través de otros preceptos, como los llamados “delitos societarios”, se ha paliado parcialmente el problema. No obstante, quizás hubiese sido preciso una reforma más profunda



en esta materia (Bajo Fernández, 1991, p. 270).

2. El bien jurídico protegido

Desde la perspectiva de su ubicación sistemática, como una modalidad de atentado contra el patrimonio, es posible apreciar que es éste justamente el bien jurídico que se protege. Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente valiosos y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, patrimonio viene a ser el conjunto de bienes susceptibles de valoración económica que posee una persona (incluso el Estado), bajo la protección del ordenamiento jurídico y sobre las cuales tiene la facultad de ejercer todos los derechos inherentes a la propiedad (propiedad, posesión, uso, disfrute y los demás derechos inherentes a la propiedad), sin otra limitación que no sea derivada de la ley, la administración de justicia o el contrato. Díez-Picazo señala que por “patrimonio”, se entiende el conjunto de derechos y obligaciones, referido a bienes de cualquier índole, dotado de un valor económico y que han de ser valorables en dinero (citado por Queralt, 1996, pág. 308). Esta cualidad, la de valoración económica y convertible en dinero, es fundamental, ya que de no darse, no podría apreciarse ninguno de los delitos contra la propiedad, pues en su valoración dineraria reside la manifestación palpable de la patrimonialidad (loc. Cit.).

Esta conceptualización amplia del concepto de patrimonio, permite apreciar que en su conceptualización jurídico-patrimonial, lo que persigue el ordenamiento es proteger in extensu el derecho de propiedad, que comprende copulativamente la facultad de disposición y persecución del bien, así como el derecho de uso y disfrute del mismo. Por ello, se sostiene que en la apropiación ilícita el bien jurídico que protege la ley, es el patrimonio de las personas, desde sus aspectos de propiedad y posesión. La doctrina es unánime al establecer que la

propiedad sobre los bienes muebles, es el objeto de protección jurídica (Bajo Fernández, 1991, p. 276). Con la apropiación ilícita se menoscaba un derecho personal sustentado en una relación jurídica de obligación, merced a la cual el sujeto activo de la relación (acreedor) se asegura del sujeto pasivo de la misma relación (deudor), el cumplimiento de una determinada prestación (Angelotti, ob. Cit., p. 525). En estos casos se hace directa referencia al *ius persecuendi* o derecho de perseguir la cosa, en tanto se alude a la facultad de exigir la restitución –res vindicta– del bien, alegando la propiedad que ciñe sobre él (Pizarro Guerrero, 2006, Pág. 93). Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores (Corte Suprema; Sala Penal Permanente: Casación N° 301-2011-lambayeque, Lima, cuatro de octubre de dos mil doce).

En tal sentido Politoff considera que el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado, correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar (citado por Hormazabal Malarée, 1988, Pág. 121). Expresa adicionalmente Muñoz Conde, que el bien penalmente tutelado en este tipo delictivo, es también el derecho que se tiene a entregar un bien para que sea usado conforme al ámbito de disponibilidad que permite el título, ámbito de disponibilidad que puede coincidir con una propiedad con limitaciones. La esencia de lo injusto radica en el ilegítimo y abusivo incumplimiento, por parte del agente, de disponer del bien rebasando los límites impuestos en el título.

Como bien lo precisa Pizarro Guerrero (citando a Silva Cataño, 2006, Pág. 93 – 94), por otro lado, se encuentran argumentos para sostener que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación ilícita también es el derecho de crédito, ya que éstos se derivan de



las exigencias del derecho civil y de los criterios elaborados por la doctrina sobre la naturaleza del dinero y sobre el modo en el que se ejerce la propiedad sobre el mismo. En este caso previene Serrano Gómez, en la apropiación ilícita se corre el riesgo de volver al ya superado sistema de la prisión por deudas, proscrita en el Derecho penal, ya que se puede llegar a perseguirse penalmente cualquier incumplimiento de obligaciones civiles (2002, Pág. 419).

“Frente al criterio doctrinal anterior se halla un segundo grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas” (Corte Suprema; Sala Penal Permanente: Casación N° 301-2011-lambayeque, Lima, cuatro de octubre de dos mil doce).

Al respecto, nuestra magistratura establece que lo que aparece protegido especialmente en el delito de apropiación ilícita es la propiedad sobre una cosa, y en relación a ésta la capacidad de disposición que tiene el propietario, lo que implica que tenga derecho a su restitución y como contrapartida obliga al otro a la restitución del bien. En tal sentido, resulta pertinente apreciar la siguiente SENTENCIA: Expediente N° 3567-97: Lima, veintiocho de enero de mil novecientos noventa y ocho.- VISTOS y CONSIDERANDO: Primero.- Que, se le imputa al sentenciado haberse apropiado de los libros de contabilidad como son: Diario, Mayor, Inventarios y Balances, así como los

libros de Contabilidad Auxiliar: Caja, Libro y Bancos, Registro de Compras-Ventas, letras por pagar y cobrar así como documentos que tiene en su poder y que pertenecen a la empresa agraviada, los mismos que fueron requeridos mediante reiteradas cartas notariales que constan en autos; Segundo.- Que, lo que aparece protegido especialmente en el delito de apropiación ilícita es la propiedad sobre una cosa y en relación a ésta la capacidad de disposición que tiene el propietario que implica que tenga derecho a su restitución y como contrapartida implica al otro la obligación de restituir la cosa; Tercero.- Que, lo propio de este delito es que la cosa mueble ajena haya sido recibida por un título que produzca obligación de entregarla o devolverla, siendo lo básico la unidad del título, esto es que el título en virtud del cual se entrega la cosa mueble, sea el mismo título que da origen a la entrega o devolución; Cuarto.- Que, analizando el caso materia de pronunciamiento se colige claramente de las pruebas obtenidas legalmente en el proceso, que se encuentra probada la comisión del delito y la responsabilidad penal del encausado conforme se observa de su propia declaración instructiva obrante a fojas cincuenta y ocho, en la cual reconoce que no devolvió los bienes por cuanto la empresa agraviada tenía que cumplir con el pago de sus remuneraciones y derechos laborales, versión que resulta irrelevante en el presente caso, ya que existen las instancias y las autoridades correspondientes a las cuales pudo acudir ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador y reclamar sus beneficios laborales; Quinto.- Que es menester rebajar el monto de la reparación civil por cuanto esta debe fijarse de acuerdo a las condiciones personales del sentenciado y a la naturaleza del delito cometido..., que asimismo habiendo sido requerido el procesado mediante carta notarial que obra a fojas catorce, dándose en los hechos incriminados los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito investigado; este colegiado por las consideraciones expuestas: CONFIRMARON la sentencia de



fojas ciento ocho su fecha veintiuno de abril de mil novecientos noventa y siete, que falla condenando a Alfredo Máximo Galarza Pena como autor del delito contra el patrimonio – apropiación ilícita- en agravio de la “Granja don Carlos” a tres años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el mismo término bajo reglas de conducta; REVOCANDOLA en el extremo que fija en Dos Mil nuevos soles la reparación civil a favor del agraviado, REFORMANDOLA fijaron en Mil nuevos soles la reparación civil que deberá pagar a favor de la parte agraviada sin perjuicio de devolver los libros contables apropiados ilícitamente, notificándose y los devolvieron S.S. BARANDIARAN DEMPWOLF, EYZAGUIRRE GARATE, CAYO RIVERA-SCHREIBER.

3. Modalidades delictivas

- a. Apropiación ilícita genérica
Artículo 190
- b. Sustracción de bien propio
Artículo 191
- c. Apropiación de bien perdido o tesoro
Artículo 192 (inciso 10)
- d. Apropiación de bien ajeno
Artículo 192 (inciso 20)
- e. Apropiación de prenda
Artículo 193

SUB CAPÍTULO II: APROPIACIÓN ILÍCITA GENÉRICA

1. TIPO BASE: APROPIACIÓN ILÍCITA GENÉRICA

1.1. Fundamento del injusto

Conforme a lo descrito típicamente en el artículo 190, se define la apropiación ilícita como la conducta de quien, “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”. En tal sentido, es posible apreciar que en esta modalidad delictiva se observa la acción mediante la cual una persona, que recibe lícitamente un bien mueble, total o parcialmente ajeno (según el caso particular) mediante un título no traslativo de dominio, que le impone la obligación de devolverlo, entregarlo o hacer un uso determinado, se apropia ilegítimamente de él para sacar provecho económico para sí o para tercero.

“El delito de apropiación ilícita consiste en negarse a devolver, entregar o dar un uso distinto a un bien mueble que previamente había recibido el procesado por parte del sujeto pasivo; significando que la exigencia de entrega, devolución o uso determinado surge paralelamente a la recepción del bien, por lo que el núcleo probatorio debe girar en torno a la relación jurídica existente entre el objeto materia de apropiación y el agente” (Sentencia, Sala Superior de Justicia de Lima, Exp. No 3114-97).

Conforme lo establece el tipo penal, la acción recae sobre el patrimonio del sujeto pasivo, constituido por un bien mueble, una suma de dinero o un valor, recibido por el sujeto activo mediante un título no traslativo de dominio, que le impone la obligación de entregarlo, devolverlo o darle un uso determinado. Conforme a lo establecido en la ley de la garantía mobiliaria (Ley 28677), se entiende como bien mueble, a todo tipo de bien o conjunto de bienes muebles, de acuerdo a la enumeración que contiene el Código Civil y la presente Ley. Al efecto, también se consideran bienes muebles las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles. En este sentido, y desde la perspectiva civilista, el artículo 886 del Código Civil precisa los bienes considerados muebles, señalando



su característica fundamental que es la posibilidad de su desplazamiento; así tenemos: los vehículos terrestres de cualquier clase, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, las construcciones temporales en terreno ajeno, los materiales de construcción o procedentes de una demolición sino están unidos al suelo, los títulos valores o documentos que representen créditos o derechos personales, las rentas y pensiones y las acciones o participaciones societarias aunque estas pertenezcan a bienes inmuebles. También son considerados a estos efectos los bienes accesorios (artículos 887 al 889 del Código Civil) y los demás bienes no comprendidos como inmuebles en el artículo 885 del C.C. (inciso 10 del artículo 886 del C.C.).

El bien mueble, cuyo concepto y alcances ya establecimos al estudiar el hurto, puede ser incluso parcialmente ajeno. En lo que respecta a las referencias específicas que el tipo hace con respecto al “dinero” y al “valor”, nos pronunciamos en el sentido de que ellas resultan innecesarias puesto que pueden, perfectamente, ser comprendidas dentro de la noción amplia de “bienes muebles”. Tal vez el fundamento de la referencia específica y aparentemente diferenciada de tales bienes, se deba más bien a criterios de prevención general, optando el legislador por señalarlos indicativamente, para lograr un mayor impacto preventivo. Dinero es el medio de cambio convencional, de curso forzoso, impuesto por el Estado, que siguiendo una unidad patrón, se emplea para realizar las transacciones económicas. Por “valor”, debemos entender el concepto de título valor, que es el documento convencional, que representa o contiene derechos patrimoniales, como por ejemplo, las letras de cambio, cheques, pagarés, certificados de depósitos, acciones, warrant, etc.

Dada la específica referencia contenida en el artículo 444 del Código Penal, que sólo adscribe condicionamientos valorativos a los tipos contenidos en los artículos 185 y

205 (ya criticado), y no existiendo norma en contrario, en la apropiación ilícita no se atiende a criterios de cuantía con respecto al bien, para la constitución típica del acto. En este caso habrá que apelar a los fundamentos generales y al principio de lesividad. Ello nos parece contraproducente, habiendo opinado que sería conveniente (para el reforzamiento del principio de mínima intervención), asignar una limitación relativa a un mínimo de cuantía, al igual que en el tipo de hurto, para evitar la inclusión al campo penal de infracciones tan mínimas que no representen adecuada lesividad del bien jurídico.

De acuerdo al criterio jurisprudencial, “el concepto de bien mueble en estos delitos no coincide con el concepto civil del mismo; se entiende como todo objeto del mundo exterior con valor económico que sea susceptible de apoderamiento material y de emplazamiento. SENTENCIA: EXP. 5041-99; Lima, cinco de setiembre del año dos mil; VISTOS y CONSIDERANDO: Primero.- Que, se imputa a César Augusto Herrera Lucho ser autor del delito contra el patrimonio –apropiación ilícita- en agravio de la Asociación de Padres de Familia del Colegio Nacional “Unión Latinoamericana” al no haber devuelto los documentos de administración económica del quiosco escolar correspondiente al año mil novecientos noventa y seis, que le correspondía en su calidad de presidente de la asociación antes citada; Segundo.- Que, para la configuración del delito de apropiación ilícita es necesario que el sujeto activo reciba un bien mueble suma de dinero o valor en calidad de depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado a lo cual dolosamente se niegue procurándose para sí o para un tercero un provecho ilícito; Tercero.- Que, en el delito instruido el bien jurídico protegido es el patrimonio, específicamente, la propiedad de un bien mueble, pero en relación a este resulta particularmente afectada la capacidad



de disposición base que fundamente el derecho del propietario a su restitución, que como contrapartida, tiene la existencia de una obligación que pesa sobre otro sujeto de restituir el bien; Cuarto.- Que, el concepto de bien mueble en estos delitos, es un proceso funcional y autónomo del derecho penal que no coincide con el concepto civil del mismo, por bien mueble hay que entender todo objeto del mundo exterior con valor económico que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento; Quinto.- Que, los mencionados documentos de administración del quiosco del colegio antes citado, carecen de ese valor económico, que por la acción del agente le procure un provecho ilícito para sí o para un tercero, en consecuencia no concurren los elementos del tipo previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal: por tales fundamentos: REVOCARON la sentencia apelada corriente a fojas doscientos setentidós, su fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve que falla condenando a César Augusto Herrera Lucho por delito contra el patrimonio –apropiación ilícita- en agravio de la Asociación de Padres de Familia del Colegio Nacional “Unión Latinoamericana” a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el mismo plazo bajo determinadas reglas de conducta, y fija en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la asociación agraviada y REFORMANDOLA absolvieron a César Augusto Herrera Lucho de la acusación fiscal por delito contra el patrimonio –apropiación ilícita- en agravio de la Asociación de Padres de Familia del Colegio Nacional “Unión Latinoamericana”, notificándose y los devolvieron.S.S. BARANDIARAN DEMPWOLF, RIVERA VASQUEZ, AGUILAR VELA.

1.2. El tipo objetivo de la apropiación ilícita genérica

1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

El tipo sitúa como sujeto activo de la acción a quien “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”. En tal sentido, la norma exige en el agente una condición especial, que se traduce en la obligación que luego de la recepción surge en éste de devolver, entregar o hacer un uso determinado. Ello determina que se trata de un tipo especial propio, donde el sujeto activo es específicamente quien luego de recibir el bien asume tales deberes fácticos a los que se obliga personalmente y que trasgrede al apropiarse injustamente del bien o dándole un uso no permitido o desviado. En este sentido la coautoría sólo se podrá presentar cuando concurren sujetos cualificados (intraeus).

El tipo agravado también reclama un sujeto activo específico, requiriéndose al efecto que la acción sea realizada por un agente que obre en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria.

El sujeto pasivo es genérico, puede ser cualquier persona titular del bien ilícitamente apropiado por el agente. Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien (Corte Suprema; Sala Penal Permanente: Casación N° 301-2011-lambayeque, Lima, cuatro de octubre de dos mil doce).

SALA PENAL PERMANENTE: CASACIÓN N° 301-2011-LAMBAYEQUE

Lima, cuatro de octubre de dos mil doce.



DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once, emitida por la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el señor Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

SÍNTESIS DEL FACTUM

Se aprecia del requerimiento fiscal obrante en los folios uno a nueve que se imputa a la encausada doña Jalli Jannan Villareal López que en su condición de empleada de la empresa agraviada, Rinti SA -vendedora de productos alimenticios para caninos y felinos-, se apropió indebidamente del dinero que cobró a clientes de ésta empresa, ascendente a quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos (S/. 15, 071.09). Así, la imputada entregó a clientes de la empresa comprobantes de pago en señal de acuse de recibo del dinero por los productos vendidos sujetos a crédito, pero una vez efectuado el pago por estos a ella, no lo entregó las arcas de la referida empresa.

FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN

La recurrente solicita que la Instancia Suprema declare nula la sentencia de vista cuestionada y en sede de instancia proceda a condenar a la procesada como autora del delito imputado y se establezca doctrina jurisprudencial al respecto; sustentando su planteamiento en las siguientes consideraciones: 2.1. La decisión efectuó una errónea interpretación de la norma penal contenida en el artículo ciento noventa del Código Penal que regula el delito de apropiación ilícita. 2.2. Que la reacción penal debe ser la sanción de aquellos comportamientos tendientes a menoscabar

intereses jurídicos protegidos, como el caso concreto en que el agente aprovechándose de la condición especial conferida por una persona determinada se aprovecha de la misma, luego de realizar cobros en su nombre, no colocando o entregando el bien fungible dentro de la esfera de disponibilidad del titular, apropiándose de lo cobrado. 2.3. Los argumentos esbozados en la sentencia de vista cuestionada contradicen los desarrollos dogmáticos efectuados respecto a la configuración del delito de apropiación ilícita, por lo que se debe establecer un criterio en salvaguarda de los derechos de los justiciables y del irrestricto derecho de propiedad, de aquel que si bien no entrega materialmente la cosa, es el que concede la condición especial al agente. 2.4. La imputación criminal referida a la apropiación por parte de la procesada de la suma de quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos producto del cobro a varios clientes de la empresa agraviada que no fueron reportados, configura el delito de apropiación ilícita por cuanto la encausada haciendo uso de las facultades o condición especial conferida, recibió dinero, firmando las respectivas facturas, y no obstante que la citada entrega de dinero generaba la obligación de darle un destino final a los bienes fungibles, dispuso de los mismos, cuando su condición no le permitía tal conducta. 2.5. No resulta adecuado afirmar que el sujeto pasivo del delito sea siempre la persona que entrega el bien mueble ya que en muchas ocasiones dicho acto no se condice con el nacimiento de la condición especial en el agente, la misma que es conferida por el sujeto como titular del derecho de propiedad afectado, con el acto de apoderamiento perpetrado. 2.6. Finalmente sostiene que: “Los magistrados de la Sala Penal indican que cuando los clientes cancelaron el dinero, no lo hicieron con la intención de que la imputada entregare el dinero a su principal, porque para ellos se efectuó a la empresa misma, por lo que no habría apropiación ilícita, debido a que los entregantes del dinero lo hicieron a la empresa, ello determinaría en todo caso, que la transferencia



de dinero efectuada a la imputada fue realmente realizada a la empresa misma, lo que, en un supuesto negado (ya aceptando la incorrecta tesis propuesta por el tribunal superior) supondría un acto, sino de apoderamiento, de sustracción del dinero por parte de la imputada, asumiendo la ficción jurídica que el dinero ya se encontraba en disponibilidad de la empresa (en atención al estado de dependencia de la empleada y conforme lo plantea la Sala Penal de Apelaciones), por lo que el acto de apoderamiento del dinero por parte de la imputada importaría (también por ficción jurídica) un acto de sustracción, configurando, por inferencia de dichas afirmaciones de la Sala Penal, el delito de hurto; lo que implicaría (para no dejar impune el hecho) que en todo caso se debió proceder conforme a las facultades conferidas por el inciso uno del artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal en concordancia con el contenido del inciso uno del artículo trescientos setenta y cuatro del mismo texto adjetivo y haber sugerido una nueva calificación jurídica, para poder aplicar la excepción contenida en el inciso dos del artículo trescientos noventa y siete del ya acotado Código Procesal, ya que el no hacerlo viene generando impunidad e indefensión” (sic).

CONSIDERANDO: PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El numeral tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causa para interponer el recurso de casación cuando la sentencia importa una errónea interpretación de la Ley Penal. 1.2. El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal estipula que la Corte Suprema discrecionalmente establecerá doctrina jurisprudencial. 1.3. El artículo cuatrocientos treinta y tres del citado Código regula el contenido de la sentencia de casación y sus efectos. 1.4. El primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal

sanciona la conducta del 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. 1.5. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil diez, Lambayeque, tramitó el delito de apropiación ilícita teniendo como factum que los trabajadores de un grifo se apropiaron ilícitamente de los ingresos de las ventas diarias de combustible no reportado. 1.6. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de queja número veinte guión dos mil ocho guión Lima de veintitrés de marzo de dos mil nueve vinculada con Ejecutoria Suprema expedida en el recurso de nulidad número mil cuarenta y nueve guión dos mil ocho de diez de marzo de dos mil nueve, estableció la configuración del tipo de apropiación ilícita por la indebida apropiación efectuada por el encausado de libros contables de la empresa agraviada.

DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

3.1. La sentencia cuestionada señala como fundamento para revocar la decisión de primera instancia que: “El delito de apropiación ilícita es un delito especial propio que comete el ciudadano que habiendo recibido un bien mueble, como una suma de dinero, no lo devuelve, entrega a otro o usa de la manera convenida a través de un contrato, por ejemplo de comisión, administración o depósito; haciéndolo suyo, en perjuicio de la persona que se lo entregó; quien generalmente es su propietario y en ocasiones quien tiene un derecho de crédito sobre dicho bien (...) En el presente caso, según el Ministerio Público, la sentenciada en su condición de dependiente de la empresa agraviada recibió de los clientes de este sumas de dinero en pago por las mercancías vendidas; dinero que no cumplió



con entregar a su principal o empleadora; es decir, a la empresa agraviada; por tanto, queda claro que el dinero fue entregado en propiedad a la empresa agraviada, a través de su empleada, la sentenciada, sin que se advierta en dicho acto una obligación, a cargo de esta, de hacer un uso determinado con dicho dinero, menos entregarlo a otro, pero menos aún de devolverlos a sus otorgantes”. 3.2. Continúa el sustento de la sentencia argumentando que: “Se sobreentiende que si la sentenciada fue una dependiente de la empresa agraviada, cuando los clientes de ésta cancelaron sus deudas no lo hicieron con la intención que aquella entregara el dinero a su principal, porque para ellos la cancelación se efectuó a la empresa misma, a través de la sentenciada; en consecuencia, respecto a ellos no se produjo ningún abuso de confianza ni perjuicio patrimonial; siéndoles ajena la diferencia surgida entre la empresa agraviada y su dependiente, la sentenciada; por tanto, no reconociéndose en la actuación de ésta, producto de la entrega del dinero, una obligación impuesta, por su relación con los clientes de la empresa agraviada, de entregar a otro, hacer un uso determinado o devolver dicho dinero; la acción imputada es atípica del delito de apropiación. Debe quedar claro entonces, contrariamente a lo postulado por el Ministerio Público, que la condición de sujeto pasivo en el delito de apropiación ilícita no se da en función de la persona a quien el sujeto activo se obliga a entregar un bien, sino en referencia a la persona que entrega dicho bien en posesión temporal, siempre que del título o contrato celebrado surja la obligación de entregado a otro”.

PRECISIONES DOGMÁTICAS SOBRE LA APROPIACIÓN ILÍCITA O INDEBIDA

4.1. El primer predicado rector que define este tránsito de lo lícito a lo ilícito es la “apropiación”, entendida esta como la incorporación a la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio. 4.2. El legislador identifica una serie de supuestos

(aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella². 4.3. Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aun siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal entre otros³.

ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL

8.1. Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y este último queda en calidad de depositario (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa. 8.2. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y este se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o

2 SIMONS VALLEJO, Rafael: “Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)”. Extraído de <http://Awiw.uhu.es>.

3 GONZÁLEZ RUS, J.J., citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte especial. Tomo II, 3ª reimpresión, Lima, 2011, p. 286.



recaudador lo recibió. 8.3. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito. 8.4 En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos -lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda. 8.5. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa “ad maioris ad minus”, si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto. 8.6. No hay por tanto en el asunto sub iudice, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando este fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado. 8.7. Es probable que en determinados casos concorra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde. 8.8. No es posible para este Colegiado Supremo definir el fondo de la materia, dado que no se cuenta con los actuados del proceso, de modo que corresponde reenviar al órgano

Jurisdiccional llamado por ley, para que efectúe el juicio de apelación, definiendo si se produjo o no una apropiación lícita considerando sus particularidades y efectos.

DECISIÓN

Por todo ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDAMOS**:

I. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once emitida por la Primera Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

1.2.2. Estructura típica de la apropiación ilícita genérica

1.2.2.a) **Apropiación ilegítima.**- El núcleo del tipo legal en comentario está representado por la apropiación del bien mueble por parte del sujeto activo, quien actúa ilegítimamente ya que introduce a su esfera de disponibilidad, un bien que ha recibido mediante título no traslativo de dominio. Al respecto, Quintano Ripollés indica que conviene dejar bien sentado que el nombre “apropiación” equivale a convertir algo ajeno en propio, debiendo entenderse como sinónimo de “adueñamiento”, por lo que están eliminadas de la apropiación indebida los usos abusivos y aun los dañosos que no presupongan el hacer suya la cosa (1977, p. 872).

“El primer predicado rector que



define este tránsito de lo lícito a lo ilícito es la “apropiación”, entendida esta como la incorporación a la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio. El legislador identifica una serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella. Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aun siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal entre otros” (Corte Suprema; Sala Penal Permanente: Casación N° 301-2011-lambayeque, Lima, cuatro de octubre de dos mil doce).

Apropiación, para Roy Freyre, es el acto voluntario por el que decidimos incorporar a nuestro patrimonio una cosa ajena que poseíamos lícitamente, decisión que necesita exteriorizarse para adquirir relieve jurídico (penal o civil, según el caso) (1983, p. 107). El delito de apropiación ilícita presupone, como bien indica Soler, la existencia de un poder lícito sobre el bien, de un poder “no usurpado”. Ello implica, por parte del agente, una autonomía en la posesión de ella. Por ello, en el caso del cajero de un banco, que se apropia del dinero, siendo que no tiene autonomía sobre tal, sino que actúa supeditado a órdenes, no comete este delito, sino que encuadra su conducta en el delito de hurto. Mientras que el gerente, quien

sí tiene autonomía sobre el dinero, que le es entregado en virtud de un título no traslativo de dominio para que lo administre, sí cometería apropiación ilícita.

La apropiación ilegítima, como acción del agente, debe recaer, como ya se expresó, sobre un bien mueble, una suma de dinero o un valor, que se constituyen en los objetos materiales de la acción delictiva de apropiación. El bien mueble, cuyo concepto y alcances ya establecimos, puede ser incluso parcialmente ajeno. Ya hemos referido que la apropiación, a la que el tipo se refiere, se produce a través de la retención, a diferencia del hurto y del robo, cuyos medios de apoderamiento son la sustracción. En tal sentido, comete también apropiación ilícita quien indebidamente retiene los aportes de sus trabajadores destinados a la seguridad social, así “desde el momento en que el encausado paga los sueldos de sus trabajadores se produce un desplazamiento patrimonial de dicho importe, de tal forma que la retención que realiza de parte de dicho salario por mandato de la ley, queda en su poder, no como propietario sino en calidad de mero depositario con la obligación de entregar lo retenido y depositarlo en la institución de seguridad social” (Exp. 2774-98-A).

1.2.2.b) Título no traslativo de dominio.- El presupuesto material fundamental en este tipo delictivo, radica en la mera transmisión de la tenencia del bien al sujeto activo, que definitivamente no recibe las facultades de dominio ni de disposición sobre el mismo (“el agraviado al momento de entregar el bien transmitió la propiedad del mismo, es más, se realizó la traditio del bien, forma por la cual se transfiere la propiedad conforme al artículo novecientos cuarenta y siete del Código Civil, por lo tanto, no concurre el título en virtud del cual el procesado tenga la obligación de entregar lo recibido” <Exp. 6627-97>).

En tal sentido, el título, en virtud al cual,



el agente accede a la tenencia del bien mueble, debe contener la exigencia de la obligación, por parte de éste, de entregarlo o devolverlo a su legítimo poseedor o propietario o tercero legitimado, luego de cumplidas las condiciones, plazos o modalidades que dieron origen al referido título (en tal sentido, conforme al criterio jurisprudencial: “el acto por el cual una persona se apodera de uno o algunos de los bienes que le han sido entregados como aportes para una sociedad, no constituye delito de apropiación ilícita dado que los bienes sociales no son entregados con la finalidad de ser posteriormente devueltos <Exp.6824-97>; “Es atípica de apropiación ilícita la conducta reprochada al encausado de negarse a devolver la suma de dólares adelantada por arras, ya que el título por el que se entregó la referida suma no contemplaba la devolución posterior; circunstancia que impide que se configure este delito, ya que falta el elemento objetivo del tipo que es el título de la entrega que implique devolver o entregar <Exp. 6494-97>; “si de los hechos se infiere palmariamente que la suma de dinero, materia de controversia, no fue dada en calidad de depósito sino para ser invertido y de esta manera la propia agraviada obtuviese también una ganancia económica; dichos hechos tienen contenido civil, por tener su origen en un trato contractual” <Exp. 7612-97>; “la negativa del propietario de un inmueble a devolver el depósito que le dejó un inquilino en garantía del cumplimiento del contrato y de la conservación de la casa, no constituye apropiación ilícita, por estar sujeto al cumplimiento del contrato, que debe deslindarse en la vía civil <Exp. 5434-98>).

La ley hace mención al depósito, comisión, administración u “otro título semejante que produzca la obligación de entregar o devolver”, fórmula analógica que permite abarcar todos los actos que transfieren materialmente la vigilancia o custodia del bien mueble, como por ejemplo: el mandato, el comodato, la prenda, la aparcería, arrendamiento, usufructo, etc.

SENTENCIA: EXP. 4139-99; Lima, nueve de mayo del año dos mil; AUTOS Y VISTOS y ATENDIENDO: Segundo: Que en el caso de autos, de las instrumentales de fojas once y doce se desprende que el encausado Jhon Alberto Sánchez Puma se comprometió a devolver al agraviado el dinero que le había otorgado en garantía por el alquiler de un local comercial, conforme es de verse del contrato de fojas trece y siguientes; Tercero: Que estando a ello, es evidente que el accionante no estaba conforme con el proceder del encausado, por lo que exige la devolución del íntegro de su dinero otorgado en garantía, dado a que manifiesta que no se llegó a concretar el contrato; Cuarto: Que siendo así, se puede concluir que la conducta del encausado no tiene connotación penal, y que consecuentemente la obligación se refiere a una deuda, la misma que debe ser exigida en la vía procesal correspondiente, dejando a salvo el derecho de la accionante para dicho efecto; por lo que de conformidad con el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales; CONFIRMARON la resolución apelada de fojas cuarenta y ocho, su fecha siete de julio de mil novecientos noventa y nueve, que declara NO HA LUGAR a la apertura de instrucción contra Jhon Alberto Sánchez Puma por delito contra el patrimonio –apropiación ilícita- en agravio de Juan Percy Luján Molina.

“Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y este último queda en calidad de depositario (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y este se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio



del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito. En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos -lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa “ad maioris ad minus”, si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto. No hay por tanto en el asunto sub judice, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando este fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado. Es probable que en determinados casos concurra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde” (Corte Suprema; Sala Penal Permanente: Casación N° 301-2011-lambayeque, Lima, cuatro de octubre de dos mil doce).

1.2.2.c) **Desviación del uso permitido.**- El tipo penal en estudio incorpora, como elemento de naturaleza material, la conducta del agente

que, sobrepasando los límites del uso permitido por el título, le da al bien un uso diferente, evidenciando su intención de apropiación. Ejemplo de ello es la notable disminución del valor del bien por el uso o su total consunción. No es posible reemplazar el bien, dado que la ley se refiere a “entregar” o “devolver”, evidentemente el mismo bien.

El uso, a decir de Peña Cabrera (1993, p. 100), es uno de los medios llamados equívocos, dado que en ciertos casos constituye apropiación y en otros no. Es necesario precisar al respecto, que la utilización ilícita y temporal de bienes que se hace sin renunciar al propósito de cumplir con la obligación asumida de entregarlos o devolverlos, no constituye, en opinión de Roy Freyre (1983, p.107), apropiación indebida en nuestra dogmática. La configuración de este delito exige el **animus rem sibi habendi**, circunstancia preponderante, sin la cual el mal uso de la cosa (abuso), o lo que pretende llamarse “**apropiación ilícita de uso**”, escapa a los alcances del tipo penal en estudio. El uso, sin la correspondiente apropiación, no constituye el delito en estudio.

1.3. El tipo subjetivo de la apropiación ilícita genérica

El tipo de apropiación ilícita se manifiesta eminentemente doloso, además, desde una óptica de tipo subjetivo, el agente, intencionalmente, se apropia del bien mueble a pesar de tener conciencia de su obligación de entregarlo o devolverlo, o le da un uso diferente al permitido, motivado por **animus lucrandi**, evidenciado por el **animus rem sibi habendi** que motiva su accionar, que busca obtener provecho patrimonial para sí o para tercero. Por otro lado, el abuso de confianza de quien hace tiempo de constituir el elemento subjetivo esencial (Queralt, 1996, p. 404). El dolo quedaría excluido si el agente tuvo la firme intención de devolver el bien, o en el caso de quien lo retiene mientras el obligado cumple con el pago adeudado (“si bien



los hechos imputados revisten los caracteres de tipicidad objetiva y subjetiva del delito, también lo es que la apropiación ilícita está inmersa en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas, por lo que será una causa frecuente de justificación el derecho de retención que le otorga el Derecho Civil al depositario hasta el completo pago de lo adeudado” <Expediente No 819-98>). Maggiore precisa que el dolo debe ser posterior al acto de apropiación, ya que en caso contrario, si es anterior, el sujeto habría dirigido su conducta a obtener la posesión por medio del engaño, lo que lo colocaría como autor del delito de estafa.

SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA; R.N. No 88-2001 – ICA; Lima, veinticuatro de junio de dos mil tres.- VISTO el recurso de nulidad, concedido al haberse declarado fundado el recurso de queja interpuesto por Miguel Agripino Osco Capcha, contra la sentencia que confirmando la apelada lo condena como autor del delito de apropiación ilícita a un año de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución; y CONSIDERANDO: Primero.- Que, el delito de apropiación ilícita es eminentemente doloso, el agente debe conocer y querer la apropiación, requiriéndose además el elemento subjetivo del ánimo de lucro en provecho propio o de tercero. Segundo.- Que tales presupuestos no se cumplen en el presente caso, apreciándose en primer lugar, que el procesado por causas ajenas a su voluntad no pudo devolver la bicicleta a la agraviada, desprendiéndose de la copia de la denuncia policial obrante a fojas diez, que la bicicleta le había sido robada de su domicilio el día primero de mayo de mil novecientos noventiseis, esto es, antes de haber sido requerido para la devolución de dicha especie; y en segundo lugar, dicho encausado ha demostrado disponibilidad para la devolución de la bicicleta, conforme se verifica del acta de fojas catorce elaborada en sede judicial; Tercero.- Analizados así los hechos, estos tienen trascendencia civil y no penal; por lo que, resulta de aplicación el

artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia: DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento cuarenta y cuatro, su fecha veinticinco de enero de dos mil, que confirmando la apelada de fojas ciento veinticinco, fechada el diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve condena a Miguel Agripino Osco Capcha, por el delito contra el patrimonio –apropiación ilícita- en agravio de Sonia Nancy Huaraca Armacanqui, a un año de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo de condena, con lo demás que contiene; y REFORMANDOLA: ABSOLVIERON a Miguel Agripino Osco Capcha, de la acusación fiscal, por el delito contra el patrimonio -apropiación ilícita- en agravio de Sonia Nancy Huaraca Armacanqui.

1.4. Consumación y tentativa

Al respecto, conforme a los fundamentos expuestos por la Casación N° 301-2011-lambayeque (04-10-2012), cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien. Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar devolver o hacer un uso determinado. Lo que fundamenta la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega



del objeto. La conducta típica descrita tiene como significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución. La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio -bajo su dominio- un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito, le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado. La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble.

En teoría, el momento consumativo de este delito no presenta mayor confusión, pero ello no es tan visible en la práctica, puesto que la diversidad de manifestaciones de apropiaciones ilícitas dificultan la elaboración de una regla de validez general. Conforme lo opinado por Queralt, “por apropiarse de la cosa se considera la ejecución de actos de disposición tendentes a que los bienes recibidos se integren en el propio patrimonio del sujeto activo en perjuicio del pasivo, haciendo desaparecer la separación de patrimonios correspondientes al autor y a la víctima (1996, p. 399). Las formas de apropiación, que en la práctica se convierten en formas de la acción, son diversas, por ejemplo tenemos: **la consunción**, que se refiere a aquellos bienes consumibles, cuya existencia termina con el primer uso (alimentos), o por que pierden su individualidad (dinero); **enajenación**, caso en el cual la apropiación se realiza mediante actos traslaticios de dominio (venta, donación, permuta, etc.); **distracción**, que consiste en desviar el bien del destino acordado, dar un fin diferente sin que ello signifique enajenación ni consunción (Ej. marcar como suyo el objeto que se le ha dado en comodato o depósito); y, hacer

uso indebido del bien, rebasando los límites de permisibilidad impuestos en el título.

En todo caso, y adoptando un criterio amplio, es posible establecer que este delito se consuma, con la apropiación del bien mueble como actividad objetiva y subjetiva del agente, exteriorizada por actos inequívocos de establecer sobre él su dominio patrimonial (“*animus domini*”). En consecuencia, la consumación de esta figura delictiva, presenta la conjunción del *animus lucrandi*, como expresión del aprovechamiento perseguido; y el *animus rem sibi habendi*, como representación de utilizar el bien como suyo (conforme al criterio jurisprudencial, en el delito de apropiación ilícita no basta con la retención del bien, sobre el que pesa la obligación de devolver, sino que dicha conducta debe ser completada con un ánimo subjetivo de querer comportarse como dueño del mismo, ejecutando actos propios de tal, como son la disposición o el uso para fines distintos para los que fuera recibido).

La apropiación a la que el tipo se refiere, se produce a través de la **retención**, a diferencia del hurto y del robo, cuyos medios de apoderamiento son la sustracción. Conforme lo aprecia Muñoz Conde, esta acción se puede llevar a cabo bien por actos positivos de disposición de las cosas o bien negando haberlas recibido. Así, positivamente, la disposición para la que no se está autorizado, implica un acto de apropiación del sujeto que dispone, siendo sólo poseedor. Desde la perspectiva de la negación de haber recibido las cosas, si faltando a la verdad, se niega haber recibido una cosa mueble con obligación de devolverla, existe una presunción de apropiación. También agrega el maestro de la universidad de Sevilla, que existe esta presunción, cuando se afirma falsamente haber ya devuelto la cosa entregada (1996, p. 380-381).

Un sector de la doctrina señala que, siendo la apropiación ilícita una modalidad



delictiva de realización material, admite la tentativa. Por ejemplo, el ánimo de devolución antes de la consumación de la apropiación (circunstancia que no excluye el dolo), puede determinar la exención de pena prevista para el desestimiento voluntario. No obstante ello, la naturaleza sui generis del delito, determina que las formas de imperfecta realización no se manifiesten con claridad (no pudiéndoseles descartar desde la perspectiva técnica), ya que en sus diferentes modalidades la acción de apropiación (como acto de omisión de la obligación de entregar o devolver), coincide en el tiempo con el resultado lesivo. Bramont Arias torres, coincidiendo con Bajo Fernández (1998, P. 332) (y en ello también coincide Peña Cabrera -1995, p. 220-), manifiesta que, en cuanto a la tentativa, es de difícil producción en la práctica, si bien teóricamente puede pensarse, partiendo del hecho de que para apropiarse es preciso un acto de disposición del sujeto.

1.5. Consecuencia jurídica

En la modalidad genérica, la pena aplicable a la apropiación ilícita es privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

1.6. Tipo agravado

La apropiación ilícita se agrava cuando concurren en la acción, las calidades taxativamente señaladas en la segunda y tercera parte del artículo 190, que se refieren al propio agente o a los bienes apropiados. La forma agravada en relación a la calidad del agente se encuentra sancionada con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, mientras que la forma agravada en relación a la calidad de los bienes, está sancionada con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de diez años.

1.6.a) En relación a la calidad del agente.- El tipo se agrava si el agente actúa 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. El curador tiene la obligación de preservar la seguridad y el patrimonio del incapaz no amparado por la patria potestad, ni por la tutela, o a la persona capaz pero circunstancialmente impedido. El tutor suplente la falta de la patria potestad y protege al menor y sus bienes. Los albaceas son los ejecutores testamentarios, designados para que cumplan las disposiciones impartidas por el causante. El síndico era el depositario de los bienes durante el derogado proceso de quiebra. El depositario judicial es el encargado de custodiar los bienes embargados. El fundamento de la circunstancia agravante, en estos casos radica en la violación de los deberes inherentes al cargo o labor encomendada.

(“Al negarse el depositario a poner a disposición del juzgado los vehículos para la ejecución de la prenda, ha incurrido en el ilícito penal de apropiación ilícita <Exp. 298-98>; “se produce un concurso aparente de leyes entre los delitos de apropiación ilícita y desobediencia o resistencia a la autoridad cuando un depositario judicial se apropia ilícitamente de los bienes que le fueron entregados en calidad de depósito, no entregándolos al Juzgador respectivo a pesar de ser requerido conforme a ley. Sin embargo, recurriendo al principio de especialidad tenemos que esta conducta se adecua de manera concreta al tipo penal del delito de apropiación ilícita <Exp. 4341-97>”).

Igualmente, la condición de profesional o industrial, que en el ejercicio de su actividad, para la cual tiene licencia o autorización oficial, incurren en este delito, determina una circunstancia modificatoria de su responsabilidad, agravando su conducta por cuanto quebranta la confianza pública depositadas en ellos. (Es el caso del abogado, que se apropia del dinero recibido de su patrocinado para el pago de reparación civil)



1.6.b) En relación a la calidad de los bienes.- Se trata de las apropiaciones ilícitas efectuadas con ocasión de circunstancias calamitosas, provenientes de desastres naturales u otros similares. La mayor reprochabilidad y el fundamento de la agravación radica en la actitud inmisericorde del sujeto que se apropia de bienes, que son destinados al auxilio de poblaciones que sufren los estragos de los desastres, que pueden tener origen en las fuerzas de la naturaleza o ser provocados por la mano del hombre.

SUB CAPÍTULO III: MODALIDADES DERIVADAS DE APROPIACIÓN ILÍCITA

1. SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO

1.1. Fundamento del injusto

El delito de sustracción de bien propio es conocido también con las denominaciones de: “hurto impropio”, “hurto de posesión”, “apropiación de cosa propia”, “sustracción de bien propio” y “desbaratamiento de derechos”. Su tipificación dentro del contexto de las apropiaciones ilícitas, y no dentro de las formas de hurto, tiene su explicación en relación a que, si bien es cierto que en este caso se procura una forma de sustracción, ella no se verifica sobre bienes ajenos, sino que por el contrario, el bien que se sustrae le pertenece al agente (lo que excluye el principio de ajenidad, que es el parámetro que mide la antijuricidad de la acción en el hurto). A diferencia nuestra el Legislador español tipifica esta modalidad delictiva como una forma de hurto (Art. 236). Consideramos que la fórmula nacional se ha estructurado con mejor técnica.

Conforme a la representación típica contenida en el artículo 191, comete hurto de uso “el propietario de un bien mueble que lo sustrae de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero”. Se aprecia en consecuencia que la acción recae sobre el patrimonio, constituido por el bien

mueble, de propiedad del mismo agente, pero cuya tenencia ha sido desplazada lícitamente a quien resulta agraviado.

1.2. El tipo objetivo de la sustracción de bien propio

1.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

El tipo exige la presencia de un sujeto activo cualificado; específicamente lo será el propietario del bien mueble sustraído, que se encuentra temporalmente privado de su legítima posesión. En este caso la coautoría solo podría presentarse de concurrir al hecho una multiplicidad de sujetos intraneus (P. Ej. en el caso de copropietarios). En igual sentido el sujeto pasivo también es específico, viene a ser la persona que mediante un título temporal, legítimo y vigente, ostenta la tenencia inmediata del bien.

Asimismo, las circunstancias personales que le asisten al propietario (Art. 26), no son comunicables a los que siendo extraneus al hecho participan en el delito, los que serían imputados por otros tipos, como hurto, robo, etc.

La acción se representa eminentemente comisiva pudiéndose admitir tanto la autoría directa como la mediata.

1.2.2. Estructura típica de la sustracción de bien propio.

1.2.2.a) Sustracción ilegítima.- Hablamos de sustracción ilegítima, por cuanto el agente, que si bien es cierto, es el propietario del bien, ha sido privado legítimamente de la posesión inmediata, por lo que su acción al despojar a la persona que legítimamente ha obtenido dicha posesión inmediata, se torna ilícita. Diferente es el caso del propietario que recupera el bien de su propiedad de quien lo tiene ilegalmente en su



poder, por cuanto no habría dolo. La ley no hace referencia a circunstancias especiales mediante las cuales el agente verifica la sustracción, puede o no emplear la violencia, pero ello no implica en sí un tipo agravado (P. Ej. el robo), sino la configuración de un concurso de tipos (por ejemplo con lesiones, daños, violación de domicilio, etc.), en cuyo caso se aplicarán los principios generales para su solución.

El agente debe ser el propietario exclusivo del bien, no cabe la configuración de este delito en el caso de condóminos o copropietarios.

1.2.2.b) Posesión legítima.- El sujeto pasivo debe tener la posesión inmediata, temporal, legítima y vigente del bien mueble. La legitimidad del título, según Soler, puede provenir de una convención con el dueño (prenda), de un mandato judicial (depósito, custodia), o de la ley.

Caso diferente es cuando quien tiene la custodia del bien es la autoridad, ya que se configuraría un delito de resistencia a la autoridad (artículo 372). Ej. sustraer el bien del recinto del juzgado penal, donde se encuentra custodiado por mandato del juez.

1.2.2.c) Perjuicio patrimonial.- A diferencia de los casos estudiados, en la presente modalidad delictiva, el tipo no requiere la obtención de un provecho por parte del agente (ya que este es el mismo propietario del bien), sino la producción de un perjuicio para la víctima o para un tercero. Evidentemente, el perjuicio aludido es de naturaleza patrimonial, por cuanto ilegítimamente se priva del bien a quien es su legítimo poseedor inmediato, o de un tercero directamente interesado.

1.3. El tipo subjetivo de la sustracción de bien propio

El tipo se manifiesta como

eminentemente doloso, existe conciencia y voluntad por parte del agente, que no obstante ser el propietario, sustrae el bien de quien lo tiene en legítima posesión, quebrantando el respeto al derecho patrimonial que tal ostenta en virtud de la ley o el contrato. No se precisa el animus lucrandi.

1.4. Consumación y tentativa

De acuerdo a la redacción del tipo, la consumación del delito se produce con la mera sustracción del bien, siendo irrelevante constatar si se produjo o no el apoderamiento. Se trata de un comportamiento fundamentalmente comisivo.

Como ya se dijo, la ley no hace referencia a circunstancias especiales mediante las cuales el agente puede verificar la sustracción; incluso puede emplear alguna modalidad fraudulenta o incluso la amenaza o la violencia, pero ello no implica en sí un tipo agravado (P. Ej. el robo), sino la configuración de un concurso de tipos (por ejemplo con lesiones, daños, violación de domicilio, etc.), en cuyo caso se aplicarán los principios generales para su solución.

1.5. Consecuencia jurídica

La pena a imponerse es privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de cuatro años.

2. APROPIACIÓN DE BIEN AJENO, PERDIDO O TESORO

2.1. Modalidades típicas

Al efecto, el artículo 192 sanciona como autor de estas modalidades específicas de apropiación ilícita, a quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

10.- Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro o de la parte del tesoro



correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil.

20.- Se apropia de un bien ajeno en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad.

En consecuencia la norma tipifica tres modalidades de la acción:

- Apropiación de bien perdido
..... rt. 192, Inc. 1
- Apropiación de tesoro
..... Art. 192, Inc. 1
- Apropiación de bien ajeno
..... Art. 192, Inc. 2

2.2. Tipo objetivo de lo injusto

2.3. Sujetos de la acción: autoría y participación

En las diferentes modalidades de acción el sujeto activo es genérico, puede ser cualquier persona. Roy Freyre indica que el delito puede ser cometido también por el condómino, coheredero o consocio, respecto del bien común perdido, cuando previamente se hubiere encontrado en poder de alguno de ellos (1983, p. 121).

Por su lado, el sujeto pasivo se denota específico. Sólo podrá serlo el propietario o poseedor del bien extraviado, o del suelo donde se encontró el tesoro.

2.4. Apropiación de bien perdido

El objeto material, sobre el cual recae la acción del agente, es un bien mueble, por cuanto son ellos los únicos susceptibles de ser extraviados. Evidentemente, se descartan los bienes inmuebles.

El bien mueble, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente ajeno.

Un bien perdido es aquello, que teniendo un propietario, se encuentra involuntariamente fuera de su ámbito de disponibilidad, ignorándose su destino o paradero. El bien perdido implica la existencia de un propietario, que resulta agraviado por la acción del agente, que no le devuelve lo que extravió. Núñez, considera que la calidad de “perdida” de la cosa o bien, depende de circunstancias objetivas y no de meras consideraciones subjetivas, como el hecho de que el agente, al accionar, haya tenido o no motivo racional para creer que tomaba una cosa perdida (esta era la posición de Carrara). En tal sentido, sostiene dicho autor, que “una cosa perdida es un objeto mueble, cualquiera que sea su especie, dotado de valor económico, que sin haber sido abandonado, ha salido de la tenencia en que se encontraba y sin que otro lo haya tomado”.

Conviene, a este respecto, precisar la diferencia entre bien perdido y abandonado. Conforme lo sostiene Eusebio Gómez, la pérdida de un bien consiste en el hecho involuntario, por el cual el poseedor, ignorando su destino, no se encuentra en condiciones de ejercitar su poder de hecho sobre la misma, de conformidad con el título o causa por la cual poseía. Por otro lado, el abandono del bien presupone la expresión voluntaria y lícita del propietario, de desposeerse de su propiedad, desechándose así el concepto de ajenidad.

Lo ilícito de la acción, y la consumación se verifican con la retención por parte del sujeto de un bien que no le pertenece, incumpliendo los deberes emanados de la ley civil, que dispone que cuando se halle un objeto perdido nace la obligación de entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público (se trata de un delito de omisión propia). Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en subasta pública y el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y quien lo encontró previa deducción de los gastos (artículo 932 del



Código Civil). En caso de dinero la recompensa señalada será no menor a una tercera parte de lo recuperado (artículo 933 del Código Civil).

Peña Cabrera, con criterio cierto, nos indica que no es posible elaborar una regla general de apropiación. Cada caso concreto evidenciará tal apropiación. En tal caso, habrá situaciones, en que la simple abstención de avisar inmediatamente al dueño fijará el momento consumativo del delito. Ejemplo el que ve en la calle que a alguien que se le cae una cosa y ocultamente la recoge, se apropia de ella, sin duda, porque su obligación no es la de llevarla a la policía sino la de dársela en seguida a quien la perdió (Soler).

2.5. Apropiación de tesoro

El tesoro, si bien es cierto, también es un bien mueble, no puede ser adjetivado como cosa perdida, por lo que la ley le hace expresa referencia. Para los efectos del texto legal en comentario, debemos entender por tesoro, a todo bien mueble de gran valor económico, de reciente o antigua creación, sin dueño conocido que se encuentra enterrada u oculta en propiedad ajena. Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda, indica que la propiedad aludida, en la que se encuentra enterrado u oculto el tesoro, puede ser un bien inmueble o mueble.

La materialización de este delito, es decir su consumación se verifica con la retención indebida del tesoro por parte del sujeto activo, quien incumple los mandatos de la ley civil, con respecto al tratamiento de la búsqueda o hallazgo de tesoros (se trata de un delito de omisión propia).

El tesoro, puede ser hallado en forma intencional (búsqueda), o mediante caso fortuito (azar). En relación al tesoro, hay que distinguir tres casos:

a.- Si la búsqueda se efectúa intencionalmente, con autorización del propietario del predio, y el agente no cumple con repartir el tesoro, según

el acuerdo convencional, o en partes iguales, conforme lo establece el artículo 935 del Código Civil.

b.- Si la búsqueda es intencional, pero sin la autorización referida, y el agente se apropia del tesoro, que en este caso le corresponde en su integridad al dueño del suelo (artículo 934 del Código Civil).

c.- Si el hallazgo se produce fortuitamente y el agente se apropia de la parte que corresponde al dueño, que en este caso corresponde al cincuenta por ciento de lo hallado (artículo 935 del Código Civil).

Cabe hacer referencia que los objetos arqueológicos que constituyen patrimonio cultural de la nación (artículo 936 del Código Civil), son de propiedad del Estado, por lo que no se consideran como tesoro, y que todo tesoro encontrado dentro del mar territorial se divide por mitad con el Estado, siempre y cuando quien lo encontró, haya actuado con permiso suficiente.

El núcleo del tipo, se encuentra indicado por el verbo “apropiar”, que evidencia el animus rem sibi habendi con el que actúa el agente, quien patentiza su intención, apoderándose del tesoro burlando las disposiciones que la ley civil establece ante tales hallazgos. Un caso singular se presenta, cuando es el propietario del predio quien se apodera de la parte del tesoro que corresponde a quien lo halló, y que le fue entregado justamente para que efectúe el reparto. La conducta de tal propietario, no se encuadraría en la hipótesis estudiada, sino que consistiría en una apropiación ilícita genérica.

2.6. Apropiación de bien ajeno

La acción se consuma cuando el agente se apropia de un bien ajeno en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad. En este supuesto el sujeto no actúa



intencionalmente en el hecho o circunstancia que determina que el bien haya entrado en su esfera de disposición. Lo ilícito de la acción se presenta en cuanto el sujeto toma conciencia de que dicho bien no le pertenece y no obstante ello se lo apropia, perjudicando así en su patrimonio, a quien es su legítimo propietario o poseedor. El agente no debe provocar el error que puede ser propio o ajeno, por cuanto consideramos que debe existir buena fe, ya que lo contrario nos colocaría en la figura de estafa.

El caso fortuito se presenta en cuanto acontecimientos extraños e independientes de la voluntad, desplazan bienes que pasan a integrar el patrimonio del sujeto activo, producto por ejemplo de las fuerzas naturales, como el viento, las aguas, los temporales, los hechos de los animales, las acciones involuntarias humanas etc.

Por otro lado, la fórmula analógica utilizada por el tipo penal, que se refiere a “cualquier otro motivo independiente de su voluntad”, pretende cubrir los vacíos que puedan presentarse en la realidad, asimilando las conductas análogas, diferentes al error y al caso fortuito (la valiosa joya del vecino llevada por el perro de la familia; el ladrón que al huir arrojó en el patio interior el reloj de oro que hurtó, la cámara filmadora arrojada en el techo de la casa del agente, como producto de una pelea de los vecinos, etc).

2.7. Tipo subjetivo de lo injusto

Las figuras delictivas comentadas, son eminentemente dolosas. En ellas se evidencia el *animus rem sibi abendi*.

2.8. Consecuencia jurídica

La pena aplicable a los tipos de apropiación de bien perdido, de tesoro, o de bien ajeno, será privativa de libertad no mayor de dos años, o alternativamente limitación de días libres de diez a veinte jornadas.

3. APROPIACIÓN O DISPOSICIÓN INDEBIDA DE BIEN MUEBLE AFECTO A GARANTÍA MOBILIARIA

3.1. Fundamento del injusto

Se trata de una modalidad de apropiación ilícita, cuyo tipo adquiere característica en blanco, siendo que la norma de remisión ha sufrido modificaciones en el transcurso del tiempo. Inicialmente el referente normativo que concretizaba lo ilícito, eran las normas sobre “prenda” (Libro V Derechos Reales, Sección Cuarta: Derechos Reales de Garantía; Título I: Prenda; Arts. 1055 al 1090). Actualmente la norma de remisión es la Ley de Garantía Mobiliaria N° 28677 (1 de marzo de 2003), que derogó las normas civilistas sobre prenda y que establece taxativamente que a partir de su vigencia, quedan sometidas a su normatividad y efectos, las garantías que se constituyan sobre bienes muebles sin excepción. La norma dispone también que cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda civil, prenda comercial, prenda de acciones, prenda de créditos, prenda agraria, prenda industrial, prenda minera, prenda global y flotante, prenda de motores de aeronaves, prenda de marcas, patentes y demás derechos de análoga naturaleza, prenda vehicular, hipoteca sobre naves, hipoteca sobre aviones, hipoteca de embarcaciones pesqueras, hipoteca minera, registro fiscal de venta a plazos y a otras similares, se entenderán referidas a la garantía mobiliaria regulada por la Ley (segunda y tercera disposición final).

Esta Ley tiene por objeto regular la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad (Art. 1). No deroga la vigencia del delito en comentario, ya que los fundamentos del ilícito que contiene se ajustan al contenido normativo de la nueva ley de remisión. Así, conforme al precepto legal contenido en el artículo 193 del Código penal, el delito se



concretiza cuando el “agente vende la prenda constituida en su favor o se apropia o dispone de ella sin observar las formalidades legales”. En este contexto, debería modificarse la norma para expresar que ahora, la referencia técnica es a una forma apropiación o disposición indebida de bien mueble afecto a garantía mobiliaria.

Como puede apreciarse, la norma regula específicamente la retención ilícita que se produce en el marco de las relaciones de obligación que se genera a partir del acto jurídico de la constitución de la garantía mobiliaria desde la perspectiva formal, pero no podemos dejar de apreciar que en el contexto de las relaciones contractuales que de hecho se generan en sociedad, pueda de hecho colocarse en garantía un bien sin acudir a la formalidad de la ley de referencia (P. Eje. Solicito un préstamo y cedo en garantía como “prenda” mi computadora). En estos casos, si se produce la retención indebida, la conducta no se tipifica bajo esta modalidad, sino como una forma genérica de apropiación ilícita.

En la garantía mobiliaria el “acreedor garantizado” asume por mandato de la ley, la obligación de devolver el bien afectado al “constituyente” o “deudor”, cuando se cumpla con la obligación principal garantizada (Art. 12). Lo injusto surge en cuanto dicho acreedor se hace pago de la deuda o dispone del bien afecto, sin respetar las normas que sobre ejecución de la garantía mobiliaria establece la ley. De esta manera lo injusto surge de la omisión de un deber de actuar normativamente establecido por la norma preceptiva, por lo que el tipo asume carácter de tipo de omisión propia.

3.2. El tipo objetivo de la apropiación de garantía mobiliaria

3.2.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

Se trata de un sujeto activo específico, que en este caso es el “acreedor de la garantía mobiliaria” (acreedor garantizado), por lo que

se trata de un tipo especial propio (la coautoría sólo sería posible si concurriesen a la acción sujetos cualificados). Para los efectos de la Ley, cualquier persona con capacidad legal de ejercicio, sea física o jurídica, nacional o extranjera, puede ser constituyente, deudor o acreedor garantizado (Art. 5). En el caso de personas jurídicas resulta de aplicación los fundamentos del actuar por otro (Art. 27 C.P.). En la garantía mobiliaria a que se refiere la Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía, es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda (Art. 50).

También se trata de un sujeto pasivo específico, que en este caso lo será el **deudor de la garantía mobiliaria** (constituyente).

3.2.2. Estructura típica de la apropiación de garantía mobiliaria

3.2.2.a) **Afectación del bien mueble en garantía mobiliaria.**- Conforme a lo prescrito por la Ley de referencia, la garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación (Art. 3.1). Conforme a las pautas legales previstas por la Ley acotada, la posesión del bien dado en garantía, determina que el acreedor garantizado, tiene la calidad de depositario y se obliga a su cuidado diligente. Asimismo, el acto jurídico de garantía mobiliaria no determina título traslativo de dominio, sólo confiere al acreedor el derecho a retener el bien hasta que se cumpla la obligación. Cumplida dicha obligación el acreedor está en la obligación de devolver o entregar el bien dado en garantía (Refe. Arts. 11 y 12 de la acotada sobre derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario; y sobre derechos y deberes del acreedor garantizado).

La relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto



jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente. El acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, el Decreto Supremo N°019-2002-JUS Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y las demás normas aplicables en esta materia (Art. 17 Ley de garantía mobiliaria).

3.2.2.b) Hacerse pago o disponer indebidamente del bien.- En la garantía mobiliaria el “acreedor garantizado”, en cuanto tenga en su posesión el bien, tendrá calidad de depositario, debiendo cuidarlo y mantenerlo en buen estado; asumiendo por mandato de la ley, la obligación de devolver el bien afectado al “constituyente” o “deudor”, cuando se cumpla con la obligación principal garantizada (Art. 12). Pero si el obligado incumple con lo pactado, el acreedor asume el derecho de adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado, pudiendo incluso proceder a la venta para efectivizar el pago de la obligación garantizada, para cuyo efecto deberá, obligatoriamente cumplir con las normas que la ley franquea para la “ejecución de la garantía mobiliaria” (Título III, Arts. 47 al 55) (asimismo la ley establece que, excepcionalmente el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, cuando cuente con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble dado en garantía no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía mobiliaria <Art. 12>).

Conforme lo dicho, la ley de garantía

mobiliaria establece las normas para la ejecución de la garantía mobiliaria (Título III). Al efecto, es posible la venta extrajudicial, así, si la obligación garantizada es ya exigible, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en la forma establecida en la ley o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. De esta manera, producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida a éste y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda (Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad).

Excepcionalmente, si mediare pacto o si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil (ejecución de garantías reales, Art. 720). Las partes podrán convenir un plazo distinto.

Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la Ley de la materia. Para el uso de este mecanismo las partes deben suscribir previamente un Convenio Arbitral o una cláusula compromisoria.

Asimismo, es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto



en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse poder específico e irrevocable a un representante común, para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble. Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto, deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante común, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.

Como apreciamos, lo injusto deriva de la inobservancia de las normas que establece la Ley de Garantía Mobiliaria, que establecen los mecanismos adecuados, para que el acreedor garantizado logre el pago de la obligación. Ello también evidencia un trasfondo netamente social, por cuanto la ley busca, en estos supuestos, proteger al deudor de la voracidad de su acreedor, y al mismo acreedor de los actos o circunstancias que podrían hacer ilusorio su derecho al cumplimiento de la obligación garantizada.

3.3. El tipo subjetivo de la apropiación de garantía mobiliaria

El tipo en comentario es eminentemente doloso. El dolo se representa por la conciencia y voluntad con la que el agente vende, dispone o se apropia del bien mueble afectado a garantía, en el afán de procurarse el pago de la obligación, sin observar las disposiciones que la Ley de Garantía Mobiliaria establece.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, nos dice Pizarro Guerrero, el delito se configura como típicamente doloso, pues si a pesar de que el acreedor prendario no cumple con las formalidades legales no devolviendo el

bien prendado, ello no significa que haya cometido el delito, ya que además se requiere el conocimiento de que no tiene ese derecho, y el elemento volitivo –animus rem sibi habendi– del agente al realizar la conducta, es decir, la voluntad de apropiarse del bien mueble sabiendo que no le pertenece y que, por el contrario, debe devolverlo a su verdadero titular (“Delito de apropiación ilícita, 2006, Pág. 312).

3.4. Consumación y tentativa

Conforme a la ley acotada, la garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario (Art. 3.1). Esta garantía mobiliaria se constituye así en un acto jurídico inscribible en los Registros Públicos.

El delito requiere que el agente se encuentre en posesión directa del bien, en virtud de la garantía mobiliaria. Se consuma con la venta, disposición o apropiación del bien mueble recibido en prenda por el agente, quien de esta manera se procura el pago de la obligación, sin observar las formalidades de ley. Se trata de un tipo de resultado material. En efecto, lo ilícito aparece en cuanto el agente realice las conductas de apropiación o disposición ilegal, ya que la Ley de garantía mobiliaria si permite eventualmente dichos actos de apropiación y disposición. El artículo 10 de la referida Ley, dispone que el incumplimiento de la obligación garantizada, otorga al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El acreedor garantizado tendrá el derecho de vender dicho bien mueble para el pago de la obligación garantizada, conforme a lo que prescribe la referida ley.

3.5. Consecuencia jurídica



La pena conminada es privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO REVILLA, César... "El delito de Apropiación Ilícita de las Aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones", Revista de Derecho y Política Ratio Legis, No 1, noviembre 2002, Lima Perú.
- ANGELOTTI, Dante... "Delitti contra el patrimonio: Trattato di diritto penale", Cuarta Edición, Milano, 1934.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda... "Derecho Penal: Cursos primero y segundo", Editorial Harla, México, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique... "Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal", 2da Edición, Madrid, 1994.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel... "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales Económicos", Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1991.
- BERNAL CAVERO, Julio... "Manual de Derecho Penal Parte Especial: Los delitos de hurto y robo en el Código Penal de 1991", Editorial San Marcos, Lima 1997.
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto... "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", Editorial San Marcos, Lima 1998.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan... "Manual de derecho Penal. Parte especial", Ariel edit., Barcelona 1986.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial, Tomo 1, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.
- DEL RIO C. J. Raymundo... "Derecho Penal: Delitos Especiales", Tercer Tomo, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1935.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial", Decimo Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina 1994.
- GARCÍA CAVERO, Percy... "Nuevas Formas de Aparición de la Criminalidad Patrimonial", Jurista Editores, Edi. 2010, Lima - Perú.
- GOMEZ, Eusebio... "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- GOMEZ, Eusebio... "Tratado de Derecho Penal", Tomo VI, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942.
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán... "Una discutible interpretación extensiva del delito de apropiación indebida". En: Revista jurídica de Cataluña N° 4, Barcelona - España, 1988.
- HUERTA TOCILDO, Susana... "Protección Penal del Patrimonio Inmobiliario", De. Civitas, Madrid, 1980.
- LEON PAGANO, José (h.) y Rodríguez Grondone, Carlos... "Manual de Derecho Penal: Parte especial", Ediciones Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- MAGGIORE, Giuseppe... "Derecho Penal Parte Especial" Volumen I, Editorial Temis, Bogotá 1956.
- MAGGIORE, Giuseppe... "Derecho Penal Parte Especial" Volumen V, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco... "Culpabilidad y prevención", en: Cuadernos de Política Criminal No 12, Lima 1980.
- MUÑOZ CONDE, Francisco... "Teoría General del Delito", Editorial Temis, Bogotá 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco... "Derecho Penal: Parte Especial, Undécima Edición, Edi. Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco... "Derecho Penal: Parte Especial", tomo V, De. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- PEÑA CABRERA, Raúl... "Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II - A ; Delitos contra el patrimonio", Ediciones Jurídicas Lima - Perú 1995.
- PIZARRO GUERRERO, Miguel... "Delito de apropiación ilícita. Cuestiones sustantivas y procesales", Jurista Editores E.I.R.L., Lima - Perú, primera edición 2006.
- QUERALT JIMENEZ, Joan J... "Derecho Penal Español: Parte Especial, Tercera Edición, Jose Maria Bosh Editor, Barcelona 1996.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio... "Tratado de la parte especial de Derecho penal, T. II, De. Revista de Derecho privado, Madrid, 1985.



- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo....”Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Arazandi Editorial, Pamplona España, 1996.
- ROJAS VARGAS, Fidel...”Delitos Contra el Patrimonio”, Volumen I, Grijley, Lima 2000, primera edición.
- ROY FREYRE, Luis E...”Derecho Penal Peruano”, Tomo III, Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima - Perú, 1983.
- SERRANO GOMEZ, Alfonso...”Derecho penal – parte especial”, Editorial Dykinson, Madrid – España, séptima edición, 2002.
- SOLER, Sebastián...”Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, Buenos Aires, 1945.
- SOLER, Sebastian...”Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1976.
- VILLA STEIN, Javier...”Derecho Penal: Parte General”, Editorial San Marcos, Lima 1998.
- VIVES ANTON, T.S...”Derecho Penal”. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C. Y GONZALEZ CUSSAC, J.L. ...”Derecho Penal Parte Especial”, 3º Edición, tirant lo blanch, Valencia 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl...”Tratado de Derecho Penal. Parte General”, T. V, Ediar, Buenos Aires, 1983.