

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

¿Es correcto en el estelionato por venta de bienes ajenos y litigiosos, considerar al propietario del bien y a la contraparte en litigio como agraviados?

Precisiones sobre la regulación del delito de estelionato en el Código Penal Peruano

Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Penal por la Maestría de Derecho Penal de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

AUTOR

ANDER YÓSSIP GALVÁN RIVERA

ASESOR:

LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES

Agosto, 2017

RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo la investigación, el análisis y la búsqueda de una fórmula de solución a la problemática que se genera en nuestros tribunales al no existir una interpretación correcta del delito de estelionato, específicamente en lo que se refiere a la venta como propios de bienes ajenos y en su caso de libres los litigiosos, considerándose en muchas ocasiones como el único agraviado al propietario del bien o a la contraparte en litigio; procesando tanto al vendedor como al comprador del bien, tergiversando el tipo penal al ignorar el medio relevante para la defraudación, lo que en consecuencia implica sancionar por un delito con sujeto pasivo del delito más sin sujeto pasivo de la acción; desdoblamiento normativo que sí está presente en los delitos contra el patrimonio, que no tiene relevancia mayor cuando quien recibe la acción es el titular del patrimonio, pero que sí resulta relevante cuando el engañado resulta una persona distinta al titular.

Entiendo que la doctrina nacional ha mantenido su vista en otros puntos de los delitos patrimoniales que ha considerado más relevantes, sin embargo, he encontrado algunos trabajos y posturas interesantes tanto a nivel nacional como extranjero con relación al tema que pretendo abordar, con las diferencias legislativas a tomar en cuenta en el último caso, lo que a mi criterio hace necesaria mi investigación con la humilde intención que pueda servir de partida hacia una discusión necesaria, y que pueda en su caso corregir, ser corregida., Siendo a mi criterio el aporte más importante de este trabajo, coadyuvar a una correcta interpretación y aplicación de un delito como el estelionato, así como a una correcta tutela de los bienes jurídicos.

ÍNDICE

CARÁTULA	i
RESUMEN	ii
ÍNDICE	iii
INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
CAPITULO I	7
LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE SUPUESTOS DE ESTELIONATO EN LA JURISPRUDENCIA: ESTADO DE LA CUESTION	7
I.1.- Situación actual del delito de estelionato de bien inmueble ajeno como propio, o litigioso como libre desde la jurisprudencia	7
I.1.1.- Jurisprudencia que prueba el estado de la cuestión	8
I.1.2.- Consideraciones en cuanto a la jurisprudencia expuesta	19
CAPITULO II	22
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL ESTELIONATO, COMO OTRA DEFRAUDACIÓN, A LA LUZ DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN	22
II.1.- Consideraciones Básicas	22
II.1.1.- El delito de estelionato en el Código Penal y tratamiento de la doctrina	22
II.1.2.- Venta como propios de Bienes Ajenos y Libres los Bienes Litigiosos	28
II.1.3.- La relación del estelionato con la defraudación	33
II.1.4.- ¿Cuál es el medio fraudulento en el delito de estelionato?	47
II.1.5.- El Error	55
II.1.6.- ¿Es necesaria la disposición patrimonial y el perjuicio en delito de estelionato?	57
II.1.7.- ¿La teoría personal del patrimonio resulta aplicable a nuestro tipo penal?	63
II.1.8.- ¿Desde cuándo y cómo hay propiedad para el derecho penal?	64
II.1.9.- El Sistema de Transferencia de propiedad en el Perú	65
II.1.10.- El sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito en el estelionato	66
II.1.11.- La tutela del interés del propietario del bien o del litigante del proceso en el estelionato	68
II.1.12.- La tutela del interés del comprador	69
II.2.- Presunta Justificación de la incorrecta interpretación dada por los operadores jurídicos	70
II.3.- La deficiente investigación doctrinaria respecto al tema a nivel nacional	73

II.3.1. Referencia extranjera.....	75
II.3.2. La insatisfactoria de las posiciones en la doctrina nacional y la razón por las que dichas posturas desnaturalizan el estelionato sobre venta de bien ajeno o como libre el litigioso.....	78
II.4.- Consecuencias directas e indirectas de la mala aplicación del tipo penal. El desincentivo a realizar cesiones de derechos lícitas y otros actos comerciales.....	80
II.4.1. Consecuencia directa	80
II.4.2. Consecuencias indirectas	83
CAPITULO III.....	85
LA CORRECTA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE ESTELIONATO.....	85
III.1.- ¿Qué protege nuestro Código Penal al sancionar el estelionato?: Patrimonio o la libertad de nuestra disposición patrimonial.	85
III.2.- El delito de estelionato como forma de defraudación requiere siempre un medio fraudulento para su configuración que debe ser dirigido al comprador del bien ajeno o litigioso.....	87
III.3.- ¿Por qué la persona que recibe la acción fraudulenta requerida debe ser el comprador?	90
III.3.1.- El vendedor y el comprador legítimo son insustituibles para la configuración del delito de estelionato.	91
III.4.- El patrimonio del comprador afectado por el medio fraudulento es el exclusivo interés que tutela el tipo penal de estelionato	92
III.4.1.- Precisiones acerca del patrimonio del comprador	93
III.5.- No se debe sancionar al comprador y al vendedor por estelionato de venta de bien inmueble ajeno como propio o litigioso, cuando el único agraviado sería el propietario; pues no existe sujeto pasivo de la acción del tipo penal.	95
III.6.- No se sanciona por estelionato al comprador y al vendedor en perjuicio del propietario o el litigante así exista un medio fraudulento entre ellos, pues incluso dicho medio resulta irrelevante para la configuración del tipo penal específico.....	97
III.6.1.- El medio fraudulento contra el propietario o contraparte litigante resulta irrelevante.	98
III.6.2.- Supuestos en los que habría perjuicio del propietario y del litigante	100
III.7.- Los remedios favor del propietario del bien	102
III.7.1.- Remedios en contra del litigante procesal del bien en litigio	104
III.8.-¿Resulta importante tutelar penalmente el interés del propietario?	105
III.8.1.- ¿El interés del propietario puede tutelarse a través de otros tipos penales o un tipo penal específico?.....	106
III.9.- La figura del contrato simulado en perjuicio de otro.....	107

III.10.- El delito de estelionato sobre venta de bien inmueble ajeno como propio o bien litigioso, bajo la óptica de mi investigación.....	109
CAPITULO IV.....	112
CONFRONTANDO A LA SITUACION ACTUAL FRENTE A LOS BENEFICIOS QUE OTORGA MI POSTURA	112
IV.1. Nota previa	112
IV.2.- La norma se interpreta con una mejor lógica a su texto, sistematicidad y precisión, lo que ayuda a una mejor aplicación y estudio; a fin de terminar con la indeterminación existente.....	113
IV.2.1.- La modalidad de estafa agravada del 196° - A numeral 4 y el delito de estelionato y el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1351	116
IV.3.- La Jurisprudencia y su interpretación discrecional de la norma al momento de sancionar se ven limitadas al no superar las cuestiones de la tesis. Resultando necesaria a la Jurisprudencia exigir el medio fraudulento, el error, la disposición patrimonial y perjuicio dirigida al comprador.....	120
IV.4.- La imprecisión por parte de la doctrina nacional sobre la aplicación del delito de estelionato en la venta de bienes inmuebles ajenos o litigiosos, resulta corregida y mejor explicada por mi posición.	124
IV.5.- La configuración de los delitos contra la fe pública abarca una tutela del propietario del bien, mediante la acreditación del perjudicado, lo que es solicitado por el propio tipo penal sin necesidad de forzar el tipo penal de estelionato.....	129
IV.6.- Ante una supuesta incapacidad de los remedios civiles para tutelar el derecho de propiedad a través de medios de reconocimiento o reivindicativos, y de los delitos contra la fe pública; el contrato simulado en perjuicio de otro anteriormente regulado por el Código Penal de 1924, como <i>lege ferenda</i> , resulta más acorde a la actuación judicial protectora de los derechos del propietario que la utilización del estelionato.....	133
V.- CONCLUSIONES:.....	135
VI.- BIBLIOGRAFIA.....	139

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como objetivo la investigación, el análisis y la búsqueda de una fórmula de solución a la problemática que se genera en nuestros tribunales al no existir una interpretación correcta del delito de estelionato, específicamente en lo que se refiere a la venta como propios de bienes ajenos y en su caso de libres los litigiosos, considerándose en muchas ocasiones como el único agraviado al propietario del bien o a la contraparte en litigio; procesando tanto al vendedor como al comprador del bien, tergiversando el tipo penal al ignorar el medio relevante para la defraudación, lo que en consecuencia implica sancionar por un delito con sujeto pasivo del delito más sin sujeto pasivo de la acción; desdoblamiento normativo que sí está presente en los delitos contra el patrimonio, que no tiene relevancia mayor cuando quien recibe la acción es el titular del patrimonio, pero que sí resulta relevante cuando el engañado resulta una persona distinta al titular.

Este objetivo se enmarca más allá de la imprescindible coherencia en la aplicación de las leyes penales al momento de imponer una sanción, pues considero que siendo la transferencia de dominio o propiedad uno de los motores básicos del sistema económico nacional lo que a la larga implicará un crecimiento y desarrollo en el país; el derecho y en específico el derecho penal debe poseer respuestas claras y predecibles que desincentiven debidamente los actos defraudatorios que puedan generar efectos nocivos al correcto funcionamiento de este sistema de intercambio de bienes. No obstante, dichas respuestas deben incidir sobre los puntos correctos, pues sancionar conductas que escapan del ámbito de las defraudaciones y forman parte de la libertad

patrimonial de los agentes económicos, catalogándolas como delito o sancionándolas incorrectamente, terminan siendo un óbice para el desenvolvimiento del mercado al no permitir atribuir derechos patrimoniales trasferidos lícitamente lo que termina siendo favorable en muchos casos a deudores y poseedores precarios, o puniendo en aspectos en donde el ordenamiento extra penal ya posee una capacidad de respuesta adecuada.

No debe dejarse de lado la influencia que pueda existir en un proceso extrapenal que verse sobre la propiedad o algún derecho conexo, una sentencia penal que sancione por el delito de venta de bien ajeno o litigioso que considere como agraviado al supuesto propietario - poseedor del bien. Situación que como hemos señalado en el punto anterior, desborda el plano de la aplicación penal y se convierte en un elemento de desincentivo para cualquier ciudadano de a pie que tiene la intención de transferir o adquirir un bien.

Entiendo que la doctrina nacional ha mantenido su vista en otros puntos de los delitos patrimoniales que ha considerado más relevantes, sin embargo, he encontrado algunos trabajos y posturas interesantes tanto a nivel nacional como extranjero con relación al tema que pretendo abordar, con las diferencias legislativas a tomar en cuenta en el último caso, lo que a mi criterio hace necesaria mi investigación con la humilde intención que pueda servir de partida hacia una discusión necesaria, y que pueda en su caso corregir, ser corregida, y lo más importante, ayudar a una correcta interpretación y aplicación de un delito como el estelionato, así como a la correcta tutela de los bienes jurídicos.

Mi trabajo, tiene la clara intención de analizar las cuestiones más saltantes, y responder en zonas, donde probablemente solo se encuentren respuestas críticas, buscando brindar un aporte, que de ser el caso, pudiera servir para una futura reforma penal, sin perder el objetivo claro de toda tesis: el ser una solución a un problema importante de la sociedad.



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de la presente tesis coincidentemente surgió para mí, con el primer día de ejercicio en mi carrera profesional hace más de seis años; al ser consultado por una abogada en relación a un cliente, quién señalaba que dos personas habían celebrado un contrato de venta sobre su inmueble. No obstante, ser una abogada especializada en otra rama del derecho, su sensibilidad jurídica le llevó a esbozar en su pregunta si en ese caso había “estelionato”, con los conocimientos que mi persona tenía en cuanto al delito de estafa y demás fraudes, mi respuesta fue que no.

Esa respuesta es la que vengo a defender en la presente tesis, pero no como una persona nueva en el derecho, sino como alguien que se ha ocupado en estudiar e investigar el tema a fin de dar un sustento a mi posición. La existencia de jurisprudencia que va en sentido opuesto a mi postura, y la poca relevancia dada por la doctrina son el problema, pero es además lo que me motiva a dar una explicación que sirva dar detalle en la existencia de un error en esa clase de razonamientos; error que se debe a una mala interpretación del tipo penal por un exceso de tutela, intención que quizás sea buena inicialmente pero no es correcta, y lo incorrecto a la larga es perjudicial.

Sobre esa base, el primer capítulo de mi tesis versa sobre la jurisprudencia que prueba el estado de la cuestión, en donde los juzgadores han abierto instrucción, sancionado, confirmado sentencias incluso a nivel de Sala Suprema, sancionando al vendedor, en algunos casos junto al comprador por celebrar ventas en perjuicio de un tercero (propietario).

El capítulo dos, consta de varias partes, empieza por dar la concepción básica que se tiene del delito de estelionato conforme a nuestro código penal y lo desarrollado por la doctrina, sin embargo dicho punto, no será una mera repetición de conceptos dados, ya que se harán a la luz de lo que he investigado, en donde la defraudación se erige en una categoría mayor a la estafa y al estelionato. Seguidamente, procederé a esbozar sobre lo que considero la diferencia entre la estafa y el estelionato, el por qué, sí resulta coherente que este delito actualmente tenga una pena menor a la estafa simple y a sus modalidades agravadas, teniendo como base consideraciones en cuanto a la venta de bien ajeno como contrato lícito y a los principios registrales a la luz de los sistemas de transferencia de propiedad.

En dicho capítulo también se procederá a un análisis del medio fraudulento típico en el delito de estelionato, todo ello mediante la utilización de la teoría personal funcional del patrimonio; y analizando la necesidad de la disposición y el perjuicio patrimonial conforme a los lineamientos de la estafa en el delito de estelionato. Además, se verán los intereses tanto del comprador como del propietario para la configuración típica del delito, para culminar con una crítica sobre la labor de la doctrina y la jurisprudencia por soslayar muchos puntos que considero relevantes, y las consecuencias que se derivan de estas acciones.

En el capítulo tres, plasmo la correcta interpretación del delito de estelionato, desde una óptica coherente y funcional dentro de los delitos de fraude, en donde el medio fraudulento que se dirige en contra del comprador lesionando su patrimonio se constituye en la esencia del estelionato. Asimismo, expongo la

respuesta que tiene el propio ordenamiento jurídico para con el propietario en caso se vea perjudicado, analizando un tipo penal existente en el Código Penal anterior: el acto simulado en perjuicio de tercero.

En el capítulo cuatro, expongo las bondades de mi postura frente a la doctrina actual y la jurisprudencia reivindicando un tipo penal relevante como lo es el estelionato, corrigiendo los puntos que denotan vaguedad en la discusión actual, realizando precisiones en cuanto a otras posturas. Finalmente, me avoco a la figura del propietario que en su caso haya sido efectivamente perjudicado, analizando los remedios civiles, la utilización de los delitos contra la fe pública como ámbito de protección penal, y propongo para el caso extremo, la promulgación de un tipo penal.

En el capítulo cinco, señalaré las conclusiones que espero despierten el interés de los estudiosos en la materia y mi tesis se convierta en un aporte necesario en una parte tan importante como lo es el derecho penal patrimonial.

CAPITULO I LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE SUPUESTOS DE ESTELIONATO EN LA JURISPRUDENCIA: ESTADO DE LA CUESTION

I.1.- Situación actual del delito de estelionato de bien inmueble ajeno como propio, o litigioso como libre desde la jurisprudencia

En todo lo relativo a la práctica judicial, los abogados tenemos claro que debe de realizarse con arreglo absoluto a la ley, aceptando que en ocasiones se realicen interpretaciones extensivas en beneficio de la correcta administración de justicia, la misma que podría exponerse al riesgo si nos basamos únicamente en lo dispuesto literalmente por la norma. No obstante, por más amplia que sea la interpretación, jamás podrá ser ajena al texto normado en el precepto penal, a su coherencia propia y sistemática, ni a los fundamentos de su punición preestablecidos por la política criminal.

El problema o cuestión surge, precisamente, cuando pretendemos interpretar flexiblemente un tipo penal únicamente en función a una “correcta” administración de justicia dejando totalmente de lado su texto y la coherencia interna y externa que debe poseer, buscando tutelar intereses distintos a los asignados en su función tuitiva, pues la experiencia enseña que por dichos caminos de imprecisión y falta de control, a la larga terminaremos deformando las figuras penales¹, ampliando el ámbito de punición más allá de los deseos de la política criminal estatal, haciendo del principio de legalidad penal una mera referencia puesta en los manuales de derecho penal.

El delito de estelionato, regula penalmente la venta fraudulenta como propios de bienes ajenos y libres los litigiosos es un claro ejemplo de lo expuesto, ya que

¹ Claro ejemplo es el artículo 320° del Código Penal que reprime la desaparición forzada, cuyo ámbito de punición ha rebasado su texto mediante el acuerdo plenario 09-2009/CJ-116. Siendo lo correcto un desarrollo doctrinario y una modificación legislativa efectiva al ámbito de su punición, cambio que curiosamente se dio en el camino de esta tesis dio mediante el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1351.

tanto para jueces como fiscales, el delito se configuraría bastando solo el contacto negocial de dos personas sobre el bien de un tercero o litigioso. Los operadores jurídicos dejan de lado la permisibilidad civil que existe en torno a este tipo de actos jurídicos, no dándole cabida a la inocencia si evidencian el perjuicio en el propietario o contraparte en un litigio.

La interpretación flexible basada en anhelos de justicia y buenas intenciones, deja de lado el tipo penal en el caso concreto; pues mediante un criterio de interpretación ya sea literal, teleológico o sistemático (que desarrollo en el presente trabajo) todo ello en función a una posición de bien jurídico patrimonio frente al fraude; mi persona no encuentra forma correcta de punir la relación negocial no fraudulenta, o de considerar esta por sí ya fraudulenta, al no haber alguien que me venda B como A. El estado de la cuestión es delicado porque bajo la idea de proteger al patrimonio de los fraudes se pueden terminar restringiendo libertades, cuando lo importante es entender que el patrimonio es una manifestación de la libertad de la persona.

I.1.1.- Jurisprudencia que prueba el estado de la cuestión

Algunas de las decisiones judiciales que sirven como ejemplo del problema que busca solucionar mi tesis, se exponen a continuación:

a) Expediente N° 10434-2011, Décimo Juzgado Penal de Lima (Auto de apertura de Instrucción)²

² Sobre la relevancia jurídica y constitucional, y la necesidad que el auto de apertura de instrucción (resolución inimpugnable) guarde una debida motivación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional mediante EXP. 8125-2005-PHC/TC:

15. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar

Señala el Magistrado:

“Vender, gravar o arrendar como propios bienes ajenos: el sujeto activo puede ser cualquier persona que tenga la posesión del bien salvo el propietario u otra persona que tenga la facultad de disponer de él. En este caso se consuma con la venta – esto es, cuando se recibe el dinero-, el gravamen o el arriendo, dado que en estos casos se causa el perjuicio al propietario del bien, el comprador, acreedor o arrendador.”³

En este caso, el Juez inició un proceso penal contra dos personas que habían contratado lícitamente sobre un bien propiedad de uno de ellos, sin embargo, un tercero que se encontraba dentro del inmueble señalaba que había realizado innumerables mejoras al predio arrogándose la calidad de propietario de las mismas (presentando una serie de comprobantes de pago por los servicios de construcción), las cuales fueron “transferidas” conjuntamente al predio sin su consentimiento. Conjuntamente a presentar un escrito en un proceso de desalojo (en el que no formaba parte) entablado por uno de los entonces procesados, el presunto agraviado presentó una denuncia penal que fue formalizada por el Ministerio Público por la comisión del delito de estelionato, cuya formalización de denuncia originó el proceso expuesto, perjudicando el proceso civil de desalojo ya en ejecución al tenerse noticia de la existencia ya de un proceso penal en

*que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que : “El auto será **motivado** y contendrá en forma precisa los **hechos denunciados**, **los elementos de prueba en que se funda la imputación**, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado”.*

16. En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

³ El Juzgado cita de manera simple como lo describimos: “Manual de Derecho Penal – Parte Especial de Luis Alberto Bramont Arias, página 328”.

trámite por un delito relativo a la propiedad del bien.

b) Expediente 16139-2012, Cuadragésimo Segundo Juzgado Penal de Lima (Auto de apertura de instrucción)

Que fluye de la denuncia penal formalizada que el denunciado, en su calidad de Gerente General de la Caja de Pensiones Militar Policial vendió a la empresa Administradora del Comercio el inmueble, a pesar que dicho inmueble le pertenecía al agraviado, quien lo habría adquirido en fecha doce de mayo del año mil novecientos noventa y cinco, tal y como se tiene de fojas doce a quince, venta que se realizó el día treinta y uno de diciembre del dos mil ocho en la que el denunciado suscribió la minuta de compraventa (...); siendo el caso que para regularizar la transferencia cursa con fecha treinta de marzo del año dos mil nueve, tal como se tiene a fojas veintinueve, carta notarial al agraviado mediante la cual resuelve de pleno derecho el contrato de compra venta e hipoteca de fecha doce de mayo del año mil novecientos noventa y cinco, por supuesto incumplimiento de noventa y ocho armadas (...)

En el caso expuesto, el denunciante tenía en posesión un inmueble como consecuencia de un contrato de compraventa celebrado con la empresa del denunciado, el que fue resuelto en virtud al incumplimiento de 95 cuotas a sabiendas que el incumplimiento de (01) una sola cuota facultaba al denunciado para resolverlo (sobre la fecha de la resolución de contrato resulta irrelevante para los fines prácticos pero resulta ser anterior a la transferencia). Por lo que la Caja de Pensiones Militar Policial, luego de 95 meses sin recibir un centavo y estando dedicada ya a un rubro distinto, resuelve el contrato y vende el inmueble

a otra empresa a fin que esta se encargue de realizar el proceso judicial correspondiente con toda la documentación necesaria y ejercite su derecho de propiedad. Una vez iniciado el proceso judicial de desalojo, el poseedor del inmueble presenta una denuncia con el contrato de compraventa, pues conoce que los jueces y fiscales protegen al poseedor del bien (supuesto propietario), la misma que se formaliza por el delito de estelionato, retrasando el proceso civil, pues el juez civil tiene conocimiento del proceso penal y es consciente de sus implicancias en caso se sancione estelionato.

**c) Expediente N.º 00805-2011 Auto de Apertura de Instrucción,
Segundo Juzgado Penal del Callao**

Los denunciados celebraron un contrato de compraventa en complicidad con sus codenunciados, Julio César Tipismana Temorio y María de los Ángeles Urbano Cáceres, mediante el cual los segundos adquirieron la propiedad del Departamento Azotea Sección B, (U.I.P.E. N.º 10) (...), habiendo elevado dicho acto jurídico a escritura pública a través del notario público (...) y posteriormente inscribir acto en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, con fecha 6 de setiembre del año dos mil diez, conforme se aprecia de la copia literal de la partida N.º 70255216 (...), no obstante saber que dicho bien era ajeno y sin poder alegar el desconocimiento de la venta del bien inmueble a favor de los agraviados en el año dos mil ocho (...)

El Juzgado penal del Callao, también se basta de la relación comercial sobre bien ajeno y la inscripción, para tener los datos objetivos de la comisión del delito de estelionato. En el que se procesa también al comprador del bien a efectos que responda por el “delito” cometido.

d) Expediente 656-07 “A”, Cuarta Sala Penal con Reos Libres de Lima.

SEGUNDO.- Que, la imputación que recae sobre el procesado Edson Yesaac Vita Landa, es el hecho de que en contubernio con su coprocesado, ya sentenciado, Jorge Mendoza Guerra, adquirió mediante contrato de compraventa celebrado entre el mismo y Mendoza Guerra, el bien inmueble ubicado en la avenida Canto Grande manzana B guión uno, lote treinta y nueve Canto Grande, San Juan de Lurigancho, por la suma de sesenta y siete mil nuevos soles, presentando el procesado Vita Landa dicho contrato ante las Oficinas de Registros Públicos a fin de registrar el inmueble a su nombre, lo cual consiguió, interponiendo una demanda de desalojo en contra del agraviado Mera Iparraguirre, lo cual no se logró concretar debido a que este tenía a su favor un contrato de compraventa del inmueble sub Litis celebrado en el año mil novecientos noventa y tres con el sentenciado Mendoza Guerra, y una escritura pública del bien inmueble a su nombre otorgado por quincuagésimo quinto juzgado civil de Lima.

El caso descrito, ve en segunda instancia una sentencia sobre una transferencia de inmueble que tiene como agentes al vendedor y al comprador, en donde incluso se logró inscribir el bien, y se sanciona por el delito de estelionato sin hacer precisión alguna como el medio fraudulento empleado puso en error al propietario, la intensidad del engaño u otras circunstancias en donde la disposición patrimonial sea consecuencia de un engaño a la “víctima”.

e) Expediente: 5680-2008, Segunda Sala Penal de Reos Libres de Lima⁴

3.1. De la revisión de los actuados, se encuentra acreditada la materialidad de delito de estelionato, ya que como se aprecia de autos entre el encausado Clemente Reynoso Mercado (fallecido) y su coprocesado Jesús Máximo Umeres Altamirano se realizó en fecha tres de octubre del año dos mil siete, un contrato de compraventa a favor de este último sobre el inmueble materia de litis (...); no obstante, que en fecha anterior en un contrato realizado anterior entre Reynoso Mercado y el agraviado Fukuda Leyzaquia (comprador) se vendía una parte (20 m2) del mismo bien, habiendo participado en dicho acto el procesado apelante en su condición de abogado de las partes (vendedor); por lo que el referido encausado tenía cabal conocimiento que no era lícito adquirir un bien inmueble en dichas condiciones.

(...) en cuanto a lo alegado por lo solicitado en segundo lugar esto es que se resuelva la entrega de la parte adquirida el bien inmueble en mención, debe hacerlo en la vía legal correspondiente. (...)

La resolución expuesta, en donde también se logró inscribir en Registros Públicos la compraventa, la Sala resuelve confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, tanto en contra del vendedor como del comprador para tutelar el interés del propietario quedando como dato importante del que haré posterior comentario el pedido en apelación de la parte agraviada, que se le restituya el bien inmueble materia de litis.

⁴ *Los Delitos contra el Patrimonio en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica. Primera Edición, Lima, 2013, p. 487 y ss.

f) Expediente 003504-2006, Recurso de Nulidad - Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

(...) TERCERO.- Que el tipo penal de estelionato se realiza cuando el agente, a sabiendas de la situación, jurídica de los bienes, dispone voluntariamente de ellos, induciendo en error al agraviado; que, en el caso de autos la conducta del encausado Breña Molina se encuadra dentro del tipo penal en mención al haber vendido con fecha veintiséis de mayo de dos mil tres el departamento trescientos uno del edificio ubicado en el lote veintiocho manzana uno numero cuatro ocho cero - primera Etapa de la Urbanización Benavides -Surco a la persona de Jaime Levy Navarro, enajenando asimismo los apartamentos trescientos tres, cuatrocientos uno y cuatrocientos tres, así como los quince restantes incluyendo las cocheras, tal como se advierte de la declaración preventiva de Jorge Emiliano Pelaez Rodríguez representante de la empresa Jorman Sociedad Constructora Sociedad Anónima de fojas ciento noventa y uno, ratificada en el plenario, así como la testimonial de Clara Isabel Nuñez Hernández -ver fojas ciento noventa y siete-, sobre todo de las copias certificadas que obran de fojas ciento cuarenta y siete a ciento ochenta y cuatro remitidas por el Cuadragésimo Noveno Juzgado Civil de Lima respecto a las principales piezas procesales del proceso seguido por el encausado Breña Molina y la empresa agraviada, expediente número cincuenta y cinco uno cincuenta -dos mil dos con la empresa agraviada, y de fojas doscientos veintiséis a doscientos cincuenta sobre ejecución de acta de Conciliación.(...)

(...) el encausado Horacio Breña Molina procedió a vender los departamentos antes citados a sabiendas que dicho inmueble era de propiedad de Jorman Constructora Sociedad Anónima y de Carmen Amparo Salvarte Vizcarra,

conforme el Testimonio de Asociación en Participación de fojas seiscientos quince, y sobre el cual pesaba una medida cautelar de embargo en forma de depósito, lo que evidenció fehacientemente su responsabilidad penal en el ilícito instruido por lo que no resulta amparable sus agravios. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas setecientas sesenta, del tres de julio de dos mil seis, que condena a Horacio Breña Molina por delito contra el patrimonio - defraudación -Estelionato- en agravio de la Empresa Jorman Sociedad Constructora Sociedad Anónima a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, bajo reglas de conducta, y fija en diez mil nuevos soles el monto que deberá abonar solidariamente los sentenciados a favor de Empresa Jorman Sociedad Constructora Sociedad Anónima (...)

El recurso de nulidad expuesto, sobre una venta realizada a terceros de una serie de inmuebles (compradores que son soslayados por la resolución a pesar de lo determinante de su actuación) por la persona de Horacio Breña Molina confirma la sentencia en su contra por el solo hecho de existir agraviados (la empresa constructora). Resulta curioso que se decante en dicho razonamiento a pesar que al inicio de su análisis señalan la necesidad del tipo en inducir en error al agraviado.

g) Expediente: 000266-2007, Recurso de Nulidad - Piura, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

Segundo: Que se imputa a los encausados Rolando Eyzaguirre Ponce, Claudelina Augusta Espinoza Cueva y Karina Annely Gutiérrez Rivas haber cometido los delitos de estelionato y fraude procesal, es así que los cónyuges

Rolando Eyzaguirre y Claudelina Espinoza compraron el veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y siete, el terreno ubicado en la Manzana "F" Lote diecinueve Urbanización Angamos Primera Etapa Piura, de propiedad de su co encausada Karina Gutiérrez, terreno sobre el cual estaba construido una edificación de dos plantas donde funcionaba la empresa "Servicios Turísticos Brenda Sociedad de Responsabilidad Limitada" en la que eran socios los encausados Rolando Eyzaguirre, Claudelina Espinoza y la agraviada María Ludgarda Rivas Villaseca, y pese a que en el contrato de compra venta se consignó expresamente que la propiedad de Karina Gutiérrez no comprendía la edificación, los encausados Rolando Eyzaguirre y Claudelina Espinoza como consecuencia de un proceso civil, consiguieron que el edificio se inscribiera en los Registros Públicos de Piura a nombre de ellos, luego obtuvieron un préstamo de una entidad bancaria donde hipotecaron el inmueble, perjudicando así a la agraviada en su condición de socia y co propietaria del edificio.

Tercero.- Que de autos se advierte que si bien los encausados Rolando Enrique Eyzaguirre Ponce y Claudelina Augusta Espinoza Cueva compraron el terreno en cuestión de propiedad de su co encausada Karina Annely Gutiérrez Rivas, adquisición que no incluía la fábrica construida en dos plantas sobre el terreno, conforme se estipula en la sexta cláusula de la minuta de compra venta de fojas cincuenta y siete, donde se consigna que la construcción no es propiedad de la vendedora por lo que se reserva el derecho para hacerlo valer conforme a ley, derecho que igualmente quedó expedito para los compradores; también es de considerar que en la escritura pública de transferencia de participaciones sociales de la empresa "Servicios Turísticos Brenda Sociedad de Responsabilidad Limitada" que otorgó José San Miguel Távara Rivas a favor de

la agraviada María Ludgarda Rivas Villaseca -ver fojas cincuenta y tres-, no está incluida la fábrica de dos plantas, únicamente se consignó las cinco mil participaciones sociales que constituyen el cincuenta por ciento del capital social, el cual es vendido por el valor de quince mil nuevos soles; por tanto, no se ha demostrado que la construcción de la fábrica forme parte de estas participaciones y que la agraviada tenga el derecho de propiedad sobre dicha fábrica -ver ficha registral de fojas doce y trece-; en consecuencia no se ha acreditado que los encausados cometieran el delito de estelionato, ilícito previsto en el artículo ciento noventa y siete del Código Penal

Sobre este proceso, la Corte Suprema considera que no hay estelionato y se muestra de acuerdo con el sobreseimiento, únicamente por el hecho que la supuesta agraviada no demostró tener derecho sobre la fábrica, por lo que en el caso de haberlo demostrado, sí habrían incurrido en delito el vendedor y los compradores. Con lo cual dejan de lado cualquier mención al medio fraudulento y al sujeto pasivo de la acción.⁵

h) Recurso de Queja N° 00215-2013 Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República

Primero. Que el agraviado Peñaloza Mendivil en su recurso de queja excepcional (...) alega que el Tribunal Superior interpretó incorrectamente los alcances del

⁵ Lo cual es absolutamente contrario a lo resuelto anteriormente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el expediente Recurso de Nulidad - Puno Expediente 282-2000, en donde absolvió por el delito de estelionato señalando que el agraviado al no ser el comprador del bien, no podía ser considerado sujeto pasivo del delito. Jurisprudencia tomada de PEDREROS VEGA Donny, *Venta de Bienes y el Delito de Estelionato*, en *Derecho Penal Económico: Cuestiones Fundamentales y Temas Actuales*, Lima, Ara Editores, 2011, p. 211.

tipo legal de estelionato en orden al agraviado de ese ilícito y, por tanto, dictó una sentencia con vicios de motivación.

Segundo. Que se atribuyó al encausado Chávez Escobedo que el día veintiocho de octubre del dos mil ocho vendió el stand comercial numero ciento dieciocho, primer piso, del Centro Electrónico de Lima sito en Jirón Leticia Número mil y mil dos – Cercado de Lima, pese a que ese bien ya no era de su propiedad, pues desde el catorce de septiembre de dos mil cinco pertenecía a los agraviados a quién los enajenó. La sentencia de vista absolvió por que estimó que el sujeto pasivo del delito de estelionato, en todo caso, corresponde a quien se vendió el bien ajeno, no al quejoso y a su esposa que eran los auténticos propietarios en virtud del correspondiente contrato de compra venta elevado a escritura pública.

Tercero. Que el delito de estelionato es un supuesto de defraudación, que tiene elementos particulares frente al delito de Estafa. En principio, se tipifica – entre otros supuestos – cuando se vende como propios – muebles e inmuebles – los bienes ajenos. Esta es la modalidad específica de dicha modalidad defraudatoria. El delito, por tanto, se configura cuando el autor, con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en perjuicio de su víctima, dolosamente vende como bienes propios aquellos que pertenecen a otra persona. Media, en suma, una mentira.

Cuarto. Que, a través de este ilícito penal, el agente o autor se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta. Es, pues, un modo engañoso de vender un bien con una consistencia suficiente para sorprender la buena fe del damnificado. El sujeto pasivo, por consiguiente, es tanto e titular del bien dispuesto – el propietario verdadero – como, en su caso, el comprador del mismo. Ambos son afectados en su esfera patrimonial por la conducta

defraudatoria del agente. Es, en todo caso un típico supuesto de desdoblamiento del sujeto pasivo-; uno- el adquiriente – es víctima del error y otro – el propietario – es víctima del perjuicio.

La Corte Suprema declaró fundado un recurso de queja interpuesta por el propietario del bien, resolviendo que existe un desdoblamiento del sujeto pasivo que de todas formas va a involucrar al propietario del bien. Eso quiere decir que así haya un comprador agraviado, o no lo haya, igual el propietario debe ser incluido como perjudicado. Siendo esta jurisprudencia símbolo de lo que la presente tesis intenta resolver y definir, a fin que se excluya el propietario del bien la calidad de agraviado de este delito.

I.1.2.- Consideraciones en cuanto a la jurisprudencia expuesta

No se miente al afirmar que existe jurisprudencia nacional con la tendencia de introducir y proteger a toda costa al propietario del bien en el delito de estelionato, ya sea que exista un comprador engañado y perjudicado patrimonialmente (bajo un supuesto desdoblamiento como señala la Suprema), o sin importarle prescindir del medio engañoso presente en la relación contractual, a tal punto de procesar y sancionar a ambos contratantes:

- *“Dichos encausados en consuno o indistintamente, participaron en la comisión de delitos contra el patrimonio y contra la fe pública, a cuyo efecto finamente suplantaban a los verdaderos propietarios de los inmuebles (...) para realizar compraventas en perjuicio de ocho conjuntos*

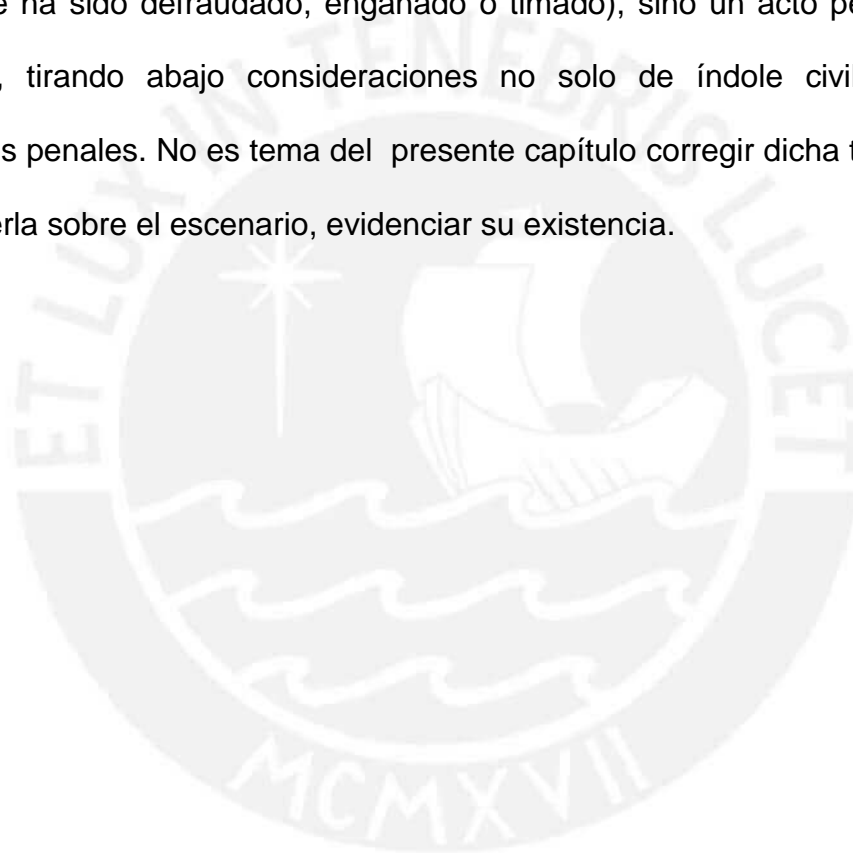
de propietarios, haciéndose pasar por ellos (R. N. N° 1141-2014, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

- *“Haber actuado en contubernio con la finalidad de despojar del inmueble de propiedad de los agraviados”*. (Expediente N.º 245-2006, Auto de Apertura de Instrucción del Vigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima).
- *“Además es la fecha en la que el referido acusado le trasfiere la propiedad a la acusada Franco de Cerna (...)”* (Expediente N° 5907-2011, Tercer Juzgado Unipersonal de la Libertad)

Al parecer, todo vale con tal de proteger al propietario, incluso deformar un tipo penal; esa es la consigna de hoy, vale olvidarse que el propietario tiene acciones civiles que ejercer o ya vendrá ejerciendo, pudiendo solicitar la reivindicación, o la nulidad de acto jurídico por simulación o la acción indemnizatoria en caso de encontrarse frente a un comprador de buena fe. Se deja de lado, que una “pérdida de propiedad” no surge de la simulación de un contrato entre un comprador o un vendedor, o la falsa calidad de propietario de un vendedor, sino de la presentación de documentos ante Registros Públicos ya sea coludido o induciendo a error a un funcionario público, juez o notario. ¿El hecho de catalogarlo de agraviado de estelionato, mientras reclama una acción en la vía civil, no resulta una contradicción?. ¿No es contradictorio que una de las sentencias expuestas le diga al propietario ante un pedido de devolución del bien, que haga valer su acción reivindicatoria en la vía pertinente, cuando éste ya usó la acción civil en el proceso penal?.

En conclusión, de la revisión de la jurisprudencia se aprecia una marcada tendencia por parte de los operadores jurídicos en prescindir de una estructura

típica donde la forma fraudulenta constituya el mecanismo de afectación en la decisión patrimonial del adquirente, resultando evidente que en cada uno de los casos expuestos poco importó la situación del comprador y su patrimonio, constituyéndose en un análisis que lo coloca más en parte activa del delito que como víctima. El enfoque en razón a la jurisprudencia expuesta, parecería descansar en la tesis que basta el contacto negocial de dos personas en razón a la venta de un bien ajeno para ser considerado esto no solo un fraude (a pesar que nadie ha sido defraudado, engañado o timado), sino un acto penalmente relevante, tirando abajo consideraciones no solo de índole civil sino de cuestiones penales. No es tema del presente capítulo corregir dicha tendencia, sino ponerla sobre el escenario, evidenciar su existencia.



CAPITULO II

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL ESTELIONATO, COMO OTRA DEFRAUDACIÓN, A LA LUZ DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

II.1.- Consideraciones Básicas

Previamente a cualquier posición que se pretenda plantear, es a mi criterio necesario tener en claro la base conceptual sobre la que se parte, a fin que se conozca la visión que tiene mi persona con respecto a la defraudación y al estelionato. Asimismo se demuestre que mi tesis no recurre a artificios o a forzar el conocimiento, sino de principios conocidos que en su desarrollo nos exige una respuesta coherente con el tipo penal.

II.1.1.- El delito de estelionato en el Código Penal y tratamiento de la doctrina

Código Penal de 1863.-

Como antecedente nacional, el delito de Estelionato se reguló en el Código Penal de 1863⁶, mediante diversos artículos, si lo comparamos con el tratamiento legislativo actual:

Artículo 342° del Código Penal de 1863.- *Se aplicarán respectivamente las mismas penas del artículo anterior⁷:*

I.° A los deudores y fiadores que, al tiempo de contraer sus respectivas obligaciones, presenten como bienes responsables los que no podían ser obligados, o callen u oculten sus gravámenes o hipoteca (...)

Como dato relevante el referido artículo no se encontraba dentro de las estafas u otras defraudaciones (título 4) sino en el título de los deudores

⁶ VIRTEBO ARIAS José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*, Tomo 3, Lima, Imp. Torres Aguirre, 1902, p. 439

⁷ El artículo anterior al que se hace referencia, reprimía al deudor que niegue la deuda, oculte u enajene maliciosamente su deuda ante los acreedores con una pena de hasta primer grado (cuatro años)

punibles (título 3)

Art. 346 del Código Penal de 1863°.- *Sufrirán respectivamente las penas anteriores⁸, con aumento de un grado*

7.- Los que defrauden haciendo suscribir con engaño algún documento

El artículo 346° era un catálogo cerrado de conductas presuntamente derivadas de la estafa, no obstante, se apreciaban conductas que a la fecha podrían enmarcarse en otros delitos como la apropiación ilícita. En dicha lista uno de los artículos que funcionalmente tendría la misma misión que el estelionato (repito, si lo comparamos al tratamiento legislativo actual) surge en el numeral 7, por poseer un texto con la capacidad de abarcar una gran cantidad de formas defraudadoras.

Artículo 348° del Código Penal de 1863.- *El que fingiéndose dueño de una cosa la enajene, grave o arriende o empeñe o disponga de ella como libre a sabiendas que está gravada, será castigado con una multa del tanto al doble del valor del perjuicio que cause.*

Este artículo es el que de acuerdo a su tipificación se asemeja más a la redacción actual del estelionato, sancionando a cualquier sujeto que se finja dueño, con lo que presupone la ajenidad del bien, pero otorgando más peso la representación fraudulenta de una calidad.

Código Penal de 1924.-

El antecedente inmediato a nuestro estelionato, se encontraba en el

⁸ El referido artículo reprime la estafa: **“Artículo 345° del Código Penal de 1863: Todo el que con nombre supuesto o bajo calidades imaginarias, falsos títulos o influencia mentida, defraude a otro, aparentando bienes, crédito comisión, empresa o negociaciones, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño; será castigado:**

1°. Con arresto mayor de en segundo o tercer grado si la defraudación no excede de cincuenta pesos:

2° Con reclusión en primero o segundo grado si pasa de cincuenta pesos y no llega a quinientos:

3° Con cárcel en primero o segundo grado si excede de quinientos pesos”.

artículo 245° del Código Penal de 1924°, el que señalaba:

Artículo 245.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

(...)

7.- El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieran embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos; (...)

Entre las diferencias más notorias con el artículo actual, se encuentra en que el antiguo estelionato hacía depender la pena a imponer del tipo penal de estafa⁹, además conforme a su configuración inicial da la impresión de tratarse de un tipo penal subordinado y no de un tipo penal autónomo, pues al parecer haría referencia a la presencia de los elementos típico del artículo anterior, lo que de por sí iniciaba las discusiones sobre la defraudación y la estafa, en cuanto a lo que implicaba lo uno de la otra.

No obstante, considero que la alusión normativa no hacía depender la configuración del estelionato a la estafa, en razón a que se antepone el “sin perjuicio”; y al precisar el carácter de disposición general, es innegable que el artículo 244° era una disposición genérica de conductas, distinta al tipo penal de estafa de hoy, tal es así que abarcaba supuestos que hoy serían casos especiales de defraudación, delitos contra la fe pública e incluso de buena fe en los negocios. No debemos olvidar, que

⁹ **Art. 244° del Código Penal de 1924.-** “El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni mayor a un mes.”,

dicho Código se manejó sobre un derecho penal patrimonial aún en desarrollo, con lo cual emplear una técnica que buscara adelantarse y prever las conductas y modalidades dañinas al patrimonio era totalmente aceptable¹⁰.

Código Penal de 1991¹¹.

El delito de Estelionato se encuentra regulado en el artículo 197° numeral 4 del Título V: Delitos contra el Patrimonio del Código Penal Peruano:

Artículo 197.- La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

(...)

4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

No existe mayor discusión sobre el carácter de delito patrimonial del estelionato regulado en nuestro Código Penal de 1991, sin embargo, al formar parte de los delitos en los que el medio es un fraude, así como en atañe, existen divergencias sobre la naturaleza de este artículo, si se

¹⁰ Cabe resaltar que el actual Código Penal Argentino de 1984 utiliza una fórmula similar al del antiguo código penal peruano para punir la estafa y otras defraudaciones, manteniendo mi posición con relación a dicha fórmula de punición.

¹¹ No debemos soslayar el proyecto de Código Penal de 1984, elaborada por una Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, quién dentro del Título V: Estafas y Defraudaciones, en su artículo 197° numerales 5 y 6 reprimía el delito de estelionato:

Artículo 197° del Proyecto del Código Penal de 1984: *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años y multa de la renta de trescientos sesenta a mil días*

(...) 5. *Cuando se atribuye capacidad de disposición de un bien inmueble, lo enajena, grava o arrienda en perjuicio del adquirente o de un tercero.*

6. *Cuando dispone de un bien mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre el mismo, o el que habiéndolo enajenado como libre, lo grava antes de la definitiva transmisión al adquirente.*

tratan sobre supuestos que se derivan de la estafa¹², o se tratan de supuestos hermanados con la estafa en el género defraudación¹³, punto importante y que procederemos a analizar detalladamente más adelante. Otro de los sectores en donde no habría mayor conflicto en términos de derecho penal patrimonial, es que la defraudación requiere de un medio fraudulento (engaño, astucia, ardid u otro)¹⁴ como uno de sus elementos configurativos, y dentro de esa conclusión hay que enmarcar también al

¹² SALINAS SICCHA Ramiro, *Delitos Contra el Patrimonio*, Lima, Grijley, 2010, p. 289 señala: “que el artículo 197° del Código Penal regula conductas especiales de estafa que merecen una sanción prevista para que aquellos que realizan alguna conducta del tipo básico, por lo que no pueden considerarse como circunstancias agravantes de las estafa sino aminorantes”. En ese sentido también SERRANO GOMEZ Alfonso y SERRANO MAILLO Alfonso, *Derecho Penal Parte Especial*, 10ª Ed., Madrid, Dykinson, 2005. Además QUINTANAR DIEZ Manuel, DEL ROSAL BLASCO Bernardo y SEGRELLES DE ARENAZA Iñigo, *Compendio de Derecho Penal Español- Parte Especial*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000. No obstante estos últimos toman mucho en consideración los conceptos de estafa propia e impropia para determinar si deben o no reunir los requisitos exigibles por el tipo base. Asimismo la pena de las figuras distintas en el Código Penal Español a la estafa es mayor que el tipo base, a diferencia del Código Penal Peruano. VIVES ANTON, COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, ORTIZ BERENGER Y CARBONELL MATEU *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, p. 922 al respecto señala que la doctrina mayoritaria (Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Bajo Fernandez) entienden que los engaños a los que hace referencia el delito de estelionato constituyen estafas propias, situación errada a su entender por qué (...) alberga supuestos no reconducibles a la estafa. Véase también CREUS Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, 7ª Ed., Astrea, 2007, p. 520. En donde señala que los artículos de defraudación especial prácticamente responden al género de la Estafa. Hacer aquí la salvedad que el Código Penal Argentino hace una remisión en los casos de defraudaciones especiales a la estafa como tipo base.

¹³ En doctrina nacional BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, p. 356. Estamos frente a casos especiales de defraudación que el legislador ha considerado oportuno tipificar de manera expresa. No son circunstancias agravantes del delito de Estafa, conclusión que se deduce de la misma penalidad asignada a estos casos, la constituye una pena inferior a la prevista para el delito de estafa. PAREDES INFANZON Jelio, *Delitos contra el Patrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 207. La estafa es una especie del género defraudación. Compartía con anterioridad dicha idea ROY FREYRE Luis, *Derecho Penal Peruano*, Tomo III, Parte Especial, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983, p. 173. Conforme ya tuvimos oportunidad de señalar el delito de estafa en nuestro C.P. participa de la misma naturaleza común correspondiente a todas las defraudaciones. CANEZ MARTICORENA Alfredo, *Sobre el Delito de Estafa y otras Defraudaciones*, Lima, Editorial Alternativas, 2000, p. 47. El artículo 197° contiene 4 supuestos especiales atenuados de defraudación. A diferencia de Creus, no utiliza el término defraudación como género de Estafa: DAMIANOVICH DE CERREDO Laura, *Delitos contra la Propiedad*, 2ª Ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, , 1998, p. 265.

¹⁴ El medio fraudulento, se constituye en el vehículo que aborda la intención del sujeto de los delitos de defraudación con el fin de vulnerar el patrimonio de su víctima. Un catálogo cerrado de los medios fraudulentos existentes no resulta adecuado en razón a que las modalidades de fraude avanzan día a día al punto que ante tal intención, inmediatamente se creará un tipo de fraude que escape de esa lista cerrada a fin de lograr impunidad. Por dicha razón es que el engaño, el ardid, a astucia no son las únicas formas fraudulentas, el propio código penal en el artículo 196° deja abierta. Al respecto, REATEGUI SANCHEZ James, *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 443. expresa: Los fraudes o mecanismos fraudulentos utilizados por el agente para lograr sus objetivos muy bien pueden ser el engaño, la astucia, el ardid, así como el artificio, el truco, el embuste, la argucia, el infundio, etc.

estelionato (numeral 4). Cabe resaltar que el medio de fraude más estudiado y que prácticamente se vuelve un sinónimo de éste es: el engaño, lo que surge al ser el cotidianamente utilizado en los delitos defraudatorios, razón por lo cual nuestro Código Penal lo nombra en primer lugar, luego a la astucia y el ardid; aunado al hecho que el Código Penal Español de 1995 en el artículo 248.¹⁵ para la comisión de estafa señala exclusivamente como forma fraudulenta al “engaño bastante”; por lo que siendo la doctrina española fuente inevitable de nuestra literatura penal patrimonial, coadyuva a la identificación mencionada.

Entonces, el delito de estelionato¹⁶ consiste en “vender o gravar como bienes libres, los que son litigiosos o que están embargados o gravados, y en vender, gravar o arrendar como propios bienes ajenos”¹⁷. Involucra “una conducta engañosa en torno a la propiedad o libertad de disposición del bien”¹⁸

En la primera parte del artículo 197° numeral 4, el que vende o grava el bien, tiene que ser el propietario o el poseedor legítimo del bien. El engaño (que es un medio fraudulento) consiste en vender o gravar un bien como

¹⁵ **Artículo 248 1. del Código Penal Español de 1995.-** *Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*

¹⁶ Para efectos de precisión: “El propio nombre de este delito – proveniente del vocablo “*estelio*”, un animal de colores variados e indefinibles a los rayos solares, que inspiró a los romanos esta denominación para delitos contra la propiedad que se cometían mediante formas falsarias o ardidosas, como también de las propias del hurto, pero que no gozaban estrictamente de las características de uno u otro delito- refleja las modalidades de la conducta incriminada, en DAMIANOVICH DE CERREDO Laura, op. cit. p. 341. Se señala que en la antigüedad al ser una categoría residual (pues en Roma se hablaba de *crimen falsi* y *crimen furti*”, siendo el estelionato la tercera categoría cuando la conducta no se enmarcaba en *crimen falsi*), se le denominó *Stellionatus* por la naturaleza incierta de este delito, fluctuante, pero que comprendía la existencia de lesiones patrimoniales fraudulentas; para mayor detalle: FINZI Conrado, *La Estafa y otros fraude según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italiano, Argentino y Alemán en vigor con su doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p. 16-17.

¹⁷ PEÑA CABRERA Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Lima, Ediciones Jurídicas, 1995, p. 326.

¹⁸ PEÑA CABRERA Raúl, op. cit., p. 331.

libre de dicha calidad cuando no es así, ya sea por ser litigioso (objeto de proceso judicial), embargado (objeto de medida cautelar), o gravado (objeto de derecho real de garantía: prenda, hipoteca, etc.)¹⁹. “En la segunda parte, consiste en vender, gravar o arrendar los bienes ajenos como si fueran propios, la acción le corresponde a quien sin ser poseedor autorizado (ajenidad parcial) o sin ser propietario (ajenidad total), induce o mantiene en error a su víctima, despojándolo de su patrimonio, vendiéndole, gravando en su favor o arrendándole un bien sin tener libertad de disposición”²⁰.

Paredes Infanzón señala que “los engaños a que hace referencia el estelionato, aprovechan la buena fe de la víctima, quien adquiere los bienes en la creencia que se encuentran sin ningún tipo de restricción”²¹. Teniendo en consideración las diversas modalidades existentes, mi trabajo se centrará en dos modalidades que considero más recurrentes, la venta como propios de bienes y de libres los bienes litigiosos, al ser lo que en gran parte de los casos se identifican cuando se hace mención al estelionato. No obstante, el avance y las conclusiones de mi trabajo son útiles también a las demás figuras del cuarto numeral del artículo 197° del Código Penal²².

II.1.2.- Venta como propios de Bienes Ajenos y Libres los Bienes Litigiosos

¹⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, p. 360.

²⁰ HUGO VIZCARDO Silfredo, *Delitos Contra el Patrimonio*, Pro Derecho, Lima, 2005, p. 232.

²¹ PAREDEZ INFANZON Jelio, op. cit. p. 239.

²² Al respecto, la necesidad de un medio fraudulento es también requerido en los supuestos de vender o gravar bien como libre cuando no lo es; no es suficiente el medio dato objetivo de su realización a través de una conducta dolosa para sancionar. Asimismo, su punición es prácticamente residual pues surge de un supuesto a todas luces regulado y solucionado por el Código Civil que es el saneamiento por vicios ocultos, siendo su sanción por razones políticas criminales.

Sobre este punto, al ya haberse explicado el tipo penal, toca entender sus elementos, por lo que es útil tener claro en que consiste el contrato de compraventa, un bien, la ajenidad, la calidad de libre y litigiosidad del bien. La compraventa y sus modalidades se encuentran reguladas en el Código Civil en sus artículo 1529° y siguientes, que crea obligaciones de transferencia y del pago de un precio por parte de un vendedor y comprador.

Artículo 1529° del Código Civil.- *Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.*

En ese aspecto el derecho penal debe de valerse de un concepto extrapenal propio del derecho privado a fin de definir el acto jurídico sobre el que se va a realizar el negocio, siendo importante en razón a que como veremos en los siguientes puntos, la compraventa tiene supuestos lícitos y remedios civiles que deben de tenerse en plena consideración al momento de realizar la subsunción de los hechos al tipo penal, existiendo una relación indesligable que siempre debe de tener en consideración el penalista.

Lo que es objeto de venta son bienes, entendiéndose por bien a todo aquello que tenga la capacidad de satisfacer una necesidad, diferenciándose del servicio el hecho que se trata de un objeto determinado o determinable²³, en ese aspecto la Real Academia de la Lengua Española²⁴ lo define económicamente como

²³ Desarrolla dicho punto: CASTILLO FREYRE Mario, *La Venta del Bien Ajeno (veinte años después)*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2010, p. 37.

²⁴ <http://dle.rae.es/?id=5TkGdEQ>

“Todo aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana”, y desde la perspectiva del derecho lo define como “Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho”.

En nuestra legislación los bienes no se encuentran definidos pero sí clasificados por los artículos 885° y 886° del Código Civil²⁵ como muebles e inmuebles, clasificación que se realiza en razón a movilidad y a identificación. Quien también se encarga de esbozar una clasificación de bien (específicamente los muebles) es la Ley N° 28677, denominada Ley de Garantía Mobiliaria, en sus artículos 2° 4 y 4°²⁶.

²⁵ **Artículo 885.-** *Son inmuebles:*

- 1.- *El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.*
- 2.- *El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.*
- 3.- *Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.*
- 5.- *Los diques y muelles.*
- 7.- *Las concesiones para explotar servicios públicos.*
- 8.- *Las concesiones mineras obtenidas por particulares.*
- 10.- *Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.*
- 11.- *Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.*

Artículo 886.- *Son muebles:*

- 1.- *Los vehículos terrestres de cualquier clase.*
- 2.- *Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.*
- 3.- *Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.*
- 4.- *Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.*
- 5.- *Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.*
- 6.- *Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.*
- 7.- *Las rentas o pensiones de cualquier clase.*
- 8.- *Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.*
- 9.- *Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.*
- 10.- *Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.*

²⁶ **Artículo 2 de la Ley de Garantía Mobiliaria.-** *Términos empleados en esta Ley*

Para los efectos de esta Ley se entiende por:

(...)

4. *Bien mueble: cualquier bien mueble o conjunto de bienes muebles, de acuerdo a la enumeración que contiene el Código Civil y la presente Ley. Para efectos de esta Ley, 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.*

Artículo 4 de la Ley de Garantía Mobiliaria.- *Bienes muebles comprendidos en esta Ley*

La garantía mobiliaria a que se refiere la presente Ley puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria, sean presentes o futuros, corporales o incorporeales.

Pueden ser objeto de la garantía mobiliaria:

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

Con relación a la ajenidad, para la doctrina civil “es ajeno lo que pertenece a otro y obliga en principio a respetarlo, puede decirse que bien ajeno es el bien, tanto presente como futuro, que no forma parte del patrimonio de una persona”²⁷.

La doctrina penal entiende por bienes ajenos, “aquel bien mueble o inmueble que pertenece en su totalidad a una tercera persona, como aquel que sólo le pertenece en parte al enajenante, de forma que también puede ser agente del delito el copropietario (...)”²⁸.

La ajenidad implica la carencia de derecho por parte de quién no es

-
4. *Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo.*
 5. *Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles.*
 6. *El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras.*
 7. *Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza.*
 8. *Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles.*
 9. *Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares.*
 10. *Los créditos, con o sin garantía mobiliaria.*
 11. *Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques.*
 12. *Los bienes muebles futuros.*
 13. *Las pólizas de seguro.*
 14. *El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.*
 15. *Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario.*
 16. *Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades.*
 17. *Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado.*
 18. *Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo.*
 19. *Las naves y aeronaves.*
 20. *Los pontones, plataformas y edificios flotantes.*
 21. *Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.*
 22. *En general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito. Los bienes muebles inembargables, señalados en el artículo 648 del Código Procesal Civil, no están afectos a garantía mobiliaria.*
- No pueden afectarse en garantía mobiliaria los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.*
- Tampoco están afectos a garantía mobiliaria los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios, el Encaje Legal, el Fondo de Longevidad, el Fondo Complementario y los demás señalados en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 054-97-EF, TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.*
- ²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE Manuel, *El contrato en general*, Segunda Edición, Tomo II, Lima, Palestra, 2001, p. 130
- ²⁸ GALVEZ VILLEGAS Tomas Aladino y DELGADO TOVAR Walther, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Lima, Jurista Editores, 2012, p. 1051.

propietario, de realizar una disposición a nombre propio; no generando dicho acto los efectos reales propios de la transferencia de propiedad.

La calidad de libre está en relación a la litigiosidad, implica la ausencia de litigio en el bien; no obstante, más adelante en dicho artículo se utiliza el término libre los que se encuentra libre de gravamen o medida cautelar. Pero es la primera acepción la que será de mayor utilidad para los efectos de la tesis.

Con respecto al bien litigioso se entiende que son los bienes “sobre los cuales hay un proceso judicial para determinar el titular de su propiedad o posesión”²⁹, precisar que el proceso judicial no necesariamente debe tener carácter civil, pudiendo ser también de carácter penal en donde se discutan derechos en torno al bien, por ejemplo la ministración provisional en los procesos por el delito de usurpación, y como anota Tomas Gálvez Villegas³⁰: en los casos de acción de pérdida de dominio en virtud a lo previsto por el artículo 102° del Código Penal y La Ley N° 29212.

Explicado esto queda claro el escenario sobre el que se realiza el delito de estelionato en las modalidades que son materia de la presente investigación, agregando que lo que se transfieren son bienes muebles e inmuebles, entendiendo por bien a todo aquello que es capaz de satisfacer una necesidad humana y tenga significancia económica; y precisando que toda venta de un bien posee una naturaleza civil de la que no puede ser desprovista de forma alguna.

²⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, Op. Cit., p. 360.

³⁰ GALVEZ VILLEGAS Tomas, Op. Cit., p. 1047.

II.1.3.- La relación del estelionato con la defraudación

El estelionato, en la modalidad de venta de bienes ajenos y litigiosos específicamente, y la defraudación, tienen una relación importante, pues a mi criterio el primero es una especie del segundo que es el género. Como se señaló líneas arriba, el estelionato implica la existencia de un medio fraudulento, que es la característica principal de la defraudación; siendo los matices particulares los que en cada caso diferencian al estelionato de las demás especies de defraudación, como la estafa, la defraudación tributaria, el fraude procesal, fraude en la administración de persona jurídica, que a mi criterio son todas derivadas de la defraudación.

Nuestro legislador, por la forma de redacción de los tipos penales que atentan contra el patrimonio a través de medios fraudulentos, claramente nos ha incluido en el grupo en donde el estelionato es una especie de defraudación, y no una modalidad de estafa, pues en un análisis preliminar queda claro que sí el legislador consideraba al estelionato como una estafa modal (como propugna cierto sector de la doctrina) lo hubiese consignado desde un primer momento dentro del Código Penal como modalidades de estafa o estafas cualificadas, o si se olvidó lo hubiese actualizado aprovechando los cambios normativos realizados mediante la Ley N° 30076 en el año 2013 (Ley para Combatir la Inseguridad Ciudadana), o en la modificatoria del artículo 2° del reciente Decreto Legislativo N°1351 (Decreto Legislativo que modifica el Código Penal con el fin de fortalecer la Seguridad Ciudadana).

Esto nos da entrada a observar e interpretar a los tipos penales en función

a una sistemática distinta a los que le dan supremacía a la estafa sobre el estelionato, en un orden que a mi criterio es el correcto, pues el estelionato posee matices distintos a otros tipos de defraudaciones, no necesariamente en el ámbito de la penalidad sino en sus elementos y justificación. Por lo que paso a dar fundamento mi postura.

II.1.3.1.- ¿Qué es la defraudación?

El punto anterior nos lleva a realizar un breve análisis, respecto a la defraudación, que proviene del latín *defraudare*, que implica una violación a la confianza otorgada por un tercero³¹. Jelio Paredes Infanzón define a la defraudación como “cualquier fraude o engaño en las relaciones con otro”³²; respuesta no del todo satisfactoria pues pareciese que nos lleva a un círculo al utilizar el término fraude como característica básica³³; sin embargo el citado, precisando más este punto nos señala que la defraudación puede realizarse del abuso de la mala fe, no siendo un tipo delictivo sino una denominación genérica.

Bramont-Arias Torres en cita a Juan Bustos Ramírez, señala: “Con esta expresión se alude al ataque contra el patrimonio realizado, no por comportamientos o medios materiales, como, por ejemplo: la sustracción del bien o el empleo de violencia o amenaza, sino por medios

³¹ La real imposibilidad de tener una noción válida de fraude para todo el derecho la expone el profesor MOSSET ITURRASPE Jorge, *Contratos fraudulentos y simulados*, Tomo II , Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 11: “No hay una noción de fraude válida para todo el Derecho y para todas las situaciones jurídicas”.(...) “Es notable observar cómo se justifica, por la doctrina europea esa búsqueda de vaguedad de la noción; ese carácter de remedio apto para las más variadas circunstancias” (...).

³² PAREDES INFANZON Jelio, Op. Cit. p. 207.

³³ “Dante sitúa a los fraudulentos en los círculos octavo y noveno, los últimos, los más distantes al cielo, en los cuales se sufren los castigos más duros. El fraude, que es el producto del mal empleo de la inteligencia, es propio del hombre por su condición de ser racional y, por lo tanto más desagrada a Dios; pecado menos grave es la violencia, por qué el hombre la tiene en común con los animales” en FINZI Conrado, Op. cit. , p.23.

intelectuales. Se trata fundamentalmente de incriminar el uso del engaño o de otros procedimientos semejantes que implican la existencia de una determinada maquinación del sujeto activo en contra del patrimonio de otro³⁴.

Para fuente del anterior código penal, que no comparto pues crea una defraudación que prescinde de la forma fraudulenta, pero considero importante conocer: “La defraudación se basa en la confianza o buena fe que el defraudado tiene respecto del defraudador; no media artificio, ardid o maquinación (elementos de la estafa) que inducen a error; puede decirse que hay engaño, pero el engaño es de tal naturaleza que la víctima admite confiado en la persona con quien trata³⁵.”

Lo cierto es que a pesar que la defraudación relevante al interés de la presente investigación es la relacionada a la actividad criminal, no debemos de olvidar que la misma trasciende el ámbito punitivo y abarca el Derecho en su totalidad, siendo analizada y regulada por el Derecho Civil, Laboral, Tributario, Empresarial, Mercantil, entre otros. Quedando claro, independientemente del ámbito en que se aplique, que su aspecto fundamental implica en la corroboración de un medio engañoso (venderlo como propio o libre) a fin de atribuirse o mantener derechos, o en su caso desprenderse de obligaciones.

En dicho orden de ideas, teniendo claro que las acciones que se valgan de formas que induzcan o mantengan una falsa realidad a fin de beneficiarse o beneficiar a otro distintos a los engañados, son

³⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, Op. Cit., p. 344.

³⁵ TORRES MALPICA Octavio, *Código Penal*, Lima, Ediciones Jurídicas José Merino Reyna, 1965, p. 167.

defraudaciones, queda decir que tanto la estafa como el estelionato pertenecen a dicho rubro. Dicho esto, queda dilucidar si estas dos últimas figuras tienen una relación.

II.1.3.2. La diferencia del estelionato con el delito de estafa

Este punto, a pesar que mi investigación tiene un fin específico distinto, resulta probablemente importante en mi aporte académico, conforme me lo ha señalado un connotado y respetado penalista. Pues no es un camino pacífico³⁶, el afirmar que el estelionato es una modalidad de defraudación que no necesita de la estafa para su configuración y tiene diferencias esenciales que hacen que no sea una variante del tipo penal regulado en el artículo 196° del Código Penal. Recalcando que no es sede la presente investigación de justificar ampliamente lo señalado, al ser ese un proyecto

³⁶ Al respecto GALVEZ VILLEGAS Tomas, Op. Cit., p. 1017: "Debe criticarse que estas modalidades especiales de defraudación se encuentran conminadas penalmente con una sanción menor que la prevista para el delito de estafa (art. 196° C.P.) cuando no existe razón legal o político criminal para ello pues se tratan de modalidades de estafa que sólo se distinguen por las formas particulares que asume el fraude, en su mayoría se trata de tipos de estafa; por lo que la mayoría de estas formas de defraudación, salvo el abuso de firma, resultan ser subsidiarias del delito de estafa; por lo que, de no darse algunos de los requisitos del tipo la conducta del agente puede subsumirse en el artículo 196° del Código Penal. PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raúl, Op. Cit., p. 355: "Si uno sigue el patrón denominador que el legislador emplea, en cuanto a la construcción de conductas que se derivan de un tipo base, habría que llegar a la conclusión que los comportamientos que se describen como "otras defraudaciones", responden circunstancias agravantes del delito de estafa genérica, lo cual no dista de ser verdad, tomando en cuenta los elementos que conforman el desvalor de estos injustos". SALINAS SICCHA Ramiro, Op. Cit., p. 289: "El artículo 197 del Código Penal regula conductas especiales de estafa que merecen sanción menor a la prevista para aquellos que realizan alguna conducta del tipo básico, por lo que no pueden considerarse como circunstancias agravantes de estafa, sino minorantes. Hecho que no tiene explicación razonable en nuestro sistema jurídico penal, debido a que como veremos, el actuar del agente produce resultados mucho más graves a los supuestos subsumidos en el tipo básico, pues aparte de lesionar el patrimonio de la víctima se lesionan otros bienes jurídicos". BRAMONT ARIAS TORRES Luis Alberto, Op. Cit. p. 356.: "estamos frente a casos especiales de defraudación que el legislador ha considerado oportuno tipificar de manera expresa no son circunstancias agravantes del delito de estafa, conclusión que se deduce de la misma penalidad asignada a estos casos, la cual constituye una pena inferior a la prevista para el delito de estafa. Al configurarse como tipos autónomos de defraudación, distintos del delito de estafa, no es preciso que en su estructura típica aparezcan los elementos característicos de dicho ilícito penal". También el autor PEDREROS VEGA Donny, Op. Cit, p. 200: "No todos los presupuestos típicos de la Estafa genérica concurrirán necesariamente en la defraudación, pues su concurrencia dependerá del análisis de cada supuesto típico; sin embargo consideramos que para el caso del estelionato, previsto en al artículo 197° inc. 4) del CP, si deben concurrir inevitablemente los elementos objetivos de tipo genérico de la estafa".

distinto y muy ambicioso; más sí es posible dar esbozos y un marco inicial que me permitan preguntar e intentar responder: ¿si realmente el estelionato posee los mismos elementos que la estafa y si es así hasta qué punto?, ¿O es que la estafa y el estelionato comparten los mismos elementos de la defraudación? ¿por qué es el estelionato sancionado con menor pena cuando vendría a ser supuestamente una estafa con un plus? ¿O el estelionato posee de características propias que la hacen menos nociva? ¿será la única explicación la existencia de un error en nuestro legislador? ¿Cuáles son las diferencias entre la estafa y el estelionato?.

i) **En primer lugar**, considero a diferencia de muchos autores, que el estelionato no es una figura más o igual de grave que la estafa. Buscar la lógica en este aspecto no es tan difícil, pues el estelionato necesita en demasía de figuras de carácter extrapenal para su correcta interpretación, como lo es la compraventa y la transferencia de dominio, figuras perfectamente lícitas. Pero eso no queda allí (ya que la estafa comparte esa condición), el Código Penal cuando sanciona el estelionato no sólo está tipificando sobre un campo de figuras extrapenales lícitas generales, sino que aquí estamos frente a supuestos específicos lícitos, pues la prestación materia de obligación puede realizarse sobre bienes ajenos y/o litigiosos, conforme lo regula el Código Civil Peruano en sus artículos 1409, 1509, 1537 y ss.

Entonces, por un lado sanciono un delito de venta de bienes ajenos o litigiosos, y por otro lo regulo como contrato, dando al parecer un doble mensaje, digo al parecer por qué precisamente la menor

punición y primera diferencia con la estafa sirve para que el mensaje sea uno, solo sancionarlo en determinados supuestos.

Para entender este punto resulta necesario hacer precisiones a la luz de derecho civil³⁷. Aclarar que el artículo 1537° del Código Civil no regula la venta de bien ajeno sino el compromiso a obtener la propiedad de un tercero³⁸ la misma que debe hacerse de manera regular (bajo disposición del propietario) y donde la parte a la que se dará en propiedad el bien solo podrá rescindir el compromiso si no conocía previamente de la ajenidad del bien, más si la conocía el compromiso persiste conforme al plazo dado por las partes. Entonces; estamos frente a un supuesto civil en donde dos personas que conocen que el bien es ajeno: negocian; no existiendo delito.

Es bajo ese concepto, que se señala que la venta de bien ajeno propiamente, no está regulada como contrato, sino como promesa; con lo cual la venta continuaría siendo ilegal, por lo que mi posición, no tendría asidero.

Pero, el artículo 1409° de Código Civil³⁹ señala expresamente que puede ser materia de contrato los bienes ajenos y litigiosos:

³⁷ Un gran estudio sobre la compraventa de bien ajeno y que guarda relación con mi tesis pero desde un aspecto civil lo expone también en su trabajo de tesis NINAMANCCO CORDOVA Fort, “*La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien*” Tesis, para obtener el Título de Magister en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015, recurso de tesis que se encuentra disponible en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/4152/1/Ninamancco_cj.pdf

³⁸ **Artículo 1537 del Código Civil.-** *El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472.*

³⁹ Pongo el texto completo del artículo para fines de conocimiento:

Artículo 1409 del Código Civil.- *La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:*

Artículo 1409 del Código Civil.- *La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:*

2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa

Eso quiere decir que mi persona sí puede celebrar contratos con terceros (entre ellos la compraventa) sobre bienes ajenos o litigiosos sin ningún problema de validez del contrato por fin ilícito; es como que haya una norma civil que me permita negociar sobre cosas que nunca existirán, algo ilícito, o algo totalmente distinto a lo que he contratado, con lo cual la estafa se encontraría en una situación similar. Por eso señalo, que el estelionato se diferencia, al surgir como una sanción residual dentro una gama de supuestos muy similares lícitos, y que tiene como fundamento de punición el venderlo como propio lo que implica un fraude. Por lo que para los efectos en la tesis nos referimos al estelionato cuando mediante fraude o engaño se haga incurrir al comprador en error, y que se perjudique por una mala organización de su patrimonio, y no por la sola venta de bienes ajenos, siendo que el elemento medio fraudulento se encuentra en una sintonía distinta en el delito de estelionato, sintonía que debe estar acorde al ámbito de conductas en su mayoría lícitas a las que va dirigida

1.- *Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.*

2.- *Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa*

En conclusión para esta parte, queda claro que sí se ha regulado como contrato la venta de bien ajeno⁴⁰, donde la sociedad a través del derecho incentiva su utilización por ser conductas útiles para la economía (siendo que una mejor de función de los bienes es estar en manos de quién más los valora); por lo que de manera preliminar esbozo que una intervención penal sobre esta área lícita obviamente resultará absolutamente excepcional, no encontrando un fundamento de mayor necesidad de pena que la estafa en este punto.

- ii) **En segundo lugar**, que es algo que se deriva necesariamente del primer punto; la venta de bien ajeno no solo es un contrato lícito⁴¹ y válido, sino que posee sus propios remedios civiles. Como ya se ha dicho que en el caso el comprador desconozca de la ajenidad del bien posee la rescisión, o puede optar por la anulabilidad, supuestos que solo son amparables cuando no ha existido fraude de por medio, ya que en ese caso no encontraríamos ante el delito de estelionato.

⁴⁰ Conforme ha señalado la doctrina, la venta de bien ajeno, no es un contrato de transferencia real inmediata, en virtud a que el objeto se encuentra en propiedad de un tercero, sino de transferencia real mediata, en donde la propiedad le llegará al adquirente porque al vendedor está impedido por el momento de tener la propiedad; siendo su tratamiento legal análogo al de compromiso de venta de bien ajeno en los artículos 1537 y ss., para mayor detalle NINAMANCCO CORDOVA Fort, op. cit., p. 76.

⁴¹ La misma posición tiene la Corte Suprema en la Casación N° 3098-2011 Lima: “Que, en relación a la venta de bien ajeno conviene hacer presente que conforme ha sostenido esta Sala Suprema en reiteradas ocasiones en la denominada venta de bien ajeno deben distinguirse claramente dos situaciones específicas: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena lo que es lícito e importa la obligación del vendedor de procurar la transferencia del bien a favor del comprador como prescribe el artículo 1537 del Código Civil [3]concordante con el artículo 1409 inciso 2 del mencionado Código[4]; y, b) cuando se vende como propio lo que es ajeno en este último caso el acto no puede reputarse válido y eficaz puesto que nadie puede disponer sobre mayor derecho del que realmente tiene además porque la venta de bien ajeno está tipificada como delito perseguible de oficio en el artículo 197 inciso 4 del Código Penal por tanto en este último caso estamos ante un acto o negocio jurídico con causa ilícita por ser contrario a las normas que interesan al orden público”.

Artículo 1539.- *La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda.*

Sin embargo, la rescisión ataca a los efectos del contrato y no a la validez, con lo cual el contrato continúa siendo válido, por lo que podría constituirse una contradicción que tengamos un contrato válido y por otro lado una denuncia por el estelionato. Además el comprador tiene el saneamiento por evicción normado en el artículo 1491° del Código Civil

Artículo 1491.- *Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.*

- iii) **En tercer lugar**, está la forma fraudulenta del estelionato que difiere de la estafa. La sociedad busca proteger a la persona que interviene en dichos negocios, por lo que crea mecanismos jurídicos para que esta persona pueda informarse debidamente sobre los antecedentes de la propiedad, del registro de la empresa y la existencia de controversias judiciales; por lo cual la persona que va a comprar un inmueble, un automóvil, un camión o una

máquina para su empresa, para poner ejemplos⁴²; tiene toda una normativa regulada en el código civil⁴³ bajo presunciones *iure et de iure* y que son *ex ante* a cualquier negocio jurídico o contrato; por lo que quién emite una afirmación en el mercado ante otra, conoce sobre lo que están negociando, lo cual afecta a la forma fraudulenta típica del delito de estelionato emitida por el agente. A diferencia del que lo estafan con la calidad de un bien en donde deberá de tener conocimientos e informaciones no otorgados por el derecho por ser especiales; pues por poner un caso, el que estafa presentando documentos falsos para obtener dinero en donde el que otorgó su dinero deberá ser un perito documental dinámico para darse cuenta de la probabilidad de una estafa (calidad que el derecho no otorga). No estamos aquí haciendo depender la cualidad del engaño del accionar de la víctima o su posibilidad de caer en error, lo cual sería equivocado, sino que el engaño típico emitido previamente ya tiene una normativa que lo delimita, no solo de naturaleza civil (como la venta de bien ajeno), sino de carácter registral; eso indudablemente crean un engaño o forma fraudulenta distinta lo que influirá también en el error al volverlo marginal, al ser la intensidad del medio fraudulento muy baja⁴⁴ a fin de cautelar a

⁴² Véase actualmente la publicidad existente en alertar a los propietarios sobre actos de terceros.

⁴³ **Artículo 2012.-** *Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.*

⁴⁴ El engaño típico surge del incumplimiento de los deberes de información que exige el mercado en los que incurre en el agente, sobre conocimientos que tiene que poner en manos del comprador sobre aspectos propios de lo que está contratando, y que objetivamente resulten no accesibles al comprador (así este los conozca). Cuando la normativa proporciona información *ex ante*, trastoca los deberes de información, y hay que tener en consideración que el estelionato sanciona precisamente el tomar como propio un bien ajeno, y esa es la información que la normativa otorga y presume conocible por el comprador por el solo hecho de estar en el registro, con lo cual se afirma que es un medio fraudulento de intensidad baja. Para mayor ahondamiento respecto al engaño típico PASTOR MUÑOZ, Nuria *La determinación del engaño*

víctimas débiles. No obstante, es un interés digno de tutela penal pues en un juicio de ponderación de intereses, es necesaria una sanción punitiva gradual al hecho (mínima) en virtud a que se ha realizado un medio fraudulento suficiente para afectar el patrimonio, más aún si tenemos en consideración la realidad del país en donde no todos pueden acceder todavía a dicha información, a pesar que en otros países en donde existe información registral señalan que no existe deber de veracidad por parte del vendedor el que incluso puede mentir, ya que la información verdadera está a disposición de los ciudadanos⁴⁵. Pero en ese mismo sentido, no se puede sancionar de manera más severa que la estafa a acciones en los que la propia víctima ha tenido la oportunidad y los mecanismos para evitarlas⁴⁶.

- iv) **En cuarto lugar**, aunque es más una respuesta preventiva, se me podrá encarar que mi diferenciación solo es válida para los bienes inmuebles y vehículos, o bienes pasibles de registro, pero no para los bienes muebles o que carecen de registro, ya que allí no hay

típico en el delito de estafa, Madrid-Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, autora para la cual no existe delito de estafa cuando se trata de bienes registrables al no existir un engaño típico, pues no hay modo de engañar a otra persona sobre la ajenidad de un bien, sobre información que obra en el registro público.

⁴⁵ PASTOR MUÑOZ Nuria, op. cit., p. 289.

⁴⁶ Sobre dicho punto: “Aunque tal asimetría en el tratamiento punitivo ha solido recibir críticas por parte de un sector de la doctrina, tradicionalmente se ha intentado explicar con base en razones de intervención subsidiaria del Derecho Penal, teniendo en cuenta el tratamiento que reciben los inmuebles en el derecho civil” (...), “Efectivamente, esta podía ser una buena explicación de la relajación de las previsiones penales con respecto a los bienes y derechos registrados y singularmente para aquellos cuya constitución hace imprescindible la inscripción en el Registro de Propiedad. Sin embargo la tutela priva no permitía que se confiara también en una protección suficiente de las fincas no registradas y los negocios jurídicos privados, que escapaban a la seguridad que se podía atribuir generalmente a los negocios públicos y registrados”, conforme lo señala DOVAL PAIS Antonio, *El alcance de los delitos de estafa inmobiliaria en la jurisprudencia, en Estafas y Falsedades* (Análisis Jurisprudencial) a cargo de Javier Boix Reig, Primera edición, Madrid, IUSTEL, 2005, p. 160-161. Al referirse a la críticas, se tiene a CHOCLAN MONTALVO José Antonio *El delito de Estafa*, Barcelona, Bosch, 2000, P. 263-265.

una vasta información registral; lo cual puede ser cierto pero lo que también es cierto es que sí existe un deber legal de informar e informarse. **Sobre los bienes muebles**, hay que ir por partes ya que la adquisición de bienes muebles producto de delito (hurto, robo, abigeato, etc.) es también un delito denominado receptación⁴⁷; con lo cual surge una necesidad del mercado formal de identificar la proveniencia lícita de los bienes previamente a la contratación que de conformidad a la titularidad lícita (tampoco se exige un historial o tracto sucesivo); se dirá que en la práctica previamente nadie demuestra su titularidad por ser muy engorroso, pero debe de hacerse, caso contrario el mercado estaría promoviendo un delito. En ese sentido, el medio fraudulento también contiene dicha información previa, en donde a fin de no crear informalidad debo como vendedor tener documentación que acredite mis derechos sobre el bien, y ponerlo a disposición del comprador en caso me sea solicitada, pero siempre tenerla conmigo. Se replicará que hay una presunción que el poseedor es dueño de la cosa, sin embargo, delitos como la receptación y el propio lavado de activos han roto dicho paradigma en pedazos. Asimismo, se dirá ¿qué solución le doy al mercado informal?, obvio que en el mercado informal se venden y compran cosas ajenas sin el menor escrúpulo, se venden productos piratas y se evaden impuestos; su solución es formalizarse no darles respuestas

⁴⁷ **Artículo 194. Receptación.**- *El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa."*

jurídicas que sirvan como incentivo para quedarse allí, o ¿es permisible que celulares, televisores, videoconsolas, se traspasen como caramelos, y sin el mínimo comprobante que acredite derechos por parte del vendedor?. Si quien critique mi postura en este punto considera que sí es permisible, no encuentro argumento válido entonces. Con los **bienes inmuebles que no han sido registrados**, bienes que evidentemente están en proceso de extinción⁴⁸, sucede algo parecido que con los bienes muebles pero desde una perspectiva distinta. Si bien es cierto, el Código Civil no obliga a la inscripción, existe actualmente una política importante por parte del Estado, que incluye los medios escritos, televisivos, de radio e internet en donde no solo se informa de medios de protección al propietario exhortándole que inscriba su bien, sino se previene al comprador que tenga cuidado en la venta de bienes no inscritos; los medios de fraude se ven influenciados quíerese o no por esa política general, con lo cual el que va a vender un inmueble sin ser el propietario deberá recurrir a un medio fraudulento observado, informado, y advertido no por la víctima sino ya por los medios, lo que hace que la tipicidad de dicho engaño sea también residual.

- v) **En quinto lugar** En el estelionato, la potencialidad de conocer del instrumento - víctima es mayor que la existente en el delito de estafa, por eso en el delito de estafa el sujeto activo tiene un mayor control de la información, que hace a su conducta más reprochable,

⁴⁸ La dación del Decreto Legislativo N° 1209, que establece el procedimiento a seguir para la inmatriculación de predios de propiedad privada de particulares en el Registro de Predios, tiene tal misión.

pues este conoce perfectamente dicha disparidad y el mayor estado de ignorancia de la víctima lo que correctamente aumenta el nivel de reproche.

- vi) **En sexto lugar**, habría que observar la configuración típica de cada uno de estos de delitos, si es cierto que el estelionato necesita para configurarse cada uno de los elementos de la estafa: llámese forma fraudulenta, error, disposición del patrimonio y perjuicio patrimonial. Sobre este punto que desarrollaré más adelante dentro de los elementos del estelionato, no se encontrarían todos los elementos de la estafa en el estelionato, o al menos no como los conocemos. Sin perjuicio de lo dicho, me permito adelantar que la idea de diferencia en los elementos no necesariamente debe basarse en un análisis cuantitativo de estos, sino también en uno de carácter cualitativo, de cómo se comportan esos elementos frente a un atentado al bien jurídico patrimonial frente un fraude que no es igual en todo caso, que es lo que yo quiero explicar. O sea así exista la misma cantidad de elementos no implica que fenomenológicamente se expresen de la misma manera, sino cada una dentro de sus cualidades distintas. Y dicha igualdad cuantitativa tampoco transforma a uno la especie del otro, confusión que puede surgir en razón a que ambos provienen de una rama común que es la defraudación. Por ejemplo la delimitación del medio fraudulento típico puede ser más exquisito en un caso que en otro, lo que evidentemente va a influir en el error que se puede ver rodeado de circunstancias distintas, al igual que

la disposición y el perjuicio patrimonial. Las diferencias cualitativas en los elementos sí resultan importantes para advertir que no nos encontramos frente a un mismo delito.

- vii) Es importante aclarar, que lo que señale la doctrina foránea respecto al tema es básicamente referencial si tenemos en claro que nuestro tipo penal de estelionato es *sui generis* por lo que necesita un estudio y desarrollo propio en función a nuestra realidad.

Concluyo esta parte, exponiendo al estelionato como un delito que linda con figuras lícitas y en donde el engaño es casi residual, lo cual evidentemente gradúa cualitativamente el reproche del injusto penal; recalcando con respecto a este tema, que no es mi intención acabar la discusión con mi postura, y que merecería una discusión amplia y necesaria por parte de la doctrina. No obstante lo expuesto, mi persona desarrollará el tema centrándome básicamente en el estelionato, tratando a su específico medio fraudulento (engaño u otro) y demás características con la primacía y relevancia que se merece como injusto merecedor de pena.

II.1.4.- ¿Cuál es el medio fraudulento en el delito de estelionato?

De manera preliminar, se ha señalado que nuestro tipo penal no exigiría ni el medio fraudulento ni el error, pues del texto no se aprecia su exigencia; pero tal interpretación ampliaría enormemente los supuestos en donde solo bastaría el perjuicio en una venta o un gravamen para

hablar de estelionato. Pero tal postura no es aceptable pues a mi entender existen dos límites: el primero surge de la ubicación sistemática del estelionato en el Código Penal como delito defraudatorio (que requiere un fraude); y el segundo del texto plasmado en el tipo penal en donde se sanciona una conducta que cree actos jurídicos donde se venda, grave, o arriende “Como B los que son A”, lo que implica también una conducta engañosa.

El medio fraudulento, que es el vehículo que toma el sujeto activo para la vulneración del bien jurídico de la víctima mediante el error, constituye un elemento intrínseco de las defraudaciones (estafa, estelionato, fraude procesal, administración fraudulenta, defraudación tributaria, entre otros); por lo cual su ausencia elimina al fraude.

Bajo esa lógica, para el tema de tesis resulta relevante preguntarse: ¿cuál es el medio fraudulento del estelionato y en qué se diferencia del medio fraudulento de la estafa? Al hacerse la diferenciación con la estafa en el punto anterior, quedó claro de manera preliminar el sentido de dirección que debe tomar el medio fraudulento del estelionato, hacia donde apunta el engaño y que es lo que le otorga relevancia para sacarlo del ámbito contractual y llevarlo al derecho penal. Pero también quedó claro la cantidad de mecanismos que el Estado y el Derecho han creado mediante normas, instituciones, entre otros, que innegablemente marcan el medio fraudulento, ya que le dejan un espacio muy pequeño.

En tal sentido, del Estelionato, su ámbito de aplicación radica en engaños en donde la estafa como delito no tiene forma de ingresar de acuerdo a la estructura de nuestro tipo penal, pues las exigencias en cuanto al engaño

típico del estelionato están delimitadas por normas de protección y contra el engaño, sistemas registrales prevenidos y una constante publicidad, lo que no la harían pasible de sanción por el delito de Estafa, delito que para ser sancionado no debería admitir de ningún modo como engaño un medio fraudulento bajo las circunstancias expuestas. No es dable que un magistrado, tenga una idea de estafa cuyo idoneidad del medio fraudulento sea el que sí acepta el estelionato, (no solamente por la pena menor) sino que también porqué doctrinariamente las cualidades de un medio fraudulento deben ser adecuadas, bien proporcionadas, suficientes, con capacidad de inducir a error, ser convincentes y persuasivas.

Teniendo ya enmarcado el engaño típico (medio fraudulento) distinto al de la estafa, queda ver a donde apunta cuando aparece, como se expresa. ¿Si apunta a centrarnos en alguien que no participa en la relación negocial, alguien que no le otorga significancia al engaño?, es decir cuando nos salimos del negocio en donde se va a emitir la declaración fraudulenta -que es lo que ocurre cuando se incluye al propietario como sujeto pasivo del delito, procesando y/o sancionando a los contratantes de la venta de un inmueble de supuesta propiedad o propiedad de un tercero a través de un contrato celebrado entre otras dos personas y calificarlo de medio fraudulento-. Pero aquí nos damos cuenta que ese supuesto medio fraudulento no crear error en la víctima “el contratante”, es decir no solo no califica como un “engaño bastante”⁴⁹ (al no existir engaño en la relación negocial) sino que el mismo siquiera produciría

⁴⁹ PUMPIDO FERREIRO Cándido Conde, *Estafas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 45: Entendido como “suficiente para provocar error en la persona al que va destinada”.

error. Pero ese forzamiento en la lógica tampoco crea error en el sujeto pasivo creado artificialmente: el propietario, ya que él no discute su calidad, salvo que se crea en el hecho que alguien deje de considerarse propietario por conocer de un contrato sobre bien ajeno.

¿O es que apunta al engaño y error con significancia a una de las partes de la relación negocial?. Para eso es necesario hacer un desarrollo:

Como ya se señaló líneas arriba la relación negocial entre dos personas sobre un bien ajeno o litigioso no es ilícita ni un fraude per se, tal situación es lícita y permitida conforme lo señala el artículo 1409° del Código Civil,

Artículo 1409.- *La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:*

(...) 2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

El código civil, regula en otros artículos sobre el cumplimiento de estos contratos, precisamente del 1537° al 1540°⁵⁰. En ese orden de ideas, para hablar de estelionato en la modalidad de venta de bien ajeno o litigioso como libre se necesita que el contrato celebrado posea algo distinto a lo que señala el Código Civil como lícito⁵¹, un elemento que pueda

⁵⁰ Curiosamente el artículo 1478° del Código Civil Italiano, regula un supuesto curioso, teniendo en consideración lo expuesto por ilícito en las resoluciones judiciales expuestas: “Si al momento del contrato la cosa vendida no era propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar la adquisición al comprador”.

⁵¹Al respecto: BARCHI VELA CHAGA Luciano, *Algunas consideraciones sobre la venta de bien ajeno a partir de la Jurisprudencia*, http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2013/Articulos_estudiantiles/06-2011_Algunas_consideraciones_sobre_la_compraventa.pdf “en nuestra opinión en la compraventa de bien ajeno el vendedor se obliga a procurar la adquisición de la propiedad a la contraparte; en otras palabras, se obliga a procurar que el comprador adquiera la propiedad. Se trata de una obligación de resultado: el interés del comprador se satisface en la medida que adquiera la propiedad, si ello no ocurre se producirá una lesión del interés del comprador”. Véase también TANTALEAN ODAR Reynaldo, *Contratación sobre bienes ajenos, afectados, embargados o litigiosos: criterios para diferenciarla del estelionato*, Actualidad Jurídica, N° 177, Lima, 2008, p. 62. Se hace la pregunta: ¿Cómo es posible que por un lado el Código Civil

transformar a ese contrato en un acto penalmente sancionable.

Por lo que solo se dará estelionato cuando se engañe a la persona para hacerla caer en error sobre la naturaleza de bien propio o bien libre para obtener lo que el comprador otorgará por éste si fuera como se le presenta, solo así el medio fraudulento causará error y se respetará la lógica de las defraudaciones a fin que escape de la licitud civil. No habiendo delito si el comprador conoce de la calidad del bien, si la persona presume de la calidad, o si la persona desconoce la calidad pero no por medio de un engaño del vendedor.

Recalco que lo que convierte a la venta de bien ajeno y litigioso de una situación regulada civilmente a una situación patológica es la forma fraudulenta con que la parte oferente informe al comprador; si no hay fraude entre esas partes no podemos referirnos al delito de estelionato, pues el contacto negociar es lícito civilmente como se aprecia, entonces la doctrina es unánime al señalar al medio fraudulento como elemento esencial del estelionato de venta de bienes ajenos como propios⁵².

Cabe la discusión en si la ocultación o el silencio son también variantes

permite en su artículo 1409 numeral 2, lo que al artículo 197 numeral 4 del Código Penal reprime?. ZUÑIGA PALOMINO Mario, *El comprador en la venta de bien ajeno: ¿dueño de nada!*, en *Ius Et Veritas* 25, Año 13, Lima, 2002. Postura interesante la de VILCHEZ GONZALES Rosa, *Implicancias de Venta de bien ajeno*, *Dialogo con la Jurisprudencia*, año 3, n° 07, 1997, p. 87 donde señala: “sea civil o comercial, la compraventa de cosa ajena no puede producir efecto alguna con relación al verdadero propietario de la cosa. Para este el contrato es res inter alios acta, sin su voluntad, por un contrato en el cual no ha sido parte. Respecto al verdadero propietario, la venta de la cosa que le pertenece es nula, si él no ratifica la venta puede recuperar la cosa de su propiedad, si fuese entregada al comprador, aunque este sea de buena fe mediante una acción reivindicatoria.

⁵² ROY FREYRE Luis, op. cit., p. 204: El engaño consiste en que el agente hace incurrir en error a la víctima, o la mantiene en error respecto a una supuesta calidad de propietario con derecho a disponer íntegramente del bien. SALINAS SICCHA Ramiro, op. cit. p. 303: Aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que éste, en la creencia que está comprando a su verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. CREUS Carlos, op. cit. p. 545: Como todo fraude defraudatorio, el que nos ocupa tiene que estar dirigido a inducir en error al sujeto pasivo sobre la condición del bien respecto al cual se contrata.

del medio fraudulento, o la forma fraudulenta se da únicamente de manera comisiva, discusión que da pie a la denominada estafa omisiva. Frente a tal punto hay que diferenciar la omisión de los actos concluyentes (un silencio que de acuerdo a las circunstancias cree una situación errónea) los que deben ser tratados como comisivos, la omisión a la que se refiere la denominada estafa omisiva es la no acción de una conducta que puede sacar a la persona de un error no causado, más no se hace para obtener un beneficio patrimonial. Sobre este punto, se ha renegado de esta “modalidad de estafa” pues el mismo no causaría ningún estado psicológico en la víctima y estructuralmente tendría problemas pues si el engaño es posterior al error, no hay estafa. Esta situación ha pretendido salvarse mediante una posición de garante que fundamente la estafa omisiva⁵³, es decir que siempre que exista un deber de garante podremos sancionar, el nuevo problema surge en determinar en qué casos estamos frente a un deber y en qué casos no. A tal interrogante han surgido posturas de carácter funcionalistas y que entienden el mercado como un ámbito predeterminado por deberes de veracidad previos sin el cual no puede funcionar; y esos deberes no solo se encuentran en la omisión sino en la propia comisión por lo cual los agentes económicos tienen una posición especial con la información relevante que los obliga a dotar a otros de ésta siendo irrelevante la acción u omisión⁵⁴.

Dicho medio fraudulento no aparece en las resoluciones mencionadas en el capítulo 1, se habla de fraudulento en relación a los contratos celebrados sobre bienes ajenos (lo cual es totalmente lícito y regulado por

⁵³ GALVEZ VILLEGAS Tomas y DELGADO TOVAR Walther, op. cit., 986

⁵⁴ PASTOR MUÑOZ Nuria, op. cit., 218-223.

el derecho civil, por lo que no es posible equiparlo con un medio fraudulento) sin señalar si fue dirigido, como formó parte e hizo incurrir en error al propietario del bien, perdiéndose de vista el verdadero el medio fraudulento (la surgida del fraude hacia el comprador); situación insoslayable que debe de ser rebatida si se tiene una visión distinta al analizar la realidad judicial sobre el estelionato en la venta de bienes ajenos o litigiosos como libres.

En conclusión, la realidad jurídica actual, parece ignorar que para la configuración del tipo penal necesita un sujeto pasivo de la acción (contra quién se realiza la disposición patrimonial) y un medio fraudulento (el que al vulnerar el riesgo permitido crea un perjuicio patrimonial). Se debe sancionar al que vende, más no al que compra, obviamente por que el comprador es el sujeto pasivo de la acción, es contra quién se dirige el medio fraudulento pudiendo ser o no sujeto pasivo del delito dependiendo a quién pertenecía el dinero o los bienes entregados al astuto vendedor. Ignorar este paso, tan importante y que será desarrollado a lo largo de la presente tesis, es lo que ha originado un perjuicio quizás más grande de lo imaginable al ser los jueces los principales autores, constituyéndose en una herramienta feroz contra el tráfico jurídico, cortesía de personas y letrados que saben aprovecharse muy bien de esta errónea interpretación.

II.1.4.1.- Las cualidades del medio fraudulento a fin de merecer el injusto penal en el delito de estelionato.

La característica más importante del medio fraudulento del delito de estelionato, versa en que el engaño sobre la procedencia del bien, es el

que lleva a celebrar la compra de un bien cuya litigiosidad o ajenidad se desconoce; engaño que va dirigido a la contraparte comercial en este caso al comprador, y que perjudica su patrimonio al ser supuestamente transferido. Aquí el sujeto pasivo de la acción es a la vez instrumento para la realización del tipo penal⁵⁵, llevándole a realizar una organización perjudicial de su patrimonio en virtud a la vulneración de deberes de información que exige el propio mercado

No es amparable entonces, que la víctima de un delito que necesita del engaño sea una persona que no interviene en la relación comercial, y por lo tanto no tiene la posibilidad de caer en error (como en el caso del propietario del bien ajeno, o litigante en el bien litigioso). A menos que se proclame que el propietario del bien sobre el que negocian terceros, ha interiorizado en virtud al contrato fraudulento celebrado que el bien ya ha dejado de pertenecerle; cuestión que busca aclarar y desarrollar la presente tesis.

Las cualidades del medio fraudulento en el delito de estelionato, no deben limitarse a la capacidad de inducir o mantener en error al comprador de un bien mueble o inmueble, como si bastase un error cualquiera. Debe agregarse que el medio de fraude debe ser suficiente para mantener objetivamente en error al ciudadano promedio, y tener como finalidad estar dirigido al contexto de las relaciones comerciales de hacer creer a este agente económico que el bien materia de venta pertenece a quién

⁵⁵ Al respecto KINDHAUSER Urs, *La estafa como autoría mediata tipificada*, Traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; sin embargo, como bien precisa PASTOR MUÑOZ a lo largo del citado libro “la determinación del engaño típico en el delito de estafa”, lo importante del aporte del profesor alemán, es el claro y preciso entendimiento de la estructura de la estafa, más que en discutir si la estafa es o no una autoría mediata calificada.

negocia o representa, y que el precio se le está pagando a la persona que realmente tiene los derechos sobre el bien; o en su caso que estoy adquiriendo un bien cuyo reclamo está totalmente fuera de los tribunales penales. Dicha postura es perfectamente coincidente, con tesis cercanas al concepto funcional- personal del patrimonio en donde el engaño se vuelve típico en función a las exigencias normativas del mercado para con el agente en cuanto a la información, y la inaccesibilidad cognitiva (sea formal o normativa) de acuerdo al mercado por parte de la víctima. Exigencia que solo puede versar en subjetividades cuando estas son las causas del negocio, dejando de lado supersticiones (como productos milagrosos o brujería), creencias o actos ilegales (sicariato, venta de droga, etc.) que no forman parte del mercado formal.

Finalmente, concluir lo relevante de apreciar las cualidades de ese medio fraudulento específico, pues si yo vendo o arriendo un bien engañando a la contraparte sobre características distintas a la ajenidad, litigiosidad, medida cautelar o gravamen; por ejemplo: la inexistencia de acabados en un departamento; no estaremos frente a un medio fraudulento relevante para el delito de estelionato.

II.1.5.- El Error

Por error ha de entenderse al falso conocimiento de algo y la opinión o el juicio contrario a la verdad⁵⁶. Es un estado psicológico de la víctima, una representación inexacta de la realidad⁵⁷. El error es un vicio del

⁵⁶DAMIANOVICH DE CERREDO Laura, Op. Cit, p. 249.

⁵⁷ CHOCLAN MONTALVO José Antonio, op. cit., p. 151.

consentimiento, por lo que sólo puede tener lugar en personas capaces de consentir, “el que no es capaz de conocer, no es capaz de error”⁵⁸.

La representación inexacta de la realidad del delito de estelionato en la parte que nos ocupa, es la que el medio fraudulento crea o mantiene con respecto al comprador, y lo hace asumir que está adquiriendo un bien que no es materia de litigio, o un bien que es propiedad del vendedor o su representado. Si el sujeto a pesar de la existencia de un medio fraudulento para ocultarle las características del bien, conoce que el bien es ajeno y aun así lo compra, no estamos frente al delito de estelionato, sino frente a un contrato de bien ajeno regulado por el código civil.

Como elemento del estelionato, el error también posee una peculiaridad derivada de la marginalidad del medio engañoso (error distinto al de la estafa), y es que en este delito los deberes de auto protección por parte de la víctima deben ser exigidos con mayor rigurosidad, a fin que como se señaló líneas arriba, la acción penal flexibilizada de estos casos cumpla cuando menos en ser exigente con los supuestos sobre los que se va a flexibilizarse. No pudiendo exigirse el mismo nivel de error a una persona que lo engaña con la compra de una computadora importada o con dinero, que a quién teniendo toda la información normativa, registral y jurídica, impuesta por el propio Estado, decide aun así decide a hacer la compra. Reiteramos en este punto por ser sede específica, que el propietario del bien sobre los que dos personan negocian de manera ilícita, no puede remitirse al estelionato pues este propietario no cae en momento alguno en error, ya que tiene más que clara la realidad sobre su derecho de

⁵⁸ CHOCLAN MONTALVO José Antonio, Op. Cit., p. 152.

propiedad; y si el error cayera sobre el registrador, estaríamos en el delito de inducción a error a funcionario público y falsificación de documentos. Finalmente precisar, conforme al bien jurídico patrimonio, al engaño y al error, todos ellos ya abordados; que el patrimonio vulnerado o puesto en riesgo que protege el estelionato, no es el que surge espontáneamente de un perjuicio producto de un acto jurídico sino el que se vulnera mediante una forma fraudulenta en donde yo aparento no cualquier realidad, sino la realidad sobre el estado o la titularidad de un bien haciendo que la contraparte negocial se perjudique. Es el patrimonio del comprador el que protejo, sobre el que sienta sus bases el estelionato y por el que exijo el error posterior al engaño pasar como mío lo que no es. Si fuera solo la negociación de dos partes que causan perjuicio patrimonial en un tercero, eso es algo que en nuestra legislación ya no se encuentra tipificado (pasar del engaño al perjuicio de un salto, o sea solo dos elementos), por lo que si se quiere tomar al estelionato para tal proyecto, la respuesta es negativa por que está pensado como un delito de elementos secuenciales. El propietario no cae en error con la negociación de dos personas sobre su bien, y por tanto de la disposición patrimonial producto del estado psicológico expuesto, el hecho que ellos dos formalicen el documento ante registros públicos u otra autoridad para apropiarse de un bien es una figura penal también distinta (delitos contra la fe pública) pues ante esa autoridad no se está realizando la compraventa.

II.1.6.- ¿Es necesaria la disposición patrimonial y el perjuicio en delito de estelionato?

Bajo la teoría económica- jurídica del concepto de patrimonio⁵⁹, los elementos clásicos de la estafa son el i) engaño u otra forma fraudulenta, ii) error, iii) disposición patrimonial y iv) perjuicio patrimonial. Considero que el concepto de patrimonio ha sufrido una evolución importante, y ha pasado de ser ese cúmulo de bienes que pueden incrementarse o disminuir, a un concepto independiente y que toma en consideración ya no a la cosa o a los bienes, sino a la persona que ejerce un dominio sobre ese patrimonio y posee expectativas sobre éste, cosa que debe ser tomada en cuenta para analizar los elementos del estelionato⁶⁰.

Esto es una introducción a la teoría personal del patrimonio, que considera a éste como una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material y está constituida por relaciones de dominio jurídicamente reconocidas entre la persona y aquellos bienes patrimoniales que puedan ser objeto de negocios jurídicos⁶¹. Esta concepción que implica ver al patrimonio como fuente de libertad, considera que con la afectación a la libertad patrimonial, a esa capacidad de organizar de los bienes de manera autónoma, ya constituye una vulneración al patrimonio digna de tutela penal.

Esta explicación es importante porque el entender al patrimonio como una fuente de libertad en el mundo económico, implica cambiar el esquema clásico, a fin que se entienda que el hecho de vender un bien ajeno engañando a un tercero ya causa una intromisión a su patrimonio al

⁵⁹ Que surge como reacción al concepto económico radical de patrimonio en donde ya se ignoraba cualquier juicio del derecho en la valoración del bien.

⁶⁰ A respecto PASTOR MUÑOZ, op. cit, p. 54, GALLEGOSOLER José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 177.

⁶¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria op. cit., p. 45.

organizarse de manera incorrecta a la función asignada por la víctima, al constituirse una disposición o asignación patrimonial incorrecta dentro de la potencialidad económica. En concreto, este acto de disposición que es libre (en su libertad de formación de libertad) se ve afectado por el error (lo que lo hace libre en apariencia), lo que causaría un perjuicio si esta merma la finalidad que o la función a la que ésta le asignó al bien sin una prestación equivalente en los fines personales⁶² por tomarse una decisión bajo un esquema de la realidad basada en información incorrecta⁶³.

Como se habrá podido evidenciar, para la teoría funcional, el perjuicio no será un análisis patrimonial de antes y después, sino que atiende a “la disminución del potencial patrimonial global del titular de dicho patrimonio, ligada a la variación o cambio de sus componentes individuales, puesto que habrá lesión al patrimonio cuando disminuya el poder de dominio sobre unos bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades de su titular, sin una contraprestación equivalente valorada en función de los fines que pretende satisfacer su titular”⁶⁴.

⁶² GALLEGO SOLER José Ignacio, op. cit., p. 210.

⁶³ Las críticas al concepto funcional personal han apuntado al perjuicio patrimonial y a como supondría un factor impredecible ya que se hace depender de la víctima la existencia de perjuicio, más que en criterios objetivos, mayor detalle en GALLEGO SOLER José Ignacio, op. cit., p. 219; no obstante, el autor cita la respuesta de Harro OTTO a esas críticas quien pretendió colocar parámetros objetivos como la frustración del fin económico pretendido y la función patrimonial que no se corresponden con la voluntad del titular patrimonial. Pero sin duda la crítica más dura que involucró al perjuicio fue dada por Tiedemann quien señalaba que existían problemas para configurar el dolo típico ya que si pretendía configurarse el núcleo del injusto a partir de la frustración de finalidades subjetivas, el desconocimiento de las mismas excluía el dolo. Al respecto Gallego Soler señala que no en todos los delitos el agente deben alcanzar la concreta configuración jurídica; por ejemplo en los delitos contra la administración pública (al tener bienes jurídicos normativos o institucionales, para diferenciarlos de la vida, el cuerpo y la salud), no se puede dejar de sancionar por que el agente no conozca a detalle cual es el normal funcionamiento de la administración, pretenderlo supone limitar la operatividad de los delitos dolosos. Por lo que, basta el conocimiento que tenga el autor en la esfera del profano de que se están realizando los elementos que objetivamente han sido seleccionados por el legislador; y estamos ante una concreción típica del patrimonio con dolo cuando se comprenden elementos objetivos como el carácter de mueble e inmueble, la alienidad o ajena pertenencia, y las concretas peculiaridades de la conducta típica en cuestión: para mayor detalle GALLEGO SOLER José Ignacio, op. cit., p. 218-228.

⁶⁴ GALLEGO SOLER José Ignacio, op.cit., p. 210.

Cuando se señalaron las diferencias entre la estafa y el estelionato se dejó para otra parte lo relativo a los elementos de la estafa que está en el estelionato, si es correcto o no afirmar que contienen los mismos elementos, recalcando que analizar esa diferenciación merecería por sí solo un trabajo de tesis, siendo mi contribución en razón a que en el camino de mi tesis me encontré con este “gigante” si lo puedo denominar de algún modo; por lo que cabe la interrogante si en el tipo penal de estelionato requiere del disposición y del perjuicio.

De una lectura del artículo 197° numeral 4 de nuestro Código Penal, en su texto al parecer no exigiría la disposición y el perjuicio patrimonial para su configuración, pues no lo exige; apreciándose únicamente el medio fraudulento y el error: *Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.* Con lo cual el estelionato sería una especie de tentativa de estafa punible; en donde sanciono a alguien por el solo hecho de no cumplir con los deberes de información que el mercado exige y hacer incurrir en error a un comprador (recordando que a pesar que considero que el medio fraudulento y el error aparecen tanto en la estafa como en el estelionato lo hacen de manera diferente); sin importar si este dispuso sus bienes o si se perjudicó.

En lo particular, me queda claro que la disposición patrimonial se requiere tanto en la estafa como en el estelionato, al existir en ambos casos un desorden en la organización de bienes de la víctima producto del error incurrido por engaño del vendedor. Tanto en el estelionato como en la estafa la disposición patrimonial se encuentra presente; se me podrá

achacar que la teoría personal no permite diferenciar al patrimonio de la libertad de disponer, no obstante, como desarrollaré más adelante al ser el bien jurídico cautelado por el estelionato el patrimonio (entendido como fuente de libertad de la persona) implica también una protección a la libertad de disponer; eso quiere decir que al haber comprado un bien ajeno bajo el engaño que era de quién se lo vendía, esa persona ha organizado su patrimonio de manera distinta con lo cual ya se afectó la disposición patrimonial. En ese orden de ideas, el medio fraudulento y el error son elementos presentes en la estafa y el estelionato pero que se expresan de manera distinta, allí recae su diferenciación⁶⁵. No obstante, la disposición patrimonial sí se presenta de manera similar en los delitos mencionados.

Con respecto al perjuicio patrimonial, la cuestión es más complicada ya que el tipo penal 197° numeral 4 no exigiría un perjuicio, por más que uno revise el tipo no es posible hallarlo. Y eso pasa por mantenernos en el concepto de perjuicio propio de la estafa que realiza una comparación cuantitativa en el tiempo. Si tenemos en consideración que el reproche del estelionato es vender un bien ajeno, rompiendo los deberes de información y desorganizando el patrimonio de la víctima, ¿toca luego hacer el análisis cuantitativo de cuanto perdió como lo exige la estafa?, claro que se puede hacer, pero considero mejor hacer un análisis de lo lesivo que fue el acto del agente dentro de esa desorganización para la víctima y sus fines, pues esa desorganización patrimonial será relevante

⁶⁵ Precisar que hay supuestos del delito de Fraude en la Administración de Persona Jurídica, que tienen todos los elementos de la estafa, pero que no lo encasillamos en este delito precisamente por que dichos elementos posee un matiz diferencial.

para la víctima pero no para el derecho hasta que se encuentre un acto lesivo al patrimonio; caso contrario el estelionato sería solo la protección al derecho a la verdad, dado que la sola desorganización patrimonial no justifica el estelionato, sino en cuanto es lesiva a la víctima.

Ese análisis de lo lesivo se realiza en el estelionato de manera distinta que en la estafa pues se hace teniendo en cuenta que el tipo penal no hace mención a un perjuicio cuantitativo, pero el derecho penal patrimonial sí exige un perjuicio no necesariamente cuantitativo; ante tal problema al estelionato le basta la concreta puesta en peligro del patrimonio para su consumación, el que solo puede observarse a partir de la disposición patrimonial. Es un perjuicio distinto, que lo diferencia de la estafa; no obstante, nada obsta que en el futuro la estafa adopte esta postura.

Por lo que dichos elementos presentes en la estafa, no son excluidos sino reformados en función a criterios de un concepto de patrimonio con mayor afinidad a la represión de la defraudación que en una lectura del artículo 196° relativa a la estafa, protege la libertad patrimonial y no el menoscabo de las cosas a través de una disposición.

Para concluir, reiterar que así concurren los mismos elementos, esa igualdad cuantitativa no le resta ámbito de aplicación al estelionato, como se señaló anteriormente la diferencia es cualitativa en sus elementos. El radio de aplicación del numeral 4° del artículo 197 del Código Penal se encuentra debidamente determinado y circunscrito a los casos de venta de bienes ajenos o litigiosos no protegidos por la norma civil, en razón a la existencia de un medio fraudulento en cuanto a la calidad señalada, aquí no hay un concurso aparente de delitos, sino dos delitos

perfectamente diferenciables. Existiendo una flexibilidad mayor para la sanción por estelionato que en el caso de la estafa, desde un inicio, si tenemos en consideración que el engaño del estelionato se encuentra delimitado por una política y legislación específica al tema.

II.1.7.- ¿La teoría personal del patrimonio resulta aplicable a nuestro tipo penal?

La respuesta es sí, como pudo apreciarse lo expuesto líneas arriba, el concepto personal funcional del patrimonio es compatible con nuestro tipo penal de estelionato, quedando claro que en el estelionato lo que se busca es tutelar que los actos que se realicen en el intercambio de bienes se hagan con respeto a deberes de información que han de ser observados por el vendedor de acuerdo a las reglas del propio mercado, ya que en estos casos la víctima se encuentra en una posición de inaccesibilidad. Con lo que yo puedo tomar las peores decisiones patrimoniales del mundo, y no serán imputables a persona alguna mientras que en los negocios donde lleve a cabo las decisiones se me haya proporcionado la información suficiente según criterios del mercado.

Lo que significa que en el estelionato se está cautelando la libertad patrimonial del comprador, pues le es perfectamente lícito negociar sobre bienes ajenos y litigiosos, más sí no se le informa sobre estos hechos, se entiende que ya se está vulnerando su patrimonio (que incluye ya las decisiones informadas que tome en torno a su patrimonio) y por tanto estamos frente al ilícito penal materia de estudio.

Empero, no quiero que se piense que por el hecho de haber tomado esta

postura, mi trabajo no tiene ningún valor para tesis que vean al patrimonio de manera distinta, un lector ávido podrá apreciarse que el desarrollo y las conclusiones de mi trabajo de tesis, asimilan concepciones jurídicas económicas y a la visión clásica de los elementos clásicos de la defraudación, o en todo caso deja abierta la discusión.

II.1.8.- ¿Desde cuándo y cómo hay propiedad para el derecho penal?

La pregunta es importante para el derecho penal patrimonial, no solo para el delito de estelionato sino para otros delitos realizados a través de modalidades delictivas distintas a la defraudación. Ya que si bien es cierto el derecho penal no defiende necesariamente la propiedad sino a través de un concepto mayor que es el patrimonio, en el presente estudio, al mencionarse la venta y se pretenden atribuirse derechos reales, vale precisar en qué momento hay propiedad.

Pareciese que el desarrollo doctrinario nacional, ha preferido dejar en manos del derecho privado la construcción del concepto; y a mi parecer mal no ha hecho, pues ha preferido respetar la unidad del ordenamiento jurídico y entender que hay propiedad de la forma que prescribe el Código Civil, entendiendo que esta se puede lícitamente dar a través de la apropiación (artículo 929° y ss.), especificación y mezcla (artículo 937°), accesión (artículo 938° y ss.), transmisión (artículo 947° y ss.) y prescripción (artículos 949° y ss.).

De este grupo expuesto, el más relevante a efectos del presente trabajo es sin duda el de transmisión de propiedad.

II.1.9.- El Sistema de Transferencia de propiedad en el Perú

Se encuentra regulada de manera distinta para bienes muebles⁶⁶ y para bienes inmuebles⁶⁷, no obstante, conforme a la doctrina de los derechos reales, ambas tienen en común que el acto de transferencia debe poseer un título (del que surge la obligación) y un modo (efecto real)⁶⁸.

La transferencia de los bienes muebles surge de un título generador de obligaciones pero se determina con la *traditio*, lo que implica la entrega del bien al comprador; efectuado este acto ya podemos señalar que estamos frente a la transmisión de la propiedad de una cosa mueble y no existe ajenidad en la cosa. En el caso de vehículos automotores, la ley suma otros requisitos registrales, que igualmente no ignoran la importancia de la tradición como el medio de transferencia por excelencia. Respecto a bienes inmuebles en teoría existe un sistema de antecedente francés en donde opera el mero consenso, es decir el solo acuerdo entre las partes sobre la transferencia de un inmueble transfiere su propiedad (con lo cual la obligación genera a la vez un derecho real). Si bien es cierto, se puede solicitar la elevación a escritura pública de los acuerdos y la inscripción registral, la misma tampoco es constitutiva, pero resulta relevante para fines de publicidad.

Sobre la transferencia inmobiliaria, se ha criticado⁶⁹ que un sistema

⁶⁶ Artículo 947° del Código Civil.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

⁶⁷ Artículo 949° del Código Civil.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

⁶⁸ Desarrolla el tema TRUJILLO BLAS Edmundo, *Necropsia del Sistema de Transferencia Inmobiliario Peruano*, Lima, Editorial FFECAAT, 2012, p. 96: “El sistema de título y modo obedece y resulta congruente con la concepción de los derechos reales *erga omnes*; así como resulta congruente también con la concepción más moderna por el cual se le asigna al derecho de propiedad a cumplir con una función social; y resulta acorde a la teoría dualista de la diferencia entre los derechos reales y derechos obligatorios, que está incorporada en nuestro sistema jurídico civil”.

⁶⁹ TRUJILLO BLAS Edmundo, op. cit. p. 189 y ss.

basado en el solo consenso es el que fomentaría la incertidumbre, en razón a que lo terceros no pueden conocer las transferencias anteriores y permitirían precisamente la existencia del delito de estelionato en donde el ex propietario vende nuevamente el bien a un tercero que desconocía la venta, siendo esta última venta fraudulenta, ya que el inmueble tenía un propietario.

La existencia del registro, si bien es cierto no es de obligatoria realización, sí es obligatoria a la hora de determinar la certidumbre ante un conflicto de derechos reales y su otorgamiento.

Artículo 2022 del Código Civil Peruano.- *Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.*

Eso quiere decir que aunque no constituya propiedad, sí es necesario inscribir la transferencia inmueble, teniendo en cuenta que la probabilidad de un litigio siempre está patente, y no hacerlo complica objetivamente mis herramientas de defensa basadas en el mero consenso.

II.1.10.- El sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito en el estelionato

Como todo delito de acuerdo a su tipicidad objetiva, el estelionato posee un sujeto activo y un sujeto pasivo, así como un bien jurídico tutelado. Con respecto al sujeto pasivo del delito, se asume que la persona (o grupo de personas) que sufre el hecho delictivo es el perjudicado en su bien jurídico.

Sin embargo, en ocasiones las acciones ilícitas que se cometen contra una persona, no la perjudican necesariamente, pues los bienes jurídicos objeto de vulneración pueden ser de dominio de un tercero o de ambos, más aún cuando hablamos de delitos de índole patrimonial, pues al tratarse de bienes, el desplazamiento o disposición de los mismos es necesario e inherente.

Para que dichos supuestos no generen problemas interpretativos, y se pueda tutelar de manera correcta al titular del bien jurídico, la doctrina ha dividido al sujeto pasivo en: i) sujeto pasivo de la acción, entiéndase sobre quién recae la acción; ii) sujeto pasivo del delito, perjudicado en el bien jurídico de cual es titular.⁷⁰

El delito de estelionato sobre venta de bien ajeno, como quiere ser planteada por la jurisprudencia expuesta bajo el amparo de doctrina nacional también comentada, rompe completamente con el esquema expuesto en el numeral anterior. Pues en todos los casos se ha sometido a juicio y/o sancionado por estelionato de venta de bienes ajenos a pesar de no existir un sujeto pasivo de la acción: entendiendo por esta a la persona que mediando engaño, realizó un acto de disposición en la creencia que el bien que adquiriría era propio o libre de litigio.

En los casos expuestos, poco ha importado y parece que poco interesa

⁷⁰ Sobre el desdoblamiento del sujeto pasivo en la doctrina véase: REATEGUI SANCHEZ James, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I, Lima, Instituto Pacífico, 2014, p. 199. En el mismo sentido GALVEZ VILLEGAS Tomas y DELGADO TOVAR Walther, op. cit., 971 cuando señalan: “sujeto pasivo del delito es la persona que sufre el perjuicio patrimonial la que no necesariamente coincide con la persona engañada, puesto que ésta no será la titular del bien jurídico tutelado por la estafa; en tal sentido puede distinguirse entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción, respectivamente. Cuando el sujeto pasivo del fraude no es el titular del patrimonio, basta con que pueda efectuar la disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio del tercero, aunque no tenga una facultad jurídica para disponer por éste; es suficiente, pues con que disponga materialmente del objeto que constituye la prestación o que pueda decidir algún modo sobre ella”.

determinar quién sufrió la acción, quien fue a la persona a la que se le engañó, contra la que se utilizó el medio fraudulento de hacerse pasar como dueño o hizo pasar como libre el bien litigioso; y como esta guarda relación con la disposición patrimonial. En todos los casos de estelionato habría que preguntarnos ¿Quién sufrió el engaño que requiere el tipo penal? Si no somos capaces de encontrarlo pero sí somos capaces de encontrar un perjudicado del delito, más aun tratándose de un delito de defraudación o del género estafa como mejor se prefiera, solo arribamos a la penosa intención de hacer justicia más allá de la ley, lejos del principio de legalidad.

II.1.11.-La tutela del interés del propietario del bien o del litigante del proceso en el estelionato

Todo tipo penal se deriva de una norma que cautela determinados intereses, por ejemplo, los delitos contra la administración pública cautelan los intereses del Estado en diversas facetas, por lo cual los criterios e interpretación deben ir de la mano a dicha pretensión punitiva, pues por más que el monto materia de cohecho pasivo sea de un tercero, no es este un interés que prime y lo legitime a considerarse agraviado.

Bajo esa premisa, el interés del propietario del bien en el delito de estelionato, resulta irrelevante en cuanto a éste no se le ha vulnerado el patrimonio como consecuencia de un engaño que lo haya hecho caer en error o mantenido en estado de error, característica necesaria que implica minar la expectativa comercial afectando el patrimonio. Lo que evidentemente, está ausente en la persona del propietario.

Sin embargo, el interés de propietario no resulta desprotegido en ningún caso, ya que es un interés relevante para el derecho, debido a que pueden existir supuestos en los que dos personas se coluden con la finalidad de perjudicar al propietario, elaborando fraudulentamente contratos, falsificando documentos y atribuyéndose derechos ajenos. Tales supuestos, que tienen remedios civiles que protegen el derecho del propietario, pueden en muchos casos involucrar la comisión de ilícitos penales, no obstante, estos ilícitos serán distintos al estelionato por carecer de una conexión lógica entre el medio fraudulento y el error del propietario.

II.1.12.- La tutela del interés del comprador

Sobre este interés, puedo señalar que es el sustrato del cual se alimenta el delito de estelionato y se convierte en el eje sobre el que debe discurrir cualquier interpretación de la norma.

Esto en virtud a que las condiciones actuales de la economía y del mercado, hacen que sus participantes puedan sentir seguridad en la información que se brinda, a fin de tomar no una decisión favorable, sino una decisión con conocimiento; sancionando a los agentes que intenten utilizar el mercado como una sede en la que se transfieren bienes sin informar básicamente sobre su “titularidad”, atributos o deficiencias; haciendo peligrar la confianza en el sistema.

II.2.- Presunta Justificación de la incorrecta interpretación dada por los operadores jurídicos.

Se justifica la sanción al vendedor y en muchos casos también al comprador por el delito de estelionato, sin existir medio fraudulento del primero al segundo - soslayando como está estructurado el delito de estelionato sobre venta de bienes ajenos como propios y libres los litigiosos⁷¹-; en virtud a una supuesta idea de justicia. Conforme he tenido la oportunidad de conversar con algunos magistrados sobre mi posición, me han dejado en claro que el propietario se ve perjudicado por que están negociando y defraudando con su inmueble (que curiosamente es la primera idea que les viene a la mente), se le está perjudicando impunemente, y eso no está bien.

No les parece justo que el vendedor pretenda hacerse pasar por propietario, e incluso pueda hasta inscribir su derecho en registros públicos, transferirlo a un tercero con supuesta buena fe y quitarle la casa al legítimo dueño. ¿Está bien se acepta que no está dentro del esquema de las defraudaciones pero que hacemos si está verdaderamente perjudicado?. A mi entender tampoco existe perjuicio para el propietario o contraparte procesal de la comisión del delito de estelionato en la venta de bien ajeno o litigioso como propio. El propietario, podrá denunciar por falsedad genérica, falsedad de documentos o inducción error a funcionario público, o el delito que mejor le parezca para cautelar su interés, más no estelionato.

Es cierto, en lo personal no me parece justo que alguien pierda su bien, pero

⁷¹ En la presente tesis, también se abordará los supuestos de contratos fraudulentos elaborados por el comprador y el vendedor con fines ilícitos, los cuales considero no encajan en los supuestos de estelionato. Asimismo, nos ceñimos a los inmuebles por su importancia y gran polémica. No obstante en lo referente a bienes muebles en muchos son reconducidos a otros tipos penales como hurto y receptación.

considero que antes que la justicia en el derecho penal esta la ley⁷², y el artículo 197° numeral 4 no tutela al propietario conforme al supuesto cual ellos mencionan.

Como ya se expuso líneas arriba y se desarrollará más adelante, el perjuicio del propietario contraparte en el proceso debe analizarse tanto del supuesto:

- i. Que dos personas negocien sobre su bien o del que está disputando un litigio, y él se considere perjudicado por ese simple hecho
- ii. Que el comprador sea engañado, y él ingrese por un desdoblamiento en el perjuicio.

Sobre el punto i), el propietario posee una amplia gama de remedios civiles, sea una acción reivindicatoria, acción de nulidad por simulación, protección frente a ventas de terceros, que se desarrollaran ampliamente en el punto capítulo III numeral 7. Sin dejar de lado que por el hecho que se negocie sobre su bien el no dejará de ser propietario en ningún momento, los remedios arriba expuestos lo protegen de un arrebato del bien o una inscripción en donde interviene incluso registradores y notarios, o sea actos derivados de los delitos descritos distintos al estelionato. El contrato sobre bien ajeno o litigioso es lícito, no obstante, considero que si dos personas empiezan a realizar actos con el fin de apoderarse de un bien que no es propio, no lo hacen mediante un engaño, que es el ámbito de protección normativa. Con lo cual el perjuicio surge de un lugar distinto.

Sobre el punto ii) que es en donde se habla de un desdoblamiento del perjuicio y parecería tener una mejor posibilidad hablar del perjuicio, es decir sí hay un agraviado del delito, la respuesta a esto la desarrollo ampliamente en el capítulo

⁷² FIANDACA Giovanni, *El Derecho Penal entre la Ley y el Juez*, Traducción de Karen Ventura Saavedra, Lima, ARA Editores, 2010, p. 32. “Como es bien sabido la predeterminación legislativa de los hechos punibles constituye una potente guarnición de la libertad de los ciudadanos respecto a los posibles abusos, por una lado, del poder ejecutivo, por otro lado, del poder judicial.”

IV numeral 3, permitiéndome esbozar solamente que si a un comprador le engañaron por pagar sobre un bien ajeno es debido a que el propietario nunca perdió su bien. Y esto último también explica que patrimonio protege el estelionato; protege el patrimonio del engañado del timado, quien a través de una falsa realidad perdió lo que tenía, no del que solo se perjudica, en caso suceda mediante este delito.

En ese orden de ideas, no solo niego la posibilidad al propietario de ser sujeto pasivo del delito, sino capacidad de ser perjudicado del delito mencionado. Pues el tipo penal no está elaborado para ese ámbito de protección en su propia redacción e interpretación. Se reprochará de mi postura que el propietario va a perder su casa, sin embargo, que tenga la calidad de agraviado por el delito de estelionato tampoco se la regresará. Me parece que la solución para estos supuestos muchos más complejos se encuentran en un lado más técnico legal y no en forzar las figuras penales.

Discrepo en cierta medida cuando se señala, tal cual lo hizo mi profesor y a quien le tengo mucho aprecio: el Dr. Raúl Pariona Arana, al afirmar luego de una revisión de mi tema, que si la Jurisprudencia en su conjunto tiende a dar determinada solución no tan equivocada debe estar en su razonamiento. Y discrepo con todo respeto, porque considero que las soluciones en materia penal deben encontrarse en la norma y su interpretación de acuerdo al sentido que esta posee, los acuerdos o convenciones deben hacerse en función a lo que el legislador ha proporcionado y los criterios de interpretación de la norma dentro de los márgenes otorgados por el derecho penal que se rige por el principio de legalidad, eso marca el nivel de discrecionalidad del juez penal. “No cabe calificar

de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por Ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales”⁷³.

En ese sentido, me reafirmo en mi posición que los fines de justicia u otros valores relativos a la moral, persiguiendo una supuesta “seguridad”⁷⁴ a la población y sus bienes, para no dejar impune determinada conducta o que el ya sancionado no se marche sin una sanción del catálogo de delitos contra el patrimonio, resulta un abuso de la discrecionalidad del juez en materia penal que se contradice con un Estado Social y democrático de Derecho⁷⁵.

II.3.- La deficiente investigación doctrinaria respecto al tema a nivel nacional

Resulta cierto, cuando decimos que no existe una investigación profunda respecto al tema de la presente tesis a nivel nacional, situación insostenible debido a que la existencia de denuncias y procesos que se presentan por el delito de estelionato en la modalidad de venta de bien ajeno sobre bienes inmuebles

⁷³ En MUÑOZ CONDE Francisco y GARCÍA ARAN Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 100. Agrega (p. 104) El legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción judicial pero cuyo significado genérico se desprende de la propia ley o es deducible de su finalidad.

⁷⁴ Importante para interpretarlo en nuestro contexto de afán flexibilizador de la ley penal: SILVA SANCHEZ Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*, Reimp. 2ª ed., Buenos Aires, IBDEF, , 2006, p. 32. “La solución a la inseguridad, además no se busca en su, por así decirlo, clásico lugar natural - El Derecho de Policía-. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: Al contrario, éstas se ven denostadas como demasiado rígidas y se abona su “flexibilización”.

⁷⁵ BRAMONT- ARIAS TORRES Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 3ª Ed., Editorial y Distribuidora de Libros, Lima, 2005, p. 84 y ss. El carácter legalista impide al derecho penal incluir entre sus fuentes a las denominadas “fuentes mediatas”, entre ellas tenemos el espíritu general de la legislación –no se toma en cuenta la intención o finalidad que tuvieron los legisladores para dictar la ley-, la moral-pues ella está sujeta a sanciones extralegales-, la costumbre- sólo tiene relevancia en aquellos casos en los cuales la ley le da un valor específico. MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, p. 113 El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento a la punitiva del Estado, lo que da lugar a los límites derivados del principio de legalidad.

justifican tal misión⁷⁶. Basarnos en la doctrina extranjera puede ser adecuado, no obstante, nuestras consultas foráneas más usuales: la española y la argentina, regulan el estelionato con penas mayores que a la estafa, la ven como agravantes, y no aminorantes como en nuestro Código Penal, obstáculo que obviamente obedece a un fundamento político criminal distinto. Asimismo, no olvidemos que a pesar que el estelionato tienen una redacción similar en Argentina y Bolivia (en Chile la tipificación es distinta pues el Estelionato como tal no está regulado sino a través de supuestos que atentan contra los bienes embargados o promesas de venta de bien ajeno), y en España también mediante el artículo 251° de su Código Penal, la discusión no es importante en la actualidad porque sus textos penales (excepción de Bolivia) siendo conscientes del real alcance del delito de estelionato y los problemas que pueda generar han incluido el tipo penal de contrato en perjuicio de tercero, que de ser el caso, resultaría necesario en nuestro ordenamiento al que haremos referencia si lo que se pretende es tutelar al propietario.

Bajo esa aclaración realizada, cierto sector de la doctrina ha preferido dar por hecho el perjuicio al propietario, sin expresarnos su fundamentación: “el delito se consuma con la venta – esto es, cuando se recibe el dinero- el gravamen o el arriendo, dado que en estos casos se causa el perjuicio al propietario del bien, el comprador, acreedor o arrendador”.⁷⁷

El profesor Luis Roy Freyre, parece darse cuenta del problema existente al involucrar al propietario como agraviado del delito, sin embargo, da una solución que no supera la cuestión expuesta con respecto al sujeto pasivo:

⁷⁶ Ocurriendo casos que la doctrina se ocupa extensamente en ocasiones de supuestos que ni siquiera son aplicables actualmente en nuestro país, como lo es por ejemplo el derecho penal del enemigo.

⁷⁷ BRAMONT ARIAS TORRES Luis Alberto, op. cit, p.360 en ese mismo sentido SALINAS SICCHA Ramiro, op. cit. p. 303-304

“Consideramos que el verdadero propietario que resulta afectado con el delito puede constituirse en parte civil pero no tiene la calidad de sujeto pasivo”⁷⁸

Peña Cabrera sí es tajante cuando señala que en el delito de Estelionato el propietario es el sujeto pasivo del delito⁷⁹.

Otro importante sector doctrinario⁸⁰, ha preferido no profundizar sobre el tema, realizando precisiones sobre otros elementos del estelionato como el sujeto activo o las modalidades con un enfoque meramente referencial al sujeto pasivo⁸¹, poco interés que ha servido para que los operadores judiciales (jueces y fiscales) desarrollen sus propias conclusiones sobre el tipo y sus alcances, trastocando inclusive lo ya definido por la doctrina.

II.3.1. Referencia extranjera

Con la salvedad ya realizada sobre la opinión de la doctrina extranjera, SERRANO GOMEZ y SERRANO MAÍLLO señalan que los requisitos para que se perfeccione el delito de estelionato en España, regulado en su artículo 251.1⁸² a) que el sujeto carezca de facultad de disposición, b) que pese a ello enajenare, gravare o arrendare bienes muebles o inmueble, y

⁷⁸ ROY FREYRE Luis, op cit. p. 201.

⁷⁹ PEÑA CABRERA Raúl, *Derecho Penal Peruano Parte Especial*, Sesator, Lima, 1977, p. 458.

⁸⁰ PAREDEZ INFANZON Jelio, Op. cit. CANEZ MARTICORENA Alfredo, op. cit. VIZCARDO HUGO Silfredo, op. cit.

⁸¹ Mención aparte merece PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raul, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2009, p. 381, quien parece tener claridad sobre el tema: “En resumidas cuentas, el perjudicado debería ser siempre quien compra de buena fe, ante un vendedor que carece de facultad para enajenarlo, pues no es su real propietario, al adquirir un derecho ficticio, que no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico. Paga un precio por algo que nunca logra concretar, al margen de las acciones legales que pueda interponer contra el estafador”.

⁸² **Artículo 251 del Código Penal Español.**- Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

c) ocasione un perjuicio para el sujeto pasivo del delito o tercero. (el subrayado es mío)⁸³

En ese mismo país Quintanar Diaz, Del Rosal Blasco y Segrelles de Arenaza señalan que: “se requiere el perjuicio de otro, que puede ser el ulterior comprador, arrendatario o beneficiario del gravamen, o un tercero ajeno a tales actos⁸⁴.”

Para Lorca Martínez en este delito no solo se afecta el patrimonio sino además, otros intereses. Afirma que se reprime el abuso intencionado de la negociación patrimonial que necesariamente se produce con anterioridad al perjuicio patrimonial, y cuya cobertura por esta figura penal revierte en una protección diferenciada a determinados bienes patrimoniales⁸⁵.

Vives Antón en una postura interesante pero de data algo ya antigua señala: que si se acepta que el titular del dominio o del gravamen sobre la cosa puede revestir también la condición de perjudicado del delito, (...) habrá que aceptar (dado que en tal caso el perjuicio no es consecuencia del acto de disposición del engañado sino del ejecutado por el autor), que la figura alberga supuestos no reconducibles a la estafa propia.⁸⁶

Pareciera, por lo señalado hasta ahora que dichos tipos penales si tutelan el interés del propietario, identificándolo como el tercero perjudicado, sin embargo, dicho supuesto no es cierto, pues el derecho penal español, como ya señalamos posee un tipo penal que tutela debidamente dicho

⁸³ SERRANO GOMEZ Alfonso y SERRANO MAILLO Alfonso, op. cit p. 428.

⁸⁴ QUINTANAR DIEZ Manuel, DEL ROSAL BLASCO Bernardo y SEGRELLES DE ARENAZA Iñigo, op. cit., p. 447.

⁸⁵ LORCA MARTINEZ, José, *El fraude en la transmisión de bienes*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 35.

⁸⁶ VIVES ANTON, COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, ORTIZ BERENGER Y CARBONELL MATEU, op. cit. p. 922.

interés en el 251° numeral 3 como contrato simulado en perjuicio de tercero.

Incluso a dicho punto la propia doctrina española ha cuestionado la intervención penal al señalar: “Ahora bien ¿debe intervenir el Derecho penal en los casos en los que no puede propiamente decirse que fuera un engaño en lo que movió al perjudicado a disponer a favor del transmitente del bien? ¿deben tratarse igual estos actos que aquellos en los que se constata un auténtico engaño causal del acto de disposición realizado por el perjudicado?” (...) “Realmente el ámbito propio de las conductas de doble venta o gravamen posterior a la enajenación pero anterior a la definitiva transmisión de la cosa al adquirente parece ser, más bien, el de los incumplimientos civiles contractuales”⁸⁷.

En el caso argentino, Carlos Creus señala que el perjuicio se da en los casos de venta, en el pago del precio o en la transferencia de su cosa por el sujeto pasivo⁸⁸.

Para Juan Bustos Ramírez tomando como referencia la antigua redacción del estelionato dentro de la legislación española señalaba, en cuanto al perjuicio, éste tendrá que ser efectivo, de modo que puede recaer tanto en el primer comprador como en los siguientes, o solo en alguno de ellos si uno ya ha tomado en posesión la cosa.⁸⁹

No es intención de esta parte criticar las posturas doctrinarias o la falta de éstas, simplemente hacerlas notar, crítica que se hará con el sustento y el respeto debido, únicamente recalcar que la realidad jurídica respecto al

⁸⁷ DOVAL PAIS Antonio, op. cit., p. 198-199

⁸⁸ CREUS Carlos, op. cit. p. 545.

⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 238.

delito de estelionato sobre venta de bienes inmuebles ajenos se encuentra presa de un problema de imprecisión que amerita atención, pudiendo quizás ser esta tesis un pequeño impulso a esa gran tarea.

II.3.2. La insatisfactoria de las posiciones en la doctrina nacional y la razón por las que dichas posturas desnaturalizan el estelionato sobre venta de bien ajeno o como libre el litigioso.

La doctrina nacional en su mayoría resulta insatisfactoria para el problema del estelionato, en razón a que han preferido resumir el estudio del Estelionato como una derivación del delito de Estafa, a tal punto que sus elementos no son siquiera de necesaria revisión, bajo la creencia que sería una repetición del artículo 196° del Código Penal, y es suficiente solo conocer las conjugaciones, de venta, alquiler, gravar, con ajeno y litigioso. Estudiar a un tipo penal autónomo como si fuera un delito de segundo grado cuando normativamente no lo es, tiene consecuencias tan importantes que no solo involucran ignorar su sentido y relevancia, sino que ha contribuido a la imprecisión en cuanto al delito para los operadores jurídicos.

Y quienes se han atrevido a otorgarle cierta relevancia al estelionato resaltando el medio fraudulento típico que conduce al error del adquirente, básicamente han hecho una tibia descripción del delito sin abordar la problemática que existe⁹⁰, y sin siquiera adjuntar jurisprudencia o casuística hipotética, la que solo se encuentra en compendios de

⁹⁰ Mención aparte merece el autor Donny PEDREROS VEGA, quién en su artículo ya citado del año 2011, consciente del problema realiza una excelente confrontación, empero, sobre bases distintas a las mías y sin llegar a una respuesta concluyente sobre la exclusión de quien no recibe el engaño, pues al final le permite la entrada a la contraparte y al propietario siempre que se verifique el engaño al comprador en función a una merma patrimonial, opinión que no comparto en razón que dicho ingreso hace reaparecer el problema.

Jurisprudencia Penal, muchas de ellas a cargo o con estudio del Dr. Fidel Rojas Vargas⁹¹.

Lo curioso es que en el ante proyecto del nuevo Código Penal del 2015⁹², la normativa no ha cambiado, solo la pena del estelionato ha aumentado ligeramente superando a la estafa genérica agregándose días multa, aunque ésta última continua siendo más lesiva ya que posee un mínimo mayor a diferencia del primero que carece de pena mínima. Y la estafa agravada posee una pena mayor que ambas, lo cual quiere decir que el estelionato no es una estafa agravada. Siendo una alarma para la doctrina pues no puede continuar estudiando al estelionato como lo hace (como

⁹¹ ROJAS VARGAS Fidel, *Catorce Años de Jurisprudencia Sistematizada*, IDEMSA, Lima, 2005; *Los Delitos contra el Patrimonio en la Jurisprudencia*, ya citado en la tesis que tiene un estudio introductorio del referido autor; ROJAS VARGAS Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada: Ejecutorias Supremas y Superiores 1996-1998*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, prosiguiendo con esta última obra en años posteriores con nueva jurisprudencia.

⁹² Art. 301° del anteproyecto del Código Penal y Artículo 302° del citado anteproyecto

Artículo 301°.- Estafa

El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

La pena es privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

a. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o personas mayores de sesenta años.

b. Se realice con la participación de dos o más personas.

c. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.

d. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.

e. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

f. Coloca a la víctima o a su familia en grave situación económica

g. Se comete en agravio de los que sufren desastres naturales u otros estragos

Casos de defraudación

La pena es privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de diez años, si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

Artículo 302.- Casos de Defraudación

La defraudación es reprimida con pena privativa de libertad no mayor de seis años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

1. Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal.

2. Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.

3. Si el comisionista o cualquier otro mandatario, altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho.

4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

un delito de segundo orden), y tiene que dejar ya en claro en qué se diferencian el estelionato de la estafa a fin que el fundamento punitivo sea coherente, considerando que las conclusiones de mi tesis servirán de mucha ayuda para dicha división; y ayudará a explicar las razones de por qué el legislador no coloca la venta de bienes ajenos como una modalidad de estafa y por qué no le da una pena “proporcional” a dicha calidad.

II.4.- Consecuencias directas e indirectas de la mala aplicación del tipo penal. El desincentivo a realizar cesiones de derechos lícitas y otros actos comerciales

Como a toda acción le sigue una consecuencia, resulta inevitable que la imprecisión doctrinaria genere un efecto tanto de manera directa como indirecta:

II.4.1. Consecuencia directa

Que la divido tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial

II.4.1.1. Consecuencia Doctrinal

Esta consecuencia no es una repetición del punto tocado líneas arriba, lo que quiero aquí señalar es que el hecho que los profesores y estudiosos del derecho penal prácticamente reciten el artículo 197° numeral 4 de Código Penal, como un delito de segundo grado fomenta el abandono de temáticas importantes de la parte especial, lo que a la larga no fomenta el estudio del derecho penal patrimonial en nuestro país, y agrava cualquier imprecisión al mantenerla vigente.

La atención de los jóvenes investigadores está centrada en los

delitos socio económicos, el *white collar*⁹³ y el *criminal compliance*⁹⁴, viéndose a la fecha múltiples publicaciones y conferencias, sobre tales puntos; pues se toma a las defraudaciones clásicas como “piezas de museo”, cuando la importancia de estos delitos no ha disminuido, hasta se han añadido supuestos agravados en la estafa sin existir estudios que los desarrollen debidamente (Art. 2° D. Leg. 1351), y se deja de lado que estos nuevos fenómenos delictivos socio económicos utilizan y expanden el radio de la defraudación. Cabe precisar, que no estoy diciendo que está mal estudiar nuevas instituciones, sino que al tratarse ciertos delitos como de segundo grado, desincentivan su estudio por parte de personas que podrían con legítimo derecho interesarse.

Resumiendo, la doctrina no ha definido los marcos del estelionato porque no le ha importado hacerlo con precisión, y esa inoperancia no viene sola, pues implica un abandono que a la larga contagia a los estudiantes del derecho e investigadores, los cuales se alejan de las instituciones poco promovidas (siendo importante aquí la labor del docente) o de poca difusión mediática⁹⁵, dejando de lado

⁹³ The term white-collar crime is now synonymous with the full range of frauds committed by business and government professionals (El término delito de cuello blanco es actualmente sinónimo de una amplia gama de fraudes cometidos por empresarios y profesionales del gobierno), traducción libre del tesista, tomado de <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime>

⁹⁴ Sobre el término Compliance: “se trata de uno de esos puntos de contacto entre el Derecho y la Economía que hace que la valoración económica que tome en cuenta parámetros legales, y a su vez, las consideraciones económicas fluyan en la solución jurídica” (...) En todo caso queda claro que las empresas están optando mayoritariamente a conformar sistemas de cumplimiento normativo en razón a consideraciones netamente empresariales, a lo que debe sumarse el dato de que el sistema jurídico ha empezado, desde su propio programa de funcionamiento, a enlazar progresivamente consecuencias jurídicas específicas al hecho de que la empresa haya incorporado un *compliance* o no GARCIA CAVERO Percy, *Criminal Compliance*, Palestra Editores, Lima, 2014 Sobre el criminal compliance

⁹⁵ Véase la serie de estudios sobre Femicidio que inundaron las revistas ante la dación de la Ley 29819, o del delito de Violencia a la Autoridad ante un caso mediático de agresión a un efectivo policial.

el análisis del núcleo duro del derecho penal patrimonial⁹⁶.

Lo expuesto, deja con un amparo doctrinario incompleto a los que ejercemos el derecho en los tribunales, quedando entonces en manos de jueces y fiscales fijar los límites del tipo penal teniendo en cuenta fallos anteriores (también ausentes de doctrina), o en ideas de justicia; que convierte en gravísima la situación actual, al dejar en manos de los jueces del día a día, la doctrina.

II.4.1.2. Consecuencia Jurisprudencial

La consecuencia directa surge en sancionar a sujetos bajo un marco delictual distinto al establecido por el tipo penal, pues se hace sin requerir sujeto pasivo de la acción (quien realiza la disposición patrimonial) y en algunos casos sin medio fraudulento. En ese sentido, la interpretación dada por los jueces y fiscales que ha sido expuesta por la jurisprudencia en el primer capítulo, afecta potencialmente a la cantidad de personas que en la actualidad apuestan por el rubro inmobiliario como actividad económica, limitando libertades lícitas, pues en mi país, los jueces y no la ley me restringen mis derechos a contratar sobre un bien ajeno o litigioso a cuenta y riesgos.

Tan solo pensemos que es correcta la tesis del estelionato que se

⁹⁶ Al respecto GARCIA RIVAS Nicolás, *Estructura Jurisprudencial del delito de Estafa*, en Estafas y Falsedades (Análisis Jurisprudencial) a cargo de Javier Boix Reig, Primera edición, Madrid, IUSTEL, 2005, p. 19: “Así han surgido los delitos societarios, financieros, bursátiles, etc. Sin embargo, la entrada de estos nuevos delitos en los Códigos Penales no ha rebajado un ápice la importancia de los antiguos delitos patrimoniales, que viven en plena pujanza”.

maneja en la actualidad por la jurisprudencia:

A le vende a B su inmueble a cuotas mensuales, y B incumple con los pagos. A que pretendía mantenerse con lo aportado por la venta del inmueble se queda sin dinero, a lo que oportunamente C se muestra interesado en comprarle el inmueble con conocimiento de un probable juicio. A da por resuelto el contrato y realiza la transferencia a favor de C, B se entera y posee un amigo abogado que denuncia a ambos por Estelionato, previo al proceso civil que se iba a entablar, por lo que en su contestación de demanda presenta una denuncia con fecha anterior a la interposición de la demanda e incluso una formalización de denuncia.

La postura tomada por los jueces y fiscales, independientemente de los problemas que genera contra el principio de legalidad, nos dice que si soy propietario de un bien que he vendido a plazos, en el supuesto que la otra persona incumpla y yo le resuelvo el contrato, por ningún motivo debo transferir mi propiedad ni tener problemas económicos que me obliguen a hacerlo, debo ser consciente caso contrario que puedo ser procesado y sancionado por el delito de estelionato. La pregunta es: ¿Ese es el fundamento de justicia que tanto se pretende proteger?, ¿Deben ser esas las razones de la flexibilización de un tipo penal?

II.4.2. Consecuencias indirectas

A lo que se ha llegado con este razonamiento, aparte de restringir la libertad de contratación, es desincentivar conductas negativas, tan importantes en el tráfico jurídico comercial, bajo la falsa ilusión que se está

protegiendo la propiedad. Cuando ambas forman parte de un mismo sistema y son perfectamente compatibles, por eso es lícito para el Código Civil pactar sobre bienes ajenos, por eso el derecho de propiedad tiene la facultad de disposición y reivindicación. Si sustraemos el engaño de la conducta, el ámbito de punibilidad crecerá y consideraremos ilícitos incluso actos de terceros de buena fe (figura tan temida por los jueces) que pueden verse condenado a la extinción sin tener el mínimo respeto por su utilidad dentro de los negocios.



CAPITULO III LA CORRECTA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE ESTELIONATO.

III.1.- ¿Qué protege nuestro Código Penal al sancionar el estelionato?: Patrimonio o la libertad de nuestra disposición patrimonial.

Previamente entiendo, que al estar dentro de los delitos patrimoniales, se puede llegar a la respuesta que el estelionato protege al patrimonio, y que sea el lector quien se las arregle. Pues entender que el estelionato protege la libertad de disponer, importaría supuestamente contradicciones como convertirlo en un delito contra la libertad; o sancionar más los atentados a la libertad patrimonial que a los ataques directos a la libertad como la coacción. Por estas razones resultaría más cómodo aferrarme a la tesis que podríamos denominar patrimonialista pura.

Sin embargo, cabe preguntar ¿cuál sería el problema de entender al estelionato (en incluso a la estafa) como delito que afecta a la libertad de disposición? Con relación a ello, Gallego Soler, señala entre otras cosas que no puede olvidarse que esta clase de delitos requieren de un ejercicio de libertad por parte del engañado. Si de su configuración típica desprende que nos encontramos frente a delitos en donde la conducta de la víctima es la vía para el perjuicio, y que lo diferencia de otros delitos pues aquí el agraviado te entrega su patrimonio en la mano.

Señala el autor mencionado y parafraseado⁹⁷: "(...) no puede negarse la existencia de un momento en el que el sujeto realiza un acto de disposición en la convicción de que, no sólo no va a sufrir un perjuicio patrimonial en el sentido que obtiene algo diferente a lo que quiere, sino inicialmente que va a realizar un

⁹⁷ GALLEGO SOLER José Ignacio, op. cit., p. 222-223

negocio jurídico- del tipo que sea- que normalmente le será beneficioso para con sus intereses. Este acto de disposición se realiza otorgando un consentimiento referido a una condición. Un objeto y/o a un modo que han sido erróneamente configurados por la conducta engañosa del sujeto activo (...).”

Por lo que al proteger al patrimonio entendido como fuente de libertad, no se ignora dicho fenómeno del tipo y su importancia para la configuración del tipo penal, ya que esta libertad va a estar presente como lo ha precisado la doctrina española citada en el acto de disposición. Entonces, ahora que entendemos al patrimonio como fuente de libertades, los ataques a la libertad de disposición son un ataque al patrimonio, eso implica no solo tener una visión distinta del patrimonio, sino además una aclaración importante a que no se está dejando de lado al patrimonio sino que se le hace funcional, deja de verse desde el aspecto del bien para pasar al sujeto que la tiene en su dominio.

Sobre el hecho de convertir a la estafa en un delito contra la libertad, debe aclararse que la libertad también se encuentra cautelada y sancionada en su ataque en otros delitos contra el patrimonio como el robo o la extorsión, ¿o es que el agraviado de este delito entrega sus cosas voluntariamente?, claro que aquí media violencia o amenaza; pero en la estafa el error, que también es otro vicio de la voluntad; con lo que entendemos que aquí que la libertad patrimonial tiene un matiz más valioso que la coacción, pues no estamos tutelando a la libertad propiamente dicha sino a una fuente de libertad, que permite a los sujetos al tráfico jurídico, requisito indispensable para el ser humano. Mientras que la coacción es más un tipo de carácter residual, que tendría cabida en casos que no involucren al patrimonio.

III.2- El delito de estelionato como forma de defraudación requiere siempre un medio fraudulento para su configuración que debe ser dirigido al comprador del bien ajeno o litigioso.

La estructura típica del delito de estelionato, concretamente la venta de bienes ajenos como propios y la venta de bienes litigiosos, materia de la presente tesis, obedece a una configuración en donde el medio fraudulento existente busca aparentar la calidad de propietario o la calidad de libre de un bien litigioso. Dicha situación a mi criterio, no reviste mayor discusión, desarrollándose la cuestión entonces ya no en la situación del vendedor del bien ajeno, sino si es correcto, como delito de relación, de amparar el supuesto delictual en donde es el comprador coautor o cómplice del delito y agraviado al propietario, ¿la configuración está hecha en función al interés del propietario?.

Si la idea del tipo penal tipificado en el artículo 197° numeral 4, fue cautelar el interés del propietario en virtud a cualquier ataque o menoscabo que pueda sufrir en virtud a actos engañosos, es sin duda una de las redacciones de tipo penal que más se aleja de la “supuesta” función que le da razón. Pues de una interpretación teleológica queda claro que en el hurto se protege a quien se le sustrae ilegítimamente sus bienes inmuebles, en la apropiación ilícita a quien no se le retornan los bienes legítimamente entregados y en los daños a quien se le daña total o parcialmente cosas de su propiedad; mientras que en el caso del estelionato en vez de proteger a quién compró engañado sobre la ajenidad del bien; a criterio de la jurisprudencia expuesta en el primer capítulo debo hacer un ejercicio mental mucho más largo pues no solo debo ceñirme al tipo penal y decir que se protege a la persona a la quien fraudulentamente se le vende un bien litigioso o ajeno, sino también que es un delito en donde se protege a quien tiene un bien que ha sido “vendido” o no ha sido “vendido”, pero “se han celebrado

actos jurídicos sobre su bien” con la clara intención de desposeerlo; y más aún, en algunos casos ni siquiera debe ser propietario, sino simplemente tener la posesión del bien. Mientras en el caso del bien litigioso, además del comprador, la parte litigante del proceso para ser agraviado, sin interesar el destino del proceso. En ambos casos resaltar que según la segunda interpretación el comprador también es visto como cómplice o coautor, dependiendo de la evaluación judicial.

Lo cierto, es que los delitos defraudatorios, en donde encontramos a la estafa y al estelionato como defraudación cualificada (que como señalamos líneas arriba posee un distinto fundamento de punición), poseen características comunes, pero como ya se ha desarrollado con diferentes matices, que justifican su diferenciación:

- 1) El engaño u otro medio fraudulento, 2) el error, 3) la disposición patrimonial que realiza la propia víctima y 4) el perjuicio patrimonial.

Al respecto el profesor Luis Alberto Bramont-Arias Torres⁹⁸ señala que “al configurarse en tipos autónomos de defraudación, distintos al delito de estafa, no es preciso que en su estructura típica aparezcan los elementos característicos de dicho ilícito penal”. Por lo cual el delito de estelionato, en las modalidades estudiadas, posee la particularidad que el medio fraudulento busca llegar al error a través de la simulación de cierta calidad jurídica de una persona que participa en un negocio de compraventa, en perjuicio de la otra persona que dispone y merma su patrimonio por el error que surge de esa misma acción fraudulenta (medio fraudulento selecto entre conductas similares lícitas, y error de carácter marginal de menor intensidad que lo diferencia de estafa). Así como en la venta

⁹⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, Op. Cit., p. 356

del bien litigioso, se disimula la existencia de un proceso judicial sobre el bien, ante lo cual una persona que de haber conocido la existencia del proceso no lo hubiese comprado.

Los conceptos de engaño y error, propio de los delitos defraudatorios, son realizables cuando se dirigen hacia la persona que realiza la disposición patrimonial la misma que pueda resultar perjudicada directamente o perjudicar al tercero para los que negocia⁹⁹. No hay fórmula dentro de las figuras del estelionato citadas, en los que el medio fraudulento relevante sea el dirigido hacia el propietario o poseedor del bien, más aún el propietario o los litigantes jamás podría incurrir en el error pues estos conocen perfectamente la real situación del bien.

Bajo dicho aspecto general, pasaré a precisar los puntos centrales de mi posición interpretativa.

⁹⁹ PAREDES INFANZON Jelio, Op. Cit., p. 241. señala “el actor logra que la víctima (la persona engañada) se desprenda de su peculio, para comprar, ser acreedor prendario, hipotecario o tomar en arrendamiento un inmueble, en la buena fe que pertenece a su propiedad”. A pesar de divergencias en muchas premisas, en el mismo sentido PEDREROS VEGA Donny, Op. Cit., p. 200: “Si se pretende sancionar a una persona por vender como bien libre uno litigioso, o vender un bien ajeno, necesariamente deberá ocurrir lo siguiente: que se haya empleado sobre la víctima u mecanismo fraudulento (engaño, actuar con astucia o ardid) suficiente para ocultar o engañar a la víctima que se vendía un bien libre estando en litigio o uno propio siendo ajeno, dicho engaño debe llevarla a caer (error) que se trata de un bien sin problemas legales, sin carga susceptible de disminuir el valor del bien, sobre el cual no hay litigio pendiente, o motivo que elimine la decisión de compra, de un bien propio, todo ello deberá traer consigo una disposición patrimonial, esto es que la víctima pague el precio pactado, y que finalmente dicha disposición le cause un perjuicio, como perder el bien o impedir su utilización para el bien adquirido. CANEZ MARTICORENA Alfredo, Op. Cit., p. 63 citando a Ricardo Nuñez (*Tratado de Derecho Penal*, T. IV., Lerner, Bs. As., 1978): “sostiene que la disposición patrimonial es en el caso de la venta de bien ajeno como propio el precio pagado para el comprador de la cosa para adquirir su dominio sobre ella por parte de su propietario, que a raíz de las condiciones en que se hizo la venta no la puede reivindicar”. En el mismo sentido, sobre la dirección del medio fraudulento PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raúl, Op. Cit., p. 373: La doctrina mayoritaria entiende que los engaños a que hace referencia el precepto en cometario constituyen una defraudación contra el patrimonio, aprovechando la buena fe de la víctima, quien adquiere los bienes en la creencia de que se encuentran sin ningún tipo de restricción y son de propiedad absoluta del sujeto activo”. SALINAS SICCHA Ramiro, Op. Cit., p. 279: “Después de verificarse que el agente ha hecho uso del engaño u otra forma fraudulenta corresponderá al operador jurídico verificar si aquel engaño ha provocado en la víctima un error o en su caso, le ha mantenido en un error en el que ya se encontraba la víctima”.

III.3.- ¿Por qué la persona que recibe la acción fraudulenta requerida debe ser el comprador?

Tomando como base lo señalado por Nuria Pastor Muñoz, cuando analiza la importancia del patrimonio como fuente de libertad y el papel que la información desempeña para que tal libertad sea efectiva, la autora, nos indica que existen deberes de veracidad que pesan sobre los agentes del mercado a fin que las personas puedan tomar una decisión informada sobre la disposición o no de su patrimonio, y no una decisión errónea que surja ante el incumplimiento de los deberes. Dicha exigencia surge de la estructura normativa del mercado a fin de asegurar la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular. Precizando que dichos deberes de información de los otros agentes del mercado se darán en los supuestos en los que exista inaccesibilidad normativa o accesibilidad formal¹⁰⁰. Sobre dichas bases es que se elabora una teoría de la delimitación del engaño en el delito de estafa, sin embargo, ese razonamiento también sustenta el fundamento de la punición de medios fraudulentos en todos los delitos de fraude patrimonial tipificados (incluyendo el de fraude en la administración de una persona jurídica)¹⁰¹, entendiendo que dicha teoría se hace en función a la disposición patrimonial y a la veracidad que debe de concurrir previamente a ese acto, supuesto existente también en todos los delitos patrimoniales tipificados

¹⁰⁰ No obstante, la autora precisa que a la víctima le incumbe: i) conocer el estado jurídico y económico de su patrimonio, ii) los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor que pueda acceder haciendo un esfuerzo razonable, iii) las informaciones que tengan que ver con el funcionamiento del mercado, y iv) en el caso el autor no sea especialista sobre una relación compleja o un bloqueo en el acceso a la información, le compete también los aspectos jurídicos y económicos de la relación; en PASTOR MUÑOZ Nuria, *Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa en Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Ara Editores, Lima, 2005, p. 135-161.

¹⁰¹ No obstante, dicho delito defraudatorios posee además otras circunstancias que fundamentan su punición, tal es así que actualmente resulta irrelevante para su punición la anuencia del engañado, pues la política criminal recoge la expectativa social y el impacto económico de las decisiones en las empresas, que fácilmente podrían causar una crisis del orden socio económico. Para mayor precisión MAYO CALDERÓN Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada, COMARES, 2005.

por fraude.

En ese orden de ideas **los actos de disposición patrimonial**, que señalan los tipos defraudatorios y en la que es necesaria en la conducta de la víctima, a pesar de ser erróneos deben de ser voluntarios (la persona entrega bienes en uso de su discernimiento, intención y libertad); siendo el delito de estelionato parte de este grupo, en el tipo penal naturalmente existe una disposición patrimonial voluntaria a la cual tutelar y la cual debería de poseer la información veraz (ajenidad o litigiosidad) por parte del agente económico (vendedor) de acuerdo a la estructura normativa del mercado, a fin que el dueño del patrimonio pueda actuar libremente sobre él sin verse perjudicado, en esencia, es el incumplimiento de los deberes de veracidad exigidos normativamente por el mercado lo que fundamenta la punición del estelionato. De aquí surge, la necesidad de proteger el derecho del comprador, pues es en su persona (bajo la visión dinámica del derecho penal patrimonial) quién se ve perjudicado con los engaños que puedan realizarse en el complejo tráfico jurídico.

Se respalda lo dicho, en que el Código Civil permite la negociación sobre bienes ajenos y litigiosos (art. 1409 numeral 2° y el art. 1537° del código civil), pues el derecho no encuentra ninguna transgresión a la estructura normativa del mercado a realizar actos jurídicos de esa clase, en donde el comprador está perfectamente informado que el bien es ajeno o litigioso, siendo totalmente legales sin importar la situación del propietario o el litigante.

III.3.1.- El vendedor y el comprador legítimo son insustituibles para la configuración del delito de estelionato.

De acuerdo a lo postulado líneas arriba, el delito defraudatorio exige siempre el incumplimiento de un deber de veracidad exigido por parte de

un agente económico. Eso quiere decir que en el caso del estelionato sobre venta de bienes ajenos o litigiosos, se va a necesitar siempre la presencia de un vendedor (autor) y un comprador (disponente de su patrimonio que acarrea un perjuicio), por lo que es erróneo plantear procesos por estelionato señalando que el vendedor y el comprador son coautores o uno cómplice del otro, pues aquí no existe ni violación al deber de veracidad por parte del que vende ni hay actos de disposición por parte del que compra, por lo que la tutela del tipo penal cae en ineficaz.

De lo cual concluyo, que es insustituible la presencia de un vendedor como tal, y un comprador legítimo; pues como repito la simulación de la compraventa que quiera ser punible no se enmarca en el supuesto de tutela del tipo penal.

III.4.- El patrimonio del comprador afectado por el medio fraudulento es el exclusivo interés que tutela el tipo penal de estelionato

El patrimonio, concepto sobre el cual se ha escrito mucho tanto a nivel nacional como extranjero, ha sido definido por Hans Welzel como aquel que está formado “por la suma de valores económicos puesto a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico¹⁰²”.

No es misión de esta parte discutir sobre las teorías respecto al patrimonio¹⁰³, (siendo inocultable mi preferencia por la teoría personal

¹⁰² PAREDES INFANZON Jelio, Op. Cit. p. 27: recogiendo la teoría jurídica económica del patrimonio.

¹⁰³ No obstante, a pesar de del dominio de la teoría mixta en la actualidad, tiene como antecedente la *teoría jurídica* de patrimonio defendida por Binding donde el concepto se apareja al derecho patrimonial subjetivo; y la *teoría económica* dominante actualmente en la jurisprudencia alemana, entendida como el conjunto de bienes o valores económicos evaluables pecuniariamente. Coexistiendo con la teoría personal del patrimonio, ideado por Bockelman y reestructurado por Otto, en donde el concepto del patrimonio posee las particularidades del caso concreto y las necesidades o valoraciones económicas del sujeto individual, situándose dentro de las denominadas teorías funcionales. Sobre las teorías véase PUMPIDO FERREIRO Cándido Conde, Op. Cit., p. 34-40.

funcional) más lo que sí resulta relevante para el presente análisis es su trascendencia como fenómeno de exteriorización de la persona lo que sumado a criterios económicos resulta en un bien jurídico de suma relevancia.

Saber qué interés resulta preponderante frente a otros al momento de analizarla tipificación criminal, se logra a través de una interpretación del tipo penal que necesariamente debe analizar además de su ubicación sistemática, funcionalidad y coherencia, los fundamentos de su punición. En ese orden de ideas, considero que en los delitos de estelionato referentes a la venta de bien ajeno y litigioso ayuda mucho adoptar una visión funcional y dinámica del patrimonio en razón a que es la transferencia de bienes, situación nada estática, la que se encuentra recogida en el tipo objetivo. Lugar desde donde desarrollaré en que se funda la punición y el interés preponderante.

III.4.1.- Precisiones acerca del patrimonio del comprador

La idea de definir el patrimonio, además de observar la valoración económica inherente y el reconocimiento jurídico, está en determinar su función a raíz de sus características, pues de nada sirve definir y discutir jurídicamente sobre algo que no va a tener una función en la vida del ser humano, en la realidad.

Nuria Pastor, señala que el patrimonio es fuente de libertad de la persona, por lo que “la protección jurídica del patrimonio es el reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ PASTOR MUÑOZ Nuria, Op. Cit., p. 140.

En ese sentido, el derecho protege de distintas formas este ámbito de libertad en función a las exigencias de la realidad, empleando para esto sus diversas formas (civil, penal, administrativo, etc.). Creando en el ámbito penal, diversas modalidades de punción entendiendo la situación en la que se encuentra la persona y su patrimonio. Como ejemplo, si la persona tiene a disposición entera su patrimonio sin intención alguna de negociarlo, el derecho lo protegerá de terceros que intenten apoderarse de su patrimonio (materializado en bienes) sin su consentimiento.

Bajo esa misma premisa, en la situación en la que una persona intente negociar con su patrimonio e ingrese al mercado (en donde predomina las leyes de la oferta y demanda), el derecho asume que las personas que negocian con ella cumplirán en su rol de informadores con los deberes de veracidad impuestos normativamente por el propio mercado¹⁰⁵, sobre información inaccesible o formal. Sancionando al que haga víctima al comprador razonable por haberse incumplido el deber y mostrarle una información falseada de la realidad, lo que hizo que dispusiera erróneamente de su patrimonio o el que manejaba por encargo, causando merma en el mismo. Dicho interés, es de contornos precisos y resulta totalmente coherente con lo dispuesto por el artículo 197° numeral 4 del Código Penal.

Recalcar que son los medios fraudulentos que se dan en perjuicio del deber de veracidad en los agentes económicos, los que califican para ser sancionados. Precizando, que la simple falta al deber no implica necesariamente la comisión de un fraude, se exige que dicha omisión

¹⁰⁵ Deberes exigidos por el mercado, sin los cuales el mercado mismo no existiría debido al grado de incertidumbre que generaría en las transacciones, mermando la confianza de los negociantes.

comunique al sujeto que dispone su patrimonio una información falsa.

III.5.- No se debe sancionar al comprador y al vendedor por estelionato de venta de bien inmueble ajeno como propio o litigioso, cuando el único agraviado sería el propietario; pues no existe sujeto pasivo de la acción del tipo penal.

A pesar que en los puntos anteriores se realizan afirmaciones contundentes en cuanto los deberes de veracidad relacionada a los agentes del mercado en sus relaciones patrimoniales, se podría renegar que el análisis realizado se limita a una cuestión económica normativa que deja de lado al derecho penal y a su función protectora de bienes jurídicos. Lo cual me obliga a otorgarle otro fundamento de índole penal (bien jurídico) que fue esbozado en el primer capítulo como problema, pero que en este punto trataremos de explicar con mayor fuerza a fin que dé pie a una solución.

Lo cierto es que el esquema planteado por los jueces, en donde el propietario del inmueble o el litigante de un bien resultan agraviados del delito de estelionato por actos de los compradores, no realiza una tutela de bienes jurídicos coherente, lo que implica que la interpretación y el razonamiento judicial son incorrectos y su esquema se escapa del principio de legalidad.

El fundamento de esta afirmación, ahora desde el punto de vista bien jurídico, radica que en los delitos existe la figura del sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito. Como se explicó en el caso del estelionato sobre bienes ajenos o litigiosos en donde se coloca al agraviado al propietario o al litigante, no se ubica un sujeto pasivo de la acción. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 197 numeral 4 del Código Penal, si la acción es un medio fraudulento que pone en error a una persona a fin que en dicho estado disponga de su

patrimonio causando un perjuicio patrimonial a su persona o a quien represente formal o informalmente: no se encuentra a dicha persona ni dicha sucesión cronológica objetiva en las resoluciones judiciales expuestas en el primer capítulo; lo que se aprecia es la búsqueda de la responsabilidad de un perjuicio en virtud de un acto negocial; lo que no está tipificado en el artículo mencionado ni obedece al esquema del delito conforme a sus elementos.

En las resoluciones judiciales y dictámenes fiscales únicamente se observa la presencia de un propietario o litigante presuntamente agraviado, que poseería la calidad de sujeto pasivo del delito (estelionato), más no se observa a un sujeto pasivo de la acción que haya recibido la conducta descrita en el propio tipo. ¿Es posible hablar de coherencia en protección de bienes jurídicos cuando se sanciona dejando de lados criterios tan básicos? ¿Si se va aplicar una sanción por el 197 numeral 4 por desdoblamiento del perjuicio, primero deberíamos saber si hay un siquiera un primer perjuicio? Considero, que los magistrados deberían de sincerarse y sancionar lo que les parezca correcto a su discrecionalidad dejando de lado el principio de legalidad, sin embargo, eso no es aplicar derecho penal, eso es castigar sin importar la consecuencia, basándose más en una incorrecta interpretación extensiva que en una interpretación sistemática¹⁰⁶, que tome en consideración todos los elementos que fundamentan la punición de los delitos¹⁰⁷.

¹⁰⁶ GARCÍA CAVERO Percy, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Jurista Editores, 2da Ed., Lima, 2012, 284: sobre la interpretación sistemática “procura dotar de sentido a la ley interpretada, en atención a un contexto normativo general que permitiría ordenar los conceptos utilizados en la ley”.

¹⁰⁷ No parece compartir mi argumento GALVEZ VILLEGAS Tomas Aladino y DELGADO TOVAR Walther, Op.Cit, p.1052, cuando citando a Peña Cabrera Freyre señalan: “En este último caso, resulta discutible que se trate de una estafa, en tanto no existirá una relación de causalidad entre el engaño, la disposición patrimonial y el perjuicio, pues dicho perjuicio se ocasiona por una actividad posterior del agente,; sin embargo, este supuesto no podemos dejarlo impune, por lo que en este caso específico también debe incluirse como una modalidad especial de defraudación”

III.6.- No se sanciona por estelionato al comprador y al vendedor en perjuicio del propietario o el litigante así exista un medio fraudulento entre ellos, pues incluso dicho medio resulta irrelevante para la configuración del tipo penal específico.

Aquí analizaremos, uno de los fundamentos recogidos por los partidarios para justificar la sanción a los perjuicios causados únicamente al propietario o litigante, en la venta de bienes ajenos o litigiosos.

Se señala que existe un medio fraudulento digno de tutela en el delito de estelionato tipificado en el artículo 197 numeral 4 relativo al propietario y el litigante presuntamente afectado; pues ellos se verían perjudicados en su patrimonio en virtud a un medio fraudulento empleado por el comprador y vendedor que se coluden para perjudicar su patrimonio.

Dicho medio fraudulento es el que en algunos casos surge de la documentación que se elaboraría para simular la existencia de un contrato u otro acto jurídico y por tanto relaciones obligaciones patrimoniales de entrega de un bien ajeno o que versen sobre bienes litigiosos. Los mismos que en caso de bienes inscribibles pueden ser presentados ante un registrador negligente o cómplice y en el caso de bienes mueble servir para una retención injustificada del bien.

Asimismo, otro ejemplo utilizado es el ex propietario que realiza mediante engaño una segunda venta del bien, y esta sí es inscrita por el adquirente; con lo cual el propietario se vería perjudicado. Como respuesta, resulta curioso que el primer comprador (perjudicado) no inscriba su derecho y el segundo sí; a pesar que el Código Civil (norma de observancia obligatoria) dará mayor peso al derecho inscrito; y no hablamos aquí de premiar la diligencia y castigar la negligencia; sino que se note que la discusión aquí es netamente civil, en virtud a que al momento de la venta no existía engaño; más aún cuando nuestro

sistema de propiedad es consensual; lo que en todo caso habrá allí una discusión de mejor derecho.

Pero quedará la pregunta y el ex propietario que se benefició con múltiples ventas, ¿no será sancionado?, a mi entender sí pero no por perjudicar al propietario que no inscribió, sino por el segundo comprador a quién engañó generando un perjuicio pues deberá afrontar un juicio en donde demostrará su buena fe de ser el caso. Y en el supuesto que los dos se pongan de acuerdo, estamos ante un acto jurídico nulo por simulación que debe de contener declaraciones falsas para reconducirlo a tipos penales contra la fe pública.

En conclusión, las acciones incluso simuladas que perjudiquen al propietario resultan irrelevantes para el delito de estelionato, pues no se encuentra dentro del esquema de tutela que se desarrolla en el tipo penal, las mismas que deberán de ser sancionadas por tipos penales que establezcan una sanción para la conducta, de falsificar no solo documentos privados sino también documentos de carácter público, así como acciones civiles y administrativas en contra de los involucrados; legislación que existe y que a la fecha se encuentra en constante evolución¹⁰⁸

III.6.1.- El medio fraudulento contra el propietario o contraparte litigante resulta irrelevante.

Hay consenso en la doctrina que en los delitos defraudatorios resulta necesario un medio fraudulento, el mismo que debe tener la cualidad de ser suficiente (concepto de engaño bastante) para provocar un error en

¹⁰⁸ Prueba de ello es la publicación de la Ley 30313, Ley de Oposición al Procedimiento registral en trámite y Cancelación del Asiento Registral por suplantación de identidad.

un sujeto racional medio, violando los deberes de veracidad que impone el mercado a los agentes económicos; asimismo se aceptan supuestos en los que el hecho de mantener a la persona en error fundamenta la punibilidad del delito de estelionato.

En el caso del medio fraudulento que se estaría realizando en presunto agravio del propietario o litigante, cabe la pregunta ¿Dónde está el error del medio fraudulento que surge de un contrato de terceros? ¿Acaso el engaño (entendido por medio fraudulento) es incapaz de generar error al propietario?.

A la primera pregunta la respuesta es que no hay error, por lo que a la segunda pregunta en caso de sancionarla como estelionato se estaría cometiendo una equivocación. Ya que el contrato simulado que realicen dos personas sobre el inmueble de un tercero, nunca va a provocar en un tercero la idea que ese ya no es su bien. Ese medio fraudulento forzado al que se hace alusión, obviamente es incapaz de generar efectos de error en el propietario del bien, así tampoco el error afecta al litigante cuyo resultado del proceso es aún incierto hasta no tener una resolución firme. En ese orden de ideas resulta irrelevante pretender dar tutela jurídica a través del estelionato a engaños que no causan error en el supuesto disponente, ya que la propia estructura del fraude es secuencial no pudiendo llegar al perjuicio sin antes haber pasado por el error o la disposición, así lo plantea el 197 numeral 4; y en función a esa secuencia tutela un patrimonio, que es el que pertenece al engañado. Lo cual está en consonancia con dotarle de funcionalidad a los delitos patrimoniales y no que sirven como desincentivo a operaciones negócias lícitas.

III.6.2.- Supuestos en los que habría perjuicio del propietario y del litigante

Se me ha señalado, en exposiciones frente profesores y compañeros abogados, que existen supuestos en los que la venta del bien ajeno o litigioso afecta al propietario o al litigante, y que justificaría la intervención penal mediante e tipo penal de estelionato.

Uno de ellos es sobre la venta inscrita que se pueda realizar con documentos falsos celebrados entre el presunto vendedor y el presunto comprador en perjuicio del tercero propietario. Sobre este punto, mi respuesta es que ese medio fraudulento que iría dirigido en contra del registrador (salvo que sea cómplice) no constituye el delito de estelionato sino el de falsificación de documentos. Se señala que se afecta un patrimonio, es cierto que se afecta transitoriamente pero no a través de un medio fraudulento sino a través de una violación a la fe pública (buena fe registral) en el sistema de registros inmobiliarios que otorgan los documentos, el registrador no debe interiorizar ni hacer juicios sobre las ventajas de la venta, únicamente debe analizar los papeles que se otorgan; el perjuicio potencial o causado por la mala utilización del sistema registral (que no necesariamente debe ser de índole penal patrimonial) es un requisito del delito, por lo que el propietario perjudicado, al entrar en la redacción del tipo debería tener también la calidad de sujeto pasivo de la acción y del delito.

Sobre bienes muebles, se me refiere el hecho que vendan un televisor o artefacto de mi propiedad, con mi tesis no facultaría para un futuro reclamo. Si bien es cierto que mi tesis no pretende dar a respuesta

absoluta a las controversias, debo señalar que en estos casos el perjuicio corresponde a otros delitos, pues habría que preguntarse ¿Cómo la otra persona accedió a mi bien mueble para venderlo?, si lo hizo sin mi consentimiento estamos hablando de un hurto y su venta generará en su caso el delito de receptación, mientras que sí yo autorice a la otra persona mi bien incurriría en el delito de apropiación ilícita por realizar un uso distinto al que fue encargado. En el caso sea un bien inmueble, queda claro que el sistema registral debe coadyuvar en proteger la propiedad, a fin que se haga imposible que se pueda inscribir un nuevo inmueble.

Sobre el litigante, se pretende sancionar al vendedor y al comprador pues puede perjudicar la ejecución de la sentencia, sobre dicho punto es correcto el análisis de Pedreros Vega al señalar “1) con dicho razonamiento aceptaríamos que la sanción de dicho ilícito estaría sujeta a las resultas del proceso civil, lo cual resulta desacertado, pues para calificar de ilícito o no este evento, debemos situarnos en el momento de los hechos y analizar si concurrieron o no los presupuestos típicos, mas no detenernos a analizar si la sentencia civil es o no inejecutable, la pregunta que salta la vista es: ¿Qué pasaría si los litigantes (considerados agraviados en el caso penal) pierden el pleito?. Evidentemente jamás podrían ser considerados “agraviados” de estelionato”.¹⁰⁹

Se puede afirmar existen ciertos supuestos en los que el propietario de un bien puede resultar perjudicado de un contrato simulado, sin embargo, como lo vengo explicando de manera reiterada, no es posible reconducirle al delito de estelionato; pudiendo ser perfectamente materia de los delitos

¹⁰⁹ PEDREROS VEGA Donny, Op. Cit., p. 207.

contra la fe pública, como la falsedad genérica, la falsedad documental pública o privada, propia o impropia, etc.

Para concluir este punto, quiero precisar que aquí se confunden dos intenciones al tratar de dar cabida al propietario o al litigante en el delito de estelionato, la primera es que estos formarían parte del tipo penal regulado al ser agraviados del delito (lo que se descarta por no respetar la secuencia tradicional del 197 numeral 4 propia de los delitos defraudatorios descartando que su patrimonio sea el tutelado por el tipo, así como también que hay legislación que amparan su propiedad la misma que nunca se pone en discusión). La segunda es que independientemente del esquema es perjudicado, mediante el desdoblamiento del perjuicio; o sea el comprador es un perjudicado y el propietario otro perjudicado (ahora sí un sujeto pasivo del delito con sujeto pasivo de la acción delimitado). Esta última es una construcción más amparada en la responsabilidad civil, pero que mediante análisis que se realizará en el capítulo IV de esta tesis, considero que tampoco es amparable; siendo la confusión sancionar o formular acusación como si estuviera en el segundo supuesto cuando solo tengo lo del primer supuesto.

III.7.- Los remedios favor del propietario del bien

La vía civil otorga al propietario del inmueble preferencias absolutas de reivindicación ante cualquier derecho excepto la prescripción tal cual lo señala el *artículo 927° del Código Civil*:

Artículo 927.- *La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción.*

Además, los actos de mala fe no surten efectos oponibles al propietario del bien.

Sin embargo dicha derecho tiene una excepción:

Artículo 2014.- *El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.*

De aquí se desprende la posibilidad que el propietario tenga problemas, con el tercero de buena fe que ha adquirido mediante documentos falsos sus derechos reales, dicha situación obviamente va a surgir independientemente de la opción punitiva penal que se tome; pues no porque se sancione por estelionato u otro la conducta ilícita fuente del tercero de buena fe va dejar de existir, es una construcción civil que da seguridad jurídica a sujetos que reúnen determinadas características.

Pero para mayor protección de la propiedad, el 26 de Marzo del 2015 el propio Estado ha promulgado la Ley N° 30313 (Ley de Oposición al Procedimiento registral en trámite y Cancelación del Asiento Registral por suplantación de identidad), que se constituye en un remedio registral para salvaguardar en la vía extrapenal el derecho del propietario, que van con efectos tales como nulidades de pleno derecho de actuaciones notariales realizadas sobre inmuebles fuera de

su ámbito territorial; con procesos de oposición y cancelación que dificultan la entrada de terceros “de buena fe”.

En ese sentido, el propietario posee armas y tutela debida previamente a acudir a la vía penal, o de manera paralela, a fin de salvaguardar su derecho.

Y que cabe la pregunta si el propietario puede ejercer otras acciones civiles, ante el fracaso de su derecho a la reivindicación por la existencia de un tercero de buena fe, ante lo cual la respuesta es positiva.

Podría ejercer un proceso de nulidad de acto jurídico, en virtud a que el contrato de venta de bien ajeno se ha hecho con eficacia real inmediata afectando su bien, lo cual no es jurídicamente posible. O por la existencia de simulación, que si fácula entrada al tercero perjudicado:

Artículo 193 del Código Civil.- *La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.*

Finalmente, ante la imposibilidad del retorno de su bien, puede solicitar una indemnización, por el daño causado debido a la indebida inscripción registral, que perjudico efectivamente su derecho; pues es la inscripción lo que en concreto no le permite recuperar su bien.

III.7.1.- Remedios en contra del litigante procesal del bien en litigio

Aquí la solución parece más sencilla, pues si se transfiere el bien a otra persona, el litigante no tiene óbice en continuar con el juicio y con la ejecución, pues la misma se deberá entender vía la figura de la sucesión

procesal en contra del cedido, y con mayor razón si es una ejecución de garantías en donde lo que se persigue es el inmueble, no pudiendo en virtud al grado de concertación que tiene con el vendedor, asumir que desconoce la naturaleza del mismo.

III.8.-¿Resulta importante tutelar penalmente el interés del propietario?

Y en situaciones en las que se perjudica un bien jurídico, donde el derecho no pueda hallar respuestas de formas ordinarias pues los remedios empleados no resultan adecuados. Suponiendo que un tercero real de buena fe, adquiere el inmueble y es protegido por el ordenamiento civil pues efectivamente fue diligente; deberá transcurrir una acción reivindicatoria correspondiente y se determine el mejor derecho con la normativa expuesta; conflicto entre el propietario y el tercero con derecho inscrito que es materia aún de múltiples y acaloradas discusiones académicas en el ámbito del derecho privado y que ha sido materia de un Pleno Jurisdiccional Civil; sede en donde considero que el derecho penal no debe intervenir.

¿Resulta más apropiado sancionar, como se ha venido haciendo erróneamente a través del estelionato para evitar vacíos de punibilidad? Si a pesar que mi persona ha señalado que la vía civil tiene remedios adecuados y en ultima ratio los delitos contra la fe pública pueden satisfacer las expectativas del propietario, igual se me insiste en que se debe punir la celebración de contratos fraudulentos en los que efectivamente haya una disposición efectiva no consentida por el propietario, protegiendo la visión estática del patrimonio. Considero que dicha punición deberá desincentivar la celebración de contratos ficticios creados para dañar a través del registro u otro órgano similar. Cabe preguntarnos, si dicha

figura puede hacerse a través de un tipo penal ya existente (delitos contra la fe pública) o debemos recurrir a un nuevo tipo penal específico.

III.8.1.- ¿El interés del propietario puede tutelarse a través de otros tipos penales o un tipo penal específico?

Señalé anteriormente que encontraba en los tipos penales contra la fe pública, el lugar correcto para cautelar un interés patrimonial como es el del propietario del inmueble otorgado transitoriamente a un tercero de supuesta “buena fe”. Empero, también se me ha contestado que algunos jueces resuelven que el agraviado en los delitos contra la Fe Pública es la sociedad y en tal sentido no permiten participar al propietario o en su caso a la contraparte litigante. A pesar, que en mi experiencia profesional no he encontrado juez que sea renuente a incluir al perjudicado que sí forma parte del delito, mi tesis también debe cubrir dicho supuesto por excepcional que sea, es decir encontrar una solución penal en caso me sea requerida.

A mi criterio, no existen tipos penales en donde pueda ingresar dicho supuesto especial en caso sea rechazado por los delitos contra la fe pública. Podría pensarse en la estafa que se realiza sobre inmuebles y vehículos motorizados recientemente normada a través de la Ley 30076 y su modificación en el artículo 2° Decreto Legislativo 1351¹¹⁰, pues aquí

¹¹⁰ **Art. 196-A, modificado por el D. Leg. 1351. Estafa agravada**

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

pareciese que cualquier supuesto de fraude es permitido, sin embargo, sigue resultando difícil reconducir el engaño y el error en personas que son plenamente conscientes de lo que ocurre sobre sus bienes.

Por lo expuesto, considero necesario para estos casos excepcionales, en donde dos o más personas realicen contratos simulados de mala fe que causen un perjuicio efectivo a un tercero en la libre disposición sus derechos patrimoniales; se haga punible nuevamente el denominado “contrato simulado en perjuicio de otro”. Lo cual sería una solución que permitiría desincentivar conductas dolosas y de total mala fe que solo buscan crear perjuicio en patrimonio ajeno, pues repito que el hecho de proponer una teoría me obliga a responder también por los supuestos que pueda dejar sueltos, concretamente a personas que poseen y merecen una protección penal que estoy seguro irán disminuyendo, con la implantación de sistemas registrales más sofisticados e instrumentos que detecten la falsedad documental de manera eficaz.

III.9.- La figura del contrato simulado en perjuicio de otro

Figura penal tipificada ya en el Código Penal de 1924, y que se encuentra regulado actualmente en el Código Penal Español, y en Latinoamérica en Códigos importantes como el Argentino y el chileno.

Artículo 245° del Código Penal de 1924.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideraran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que el establece:

6. Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

(...) 4.- *El que otorgare, en perjuicio de otro un contrato simulado o recibos falsos.*

Se sanciona con una pena no mayor de 6 años y no menor de un mes, el hecho de otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, y es por su redacción tan sucinta que se presta a una gran cantidad de generalidades y polémicas respecto a su real alcance, ya que evidentemente puede invadir el ámbito del derecho privado por la simple discordia de un tercero¹¹¹.

La idea de implementarlo, debe hacerse con una redacción que tenga en cuenta que en la vía civil a la fecha posee y se encuentra implementando remedios contractuales tanto para prevenir como para mitigar las consecuencias de la simulación en el acto jurídico. Esto con el fin que no cualquier acto del deudor o entre deudores de pie a una denuncia penal.

En ese orden de ideas, el delito de simulación en contrato de perjuicio de tercero, no sería ya un delito genérico y que involucre la simple disposición de bienes en perjuicio del acreedor, sino uno en donde se sancione a:

El que celebre contratos o actos jurídicos de disposición de bienes inmuebles o vehiculares con simulación absoluta e indubitable que perjudiquen efectivamente a un tercero.

Dicho tipo penal tutela el interés del propietario, pero también pone trabas para que cualquiera que funja propietario pueda denunciar a su acreedor, ya que la simulación no debe dejar dudas en que es absoluta (que implica un análisis

¹¹¹ Precisar que el Código Penal Español de 1995 lo regula en el numeral 3 de su artículo 251°: *“El que otorgare en perjuicio de otro contrato simulado”*. Siendo la doctrina discrepante con su adopción y peor con su importación a Hispanoamérica, al no existir un acto de disposición provocada por el engaño, sino la sola verificación de un perjuicio; para mayor detalle PUMPIDO FERRERIO Cándido, op. cit., p. 225-227.

importante de tipo documental por lo podría existir un concurso de delito con ilícitos contra la fe pública), y el mismo se reconduce al ámbito de los bienes inmuebles y vehiculares por ser las más sensibles en la actualidad, siendo los demás supuestos en virtud al principio de subsidiariedad del derecho penal podrán solucionarse mediante los artículos 190° a 194° del Código Civil.

La doctrina¹¹² señala que este delito debe entenderse realizado cuando se verifica un nexo causal entre el engaño y el perjuicio al carecer de estado psicológico de error y disposición patrimonial.

Para terminar, resulta también importante la ubicación de este tipo penal en caso sea implementado, a lo cual considero que debe de regularse como un tipo penal autónomo dentro de los delitos contra el patrimonio, pues pesar de atentar contra la fe pública de manera análoga a la falsedad genérica, lo relevante aquí es el patrimonio del perjudicado. Con una pena aplicar similar o menor al estelionato teniendo también en consideración que nos encontramos frente a circunstancias que lindan muy estrechamente con lo lícito.

III.10.- El delito de estelionato sobre venta de bien inmueble ajeno como propio o bien litigioso, bajo la óptica de mi investigación

Brevemente concluiré este capítulo, señalando que mis afirmaciones demuestran una mayor consistencia que las empleadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional, la cual en el primer caso ha preferido solo realizar un análisis judicial o un desarrollo aparejado a la estafa, mientras que en el segundo caso solo se han preocupado en solucionar diversos supuestos de hecho dejando de lado estelionato.

¹¹² CHOCLAN MONTALVO José, op. cit. p. 106.

He partido de la idea básica, que las conductas objetivas descritas en el tipo penal de estelionato, no guarda relación con lo que se pretende tutelar judicialmente en muchos casos.

Asimismo, entiendo que el patrimonio más que un concepto es un instrumento de libertad, el mismo que es tutelado por el derecho en muchos de sus contextos, concretamente en el estelionato protege a la persona frente a quién incumplió con el deber de veracidad en la información otorgada no accesible, razón por la que dispuso de su patrimonio erróneamente perjudicando un bien propio o de terceros. No existe otro ámbito de tutela más que el descrito, más aún, cuando se entiende que en los delitos de defraudación existe un ánimo voluntario erróneo al momento de entregar el patrimonio.

Sobre dicho punto, también me detengo a fin de analizar cuestiones de técnica penal al momento de elaborar los tipos penales, pues en virtud al supuesto señalado en donde el comprador y el vendedor se coluden para simular una compraventa sobre bienes ajenos o litigiosos, no existe sujeto pasivo de la acción, más para la jurisprudencia sí existiría un sujeto pasivo del delito, situación incoherente y absolutamente insostenible.

Aunando los dos puntos anteriores, la óptica de mi investigación también determina que el medio fraudulento que presuntamente justificaría la aplicación del delito de estelionato, tampoco resulta sostenible pues no hay forma que dicho fraude haga incurrir en error al propietario del bien o al litigante, ya que ellos conocen plenamente la realidad de los hechos y la asignación de sus bienes.

Lo que me hace concluir, que estoy frente a una posición sólida que ya puede defenderse frente a lo escrito y lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, una toma de posición que no solo puede defenderse sino también puede atacar, a fin

de alimentarse y mejorar con nuevo conocimiento.



CAPITULO IV CONFRONTANDO A LA SITUACION ACTUAL FRENTE A LOS BENEFICIOS QUE OTORGA MI POSTURA

IV.1. Nota previa

Aquí si considero importante realizar una breve introducción, pues la actual situación, trastoca el delito de estelionato en venta de bienes ajenos y litigiosos, en razón a que no existe una correcta determinación sobre el fundamento del injusto que se sanciona en el citado delito, básicamente las soluciones otorgadas por la doctrina nacional y que se reflejan en la jurisprudencia no poseen una consistencia que permita decir que nos encontramos frente a sanciones por actos fraudulentos de relevancia penal. Sino que nos encontramos frente a la sanción asistemática por daños al patrimonio o expectativas patrimoniales de un tercero, presumiendo sin el menor rigor jurídico que la celebración de actos jurídicos implica ya un medio fraudulento.

Mi postura, que es la de asumir que en el delito de estelionato lo que se sanciona es la lesión al patrimonio, patrimonio que debe ser entendido como la unidad personalizada estructurada con la finalidad de lograr el desarrollo de los sujetos dentro del mercado, por lo que no podemos separar patrimonio de libertad. Por tanto el incumplimiento de las normas de mercado sobre los deberes de información que pesan en el vendedor son el fundamento del injusto que se sanciona como delito, lo que implica necesariamente que es al sujeto a quién se privó del conocimiento sobre la naturaleza ajena o conflictiva del bien, aquél para quién está pensado el tipo penal de acuerdo a su estructura y correcta sistemática.

IV.2.- La norma se interpreta con una mejor lógica a su texto, sistematicidad y precisión, lo que ayuda a una mejor aplicación y estudio; a fin de terminar con la indeterminación existente.

Con relación al tipo penal que sanciona el delito de estelionato, si tomamos la teoría funcional del patrimonio queda claro de su redacción que los supuestos no exigen un perjuicio patrimonial cuantitativo para su consumación, y si vamos en mayor detalle tampoco exige disposición patrimonial como traslado de bienes; es decir, basta que se entregue dolosamente información errónea con la finalidad de incidir en la decisión de consumo del comprador y este afecte la organización de su patrimonio para hablar de disposición; y para hablar de perjuicio la mella a las cualidades del patrimonio para satisfacer necesidades y no de poner en una balanza éste.

Entonces si el estelionato es un tipo penal que protege el patrimonio, que además se encuentra como otra forma de defraudación, y nos señala que alguien presenta como B lo que es A. Se está sancionando una inobservancia informativa relevante de un agente del mercado, al ser información inaccesible del comprador. Tal engaño para ser típico debe incidir en el propio objeto de la transferencia que es la propiedad o la señalada en el artículo 197° numeral 4°; un engaño distinto no se enmarca en el delito.

La falta de mención expresa de la disposición y el perjuicio, no lo hacen inexistente sino que nos invita a verlo con otros matices, que parten también de una teoría funcional personal que se olvide de los métodos tradicionales análisis, y que a la larga logra una mejor protección del patrimonio.

Dicha interpretación no es antojadiza, pues sí se desprende del tipo penal, por lo que aquí se protege es la libertad del sujeto en disponer de sus bienes de manera informada. Aquí vendrán las críticas, señalando que mi interpretación

del delito ahora no tendría relación alguna con el patrimonio y ni criterios de objetivación a través del perjuicio (lo cual ya fue explicado al señalar que los análisis cualitativos no están privados de objetivación); señalándose que se ensalza la libertad de disposición sobre el patrimonio¹¹³(no existiendo tampoco problema en entender la libertad de disposición como uno de las manifestaciones del patrimonio).

Al respecto, la concepción personal de patrimonio¹¹⁴ que entiende a éste como “fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad”, que le resta importancia al potencial económico y destaca la finalidad pretendida por el dueño del patrimonio, yendo más allá de una mera suma económica¹¹⁵; implica que la libertad de disponer sus bienes de manera informada que protege nuestro tipo penal de estelionato, contiene ya la defensa del patrimonio el cual ha dejado de ser un mero dato económico con relevancia jurídica, para convertirse en una esfera de libertad importante digna de tutela penal pues implica el desarrollo de la persona en el ámbito material.

Así como día a día los médicos entienden y tratan mejor las enfermedades en razón a nuevas perspectivas y reinterpretación de conocimientos, la doctrina del derecho penal especial ha reformulado de manera más coherente el concepto de patrimonio. La intención del legislador nacional al momento de sancionar el estelionato al no hacer mención de dos elementos importantes en doctrina extranjera (disposición y perjuicio patrimonial), no lo hizo teniendo cuenta interpretaciones del patrimonio mediante concepciones personales y funcionales. Pero siquiera bajo una concepción jurídico económica es

¹¹³ Ilustra perfectamente PASTOR MUÑOZ Nuria, *La determinación ...*, p. 52.

¹¹⁴ Reiterando, que mi postura también es útil con tesis clásicas como las económicas y las jurídico económicas.

¹¹⁵ GALLEGOS SOLER José Ignacio, op. cit p. 177.

sancionable, pues aquí tampoco es tácito que de cualquier daño al patrimonio se sancione el estelionato presumiendo o creando un medio fraudulento artificial. Ya que se están saltando del engaño al perjuicio, sin existir un error o una disposición patrimonial producto de la falsa apreciación de la realidad.

El hecho pensar más en el engañado que en el propietario que pueda ser perjudicado, repito, crea un mejor ámbito de tutela, y por eso que estas concepciones personales se desenvuelven perfectamente en la redacción del tipo con sistematicidad, y refuerzan la tesis aquí impulsada,

La teoría personal del patrimonio, igualmente deja en salvaguarda una inconsistencia importante, pues a través de ésta será imposible interpretar la norma de tal manera que nos encontremos frente a un tipo penal con sujeto pasivo del delito sin sujeto pasivo de la acción, pues aquí sabemos perfectamente quién es el sujeto pasivo de la acción pudiendo determinar en función a criterios de atribución simple quién es el sujeto pasivo del delito.

En ese orden de ideas, la adopción del concepto personal de patrimonio, entendiendo a esta como fuente de libertad, ayuda a una interpretación más beneficiosa y la misma no debe restringirse únicamente al delito de estelionato y otras defraudaciones dentro de su ámbito de aplicación, pudiendo utilizarse en el delito de apropiación ilícita en donde el momento de la consumación continúa siendo parte de la discusión actual¹¹⁶. Por lo cual aporta, y obviamente va a mantener puntos de resistencia en razón a que cambia el concepto clásico y tradicional de patrimonio que se sigue manejando desde una óptica económica en algunos casos y económica jurídica; esperemos que esa resistencia venga acompañada de argumentos coherentes, y no solo de críticas.

¹¹⁶ Pues se discute si el momento de la consumación aparece cuando el sujeto activo realiza actos disposición concreta sobre el bien mueble o cuando lo incorpora a su patrimonio.

IV.2.1.- La modalidad de estafa agravada del 196° - A numeral 4 y el delito de estelionato y el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1351

El artículo 2° del Decreto Ley 30076, publicada el 19 de Agosto del 2013 modificó el artículo 196° del Código Penal creando modalidades de Estafa con carácter agravado, en razón a una supuesta necesidad de combatir la inseguridad ciudadana.

Artículo 196-A. Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

- 1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
- 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.
(subrayado personal)*

Luego el 06 de Enero del 2017 se emitió el decreto Legislativo N°1351 que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana, en cuyo artículo 2° se modifican una serie de normas entre ella la estafa agravada.

Artículo 196-A.- Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

- 1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
- 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.*
- 6. Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.*

De manera preliminar, podemos observar que este tipo penal modificado es no autónomo, por lo que necesita de la estafa para su aplicación, siendo supuestos específicos de la estafa que tienen mayor pena que el tipo base en función a elementos basados en la calidad y cantidad de las víctimas, la cantidad de persona intervinientes en la comisión del delito, la vulneración de información financiera privada y de la ocasión en la que es realizada. Dicha circunstancias a criterio del legislador merecen mayor reproche, consideramos a que son formas de estafa que han tenido mayor repercusión mediática social y no por criterios de pluriofensividad o

novedad, salvo el último supuesto, aunque éste también se encontraba ya cubierto por el 196° original¹¹⁷.

El punto más interesante de estas modalidades de estafa, forma de defraudación al igual que el estelionato, está en el numeral 4° en donde se sanciona la estafa realizada en ocasión de compraventa de vehículos motorizados y bienes inmuebles. La pregunta es: ¿Qué vínculo existe entre esta modalidad de estafa y el estelionato?, ¿Se está sancionando una misma conducta en dos tipos penales distintos?, ¿Por qué este tipo penal tiene una pena mayor que el estelionato?, ¿Qué supuestos abarca entonces?

En el desarrollo de mi posición he señalado que el estelionato es una modalidad de defraudación distinta de la estafa, de este modo se encuentra planteado en nuestro Código Penal. Asumir que el estelionato es una modalidad de estafa e imputarle todos sus elementos soslayando que la pena es inferior a la del supuesto tipo base por un error del legislador y seguir adelante, no lo considero para nada adecuado; pues a mi criterio no es un error. Como ya fue explicado el capítulo del estelionato. entre otras circunstancias, no solo se analizan supuestos en su mayoría de los casos son actos lícitos y regulados por el Código Civil por lo que sanción es más que excepcional, sino que el derecho proporciona información al instrumento-víctima fin que conozca los antecedentes del bien, creándose un medio fraudulento de intensidad

¹¹⁷ Aunque en el cuarto numeral queda clara la tendencia de sobre proteger la enorme cantidad de compras inmobiliarias y ventas vehiculares que ha traído el desarrollo económico, en donde los bienes nunca son entregados, o si los son, presentan características distintas o con graves desperfectos, imposibles de conocer por el comprador.

mínima, y el error linda casi con la negligencia; por tanto el delito de estelionato no alcanza el nivel de la estafa, en donde la forma fraudulenta es de mayor intensidad al no venir acompañado de mecanismos jurídicos de soporte a favor de la víctima instrumento, hacen que el error en el que incurre no linde con la negligencia. En ese sentido, el estelionato como está regulado en nuestro Código tiene características distintas al delito de estafa, al no llegar a su nivel de lesividad, y teniendo como origen en supuestos distintos y perfectamente investidos de autonomía.

Aclarado este punto, sirve ahora para diferenciar a la estafa agravada con ocasión a venta de bienes inmuebles y vehículos automotores, pues el artículo 196° numeral 4 del Código Penal sancionaría la conducta del sujeto cuando a pesar de encontrarse en una compraventa los actos en los que recae el engaño no versan en su ajenidad, litigiosidad, carga o gravamen (las cuales tienen mecanismo jurídicos de información) sino sobre circunstancias distintas (como el precio, las condiciones, la capacidad, etc.) en la que el sujeto pasivo del delito no podrá reparar con facilidad, a menos que tenga conocimiento especiales¹¹⁸. Lo cual no hace más que reforzar mi tesis en la diferenciación entre la estafa y el estelionato.

Por ejemplo, la venta de un vehículo en el que el sistema de dirección se encuentre averiado y no se informe de esto al comprador; obviamente no es estelionato, más sí estafa, en donde el adquirente no tendrá una forma general de conocer sobre dicho desperfecto, ya que no existe un registro

¹¹⁸No obstante, no podemos minimizar la lesividad del delito en función a conocimientos especiales adquiridos de manera personal por la víctima, pues se estaría desalentando a las personas a conocer ya que eso beneficiaría al autor, a diferencia de los mecanismos jurídicos de información que están a disposición de toda la población en general.

de autos con avería en frenos; por lo que se crea un engaño de intensidad mayor en donde la capacidad del poder conocer disminuye en el comprador y la posibilidad de abusar de la ignorancia en virtud a la falta de información específica sobre el incremento.

Lo mismo sucede en el caso de bienes inmuebles (en donde creo que apunta más la norma en función a la creciente venta inmobiliaria), en donde sí se vende un bien próximo a construir con determinadas características y equipamiento, por las que me obligo a pagar o efectivamente pago; y llegado el momento me entregan algo totalmente distinto, que nunca hubiese despertado una expectativa de compra, debe ser materia de sanción penal.

Dicho esto, quedan claro los supuestos en los que se regula el artículo 196° numeral 4 del Código Penal, los mismos que no tienen por qué confundirse con las conductas reguladas por el delito de estelionato.

IV.3.- La Jurisprudencia y su interpretación discrecional de la norma al momento de sancionar se ven limitadas al no superar las cuestiones de la tesis. Resultando necesaria a la Jurisprudencia exigir el medio fraudulento, el error, la disposición patrimonial y perjuicio dirigida al comprador.

La respuesta que surge de mi tesis al ser acogida por la jurisprudencia, evitará que esta continúe incurriendo de manera reiterada en imprecisiones en cuanto al delito de estelionato, tales como:

Supuesto 1	A vende un bien ajeno como si fuera propio a B, sin que B conozca de la ajenidad	Se sanciona Estelionato por engañar al comprador y al propietario como perjudicado
------------	--	--

Supuesto 2	A vende un bien ajeno como si fuera propio a B, y B conoce de la ajenidad	Se sanciona Estelionato por perjudicar al propietario
Supuesto 3	A vende un bien litigioso como si fuera libre a B, sin que B conozca de dicha situación procesal del bien	Se sanciona Estelionato por engañar al comprador y a la contraparte procesal como perjudicado
Supuesto 4	A vende un bien litigioso como si fuera libre a B, y B tiene conocimiento del carácter litigioso del bien.	Se sanciona Estelionato por perjudicar a la contraparte procesal.
Supuesto 5	A y B se ponen de acuerdo para apoderarse de un bien de C creando un acuerdo sobre la base de documentos falsos, A y B logran inscribir ese acuerdo en Registros Públicos	Se sanciona Estelionato en concurso real con falsificación de documentos en perjuicio del propietario (pudiendo existir cohecho o falsa declaración en procedimiento administrativo)

Entre estos casos u otros con ligeros matices son los que dan pie a la imputación por el delito de estelionato, no obstante, es fácil darse cuenta que su aplicación ya no está en función al medio fraudulento que induce a error sobre información en cuanto a la titularidad o litigiosidad del bien, sino al perjuicio del propietario

del inmueble o la cosa.

En tal sentido, resulta increíble que a la fecha se procese y se sancione por estelionato simplemente por ceder mi situación procesal en un litigio sobre un bien inmueble, o solo por ceder mis derechos de propiedad sobre un inmueble que se encuentra en poder de un tercero que tiene un título fenecido, o por haberme obligado a vender un bien ajeno dentro de las modalidades que permite el Código Civil, entre otras conductas que implique la transferencia de un derecho propio o discutido con pleno conocimiento de ambas partes.

Y lo mismo pasa con el comprador, ¿acaso los juzgados pueden limitarme el derecho a la libertad de contratar e impedir que compre un bien que conozco que está en litigio?. Pues, en este país sí. Aquí, las personas se encuentran limitadas a transferir sus derechos y a que se le transfieran, porque el bien está en poder de un tercero ya sea legítima o ilegítimamente. En el Perú, para los juzgados penales la normativa civil no regula más que cuestiones adjetivas; y lo peor es que no solo me lo van a prohibir sino que incluso me van a sancionar penalmente por ello.

La tergiversación del estelionato al incluir como agraviado al propietario ha permitido que causas de solución civil se conviertan en causas penales, lo que desincentiva la óptima transferencia de la propiedad, la confianza en la norma y la funcionalidad de los derechos; pues las personas a su pesar deberán “cargar” con sus derechos pues las transferencia esta proscrita, no importa que existan otros sujetos que quieran asumir una situación jurídica patrimonial determinada a su cuenta y riesgo. Y todo en beneficio de un propietario que no participa en el negocio, que no se ve perjudicado, o en su defecto no lo es de estelionato, y que posee una gran gama de derechos extrapenales para proteger su interés

patrimonial; beneficio que puede terminar protegiendo al que detenta el inmueble con título ilegítimo usufructuando el inmueble, que se aprovecha de una incorrecta interpretación judicial que da ingreso al propietario so pretexto de hacer justicia.

La respuesta que otorga mi tesis, evitará que la jurisprudencia en virtud a interpretaciones ajenas al texto de la ley proteja intereses distintos al que cautela el tipo penal. Pues logra determinar que el fundamento del injusto del estelionato, es aquel en donde el medio fraudulento relevante es el que surge del vendedor al comprador; y donde éste último toma una decisión equivocada en su patrimonio al no ser informado de la compra de un bien ajeno o litigioso.

Mi tesis permite identificar claramente cuál es el engaño y el error en juego, al defraudarse expectativas que surgen de un contrato o un acto jurídico previo. Asimismo, nos permite apreciar el daño al bien jurídico patrimonio que se causa mediante el medio fraudulento y el error. Todo ello, sin necesidad de crear un vínculo artificioso con el propietario.

La postura que adopta mi tesis, que no hace más que limpiar el camino trazado por el tipo penal, no restringe libertades ni desincentiva transferencias, todo lo contrario las promueve, en razón que las personas podrán negociar a su cuenta y riesgo sin temor a ser procesadas o sentenciadas por alguien con quien no tiene una relación obligatoria; en donde cualquier desavenencia podrá ser resuelta por la vía civil de ser el caso. Asimismo, al hacerlo más preciso fortalece un tipo penal importante que podrá avocarse a su verdadera misión que es el combate a la defraudación y fomentar la protección de los agentes del mercado. Mi respuesta al problema, requiere que los magistrados y fiscales no prosigan causas por el delito de estelionato en donde no exista un engaño u otro medio

de fraude que induzca a error al comprador, arrendatario sobre la ajenidad o litigiosidad del bien.

Si llegamos a esa finalidad, se creará una menor carga procesal, pues el que es propietario real y se vea afectado, acudirá a la vía civil en donde solicitará la aplicación de la normativa que lo protege, o en su defecto acudirá con sus documentos a denunciar la falsedad incurrida. Mientras que el falso propietario al verse perdido en la vía civil, en muchos casos no denunciará ya que conoce que la debilidad de su título o la carencia de éste; así como verosimilitud del acto realizado por terceros.

IV.4.- La imprecisión por parte de la doctrina nacional sobre la aplicación del delito de estelionato en la venta de bienes inmuebles ajenos o litigiosos, resulta corregida y mejor explicada por mi posición.

Al considerar al comprador del bien defraudado por la venta de bien ajeno o litigioso como agraviado exclusivo, la doctrina conseguirá explicar de manera correcta el delito de estelionato ya que no necesitará interpretar circunstancias que no se encuentran en el texto legal y ajenas al medio fraudulento dentro de la relación jurídica patrimonial.

Esto es importante, pues cuando se inicia la explicación del capítulo de defraudaciones, se hace mediante una estructura sistemática en donde se tiene que explicar que estamos frente a delitos en donde la propia víctima entrega sus bienes, no mediante violencia o intimidación, sino mediante error. Estamos frente a actos voluntarios en falsa realidad de disposición patrimonial que generan un perjuicio, a diferencia del hurto, la apropiación ilícita, el robo, la usurpación, extorsión y receptación.

Luego llega el problema, pues una vez que se explique la estafa de manera tan

sistematizada y se siga a otras formas de defraudación, incluyendo la doctrina (ya señalada y con la que discrepo) que ve al estelionato como una especie de estafa, **los profesores se ven en la obligación de señalar que también es estelionato cuando se vende un bien ajeno en perjuicio del propietario o litigioso en perjuicio de la contraparte en el proceso.** La pregunta es ¿Y dónde quedó la estructura de los delitos defraudatorios?, ¿Dónde quedó la relevancia del engaño?, ¿el error? ¿La autoprotección de la víctima?; y en cuanto a mi postura sobre la defraudación: ¿Dónde queda la publicidad registral *iure et de iure*? ¿La tesis que el propietario tiene remedios extrapenales expeditos y una normativa que ex ante lo protege prácticamente frente a todo riesgo?. ¿No que la venta de bien ajena es regulada por el Código Civil?.

La respuesta de por qué se defiende indebidamente al propietario, se desprende de un dato otorgado por la jurisprudencia e) citada en la primera parte de mi trabajo: en donde el propietario del bien con sentencia a favor solicitaba a la Sala Penal que le devuelvan el inmueble y la Sala Superior ordena que haga valer su derecho por la vía correspondiente: **la respuesta es que al derecho penal se le ha dado por cautelar la propiedad a cualquier costo; pero al final no le alcanza, por qué no es su función.**¹¹⁹

Hacer víctima al propietario de estelionato o de un delito de falsedad, no lo hace menos propietario o más propietario, la recuperación del bien no depende de forzar las figuras penales sino de un adecuado asesoramiento por parte de la doctrina en una correcta sistemática del delito.

¹¹⁹ Podría señalarse que el artículo 15° del Nuevo Código Procesal Penal sobre nulidad de transferencias, faculta al juzgador a realizar dicha función de reivindicación; lo cual no es correcto. Pues remiten a supuestos como las transferencias realizadas para reducir el patrimonio a fin de mermar el pago de la reparación civil (artículo 97 del Código Penal); y materia de decomiso sobre instrumentos, efectos o ganancias del delito del artículo 102° del Código Punitivo (no estando incluido el estelionato en el catálogo de delitos para pérdida de dominio, los que nos ahorra el análisis sobre si dichos bienes fueron instrumento);

Esa correcta sistemática se respeta con lo propuesto en mi tesis, ya que teniendo solo la mira en el engaño o forma fraudulenta contractual no se forzarán ni llevará más allá de la interpretación propia de esta clase de delitos. Con lo que la explicación que se haga a nivel académico no afrontará turbulencia alguna ni deberá salirse del camino para proseguir.

Ahora, un lector ávido podría advertir que en este capítulo solo me he referido a actos en donde no hay engaño en el contrato pues ambas partes contratantes conocen de la ajenidad del bien, no obstante, ¿Qué pasa cuando sí hay engaño al comprador, y se perjudica al propietario?, ya que sector de la doctrina que se ha preocupado en el estelionato¹²⁰ señala que aquí sí habría un perjuicio a tercero en este caso el propietario dentro del referido ilícito penal, al advertirse un vínculo en el perjuicio, o como señala la jurisprudencia un “desdoblamiento” del perjuicio. Di una respuesta cuando me referí al medio fraudulento, en donde le negué al propietario la calidad de agraviado, pero quiero ahondar ese punto con mayores razones.

Me reafirmo que en los casos en que se defraude al comprador del bien sobre su ajenidad o litigio, causando en éste una organización perjudicial del patrimonio habrá estelionato, habiendo sufrido un perjuicio el comprador, pero considero que aún en esos casos el propietario no debe ser considerado agraviado del delito.

Y fundamento mis razones en lo siguiente:

¹²⁰ PEDREROS VEGA Donny, op. cit.

- i. Resulta obvio que si el comprador es la víctima, es por qué no pudo hacerse de la propiedad, la cual se mantiene en la esfera patrimonial del propietario, por lo que no hay perjuicio.¹²¹
- ii. La propiedad conforme a al artículo 923° de Código Civil y 70° de la Constitución Política del Perú, se encuentra plenamente garantizada frente a cualquier ataque, no obstante, debiendo tener del propietario un mínimo de diligencia registral para anteponer su derecho a otros derechos reales¹²² conforme a la publicidad registral¹²³ y a la legitimación¹²⁴ recientemente modificada para una normativa que protege aún más al propietario que fortalecen su poder jurídico frente al bien (Ley N° 30313) frente a ataques de terceros por actos jurídicos en su perjuicio. Asimismo, hasta la propiedad no inscrita tiene pleno reconocimiento y fuerza jurídica conforme lo ha dejado claro el VII Pleno Jurisdiccional Civil al definir sus alcances¹²⁵.

¹²¹ Si la normativa civil protege al propietario cuando las partes acuerdan sobre un bien ajeno, con mayor razón lo protege y mantiene su propiedad cuando una de esas partes ha sido defraudada

¹²² **Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos**

Artículo 2022.- *Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.*

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común

¹²³ **Principio de publicidad**

Artículo 2012.- *Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.*

¹²⁴ **“Artículo 2013. Principio de legitimación**

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

¹²⁵ El VII Pleno Jurisdiccional Civil celebrado el 05 de Noviembre del 2015 por la Corte Suprema de la República, reafirmó que el derecho a la propiedad no inscrito prevalece sobre los embargos inscritos, en virtud a los procesos de tercería en las que una de las codemandadas logra una medida cautelar en contra del inmueble inscrito a nombre de su deudora, en donde luego aparece el tercero con un título de propiedad no inscrito anterior a la medida cautelar.

- iii. Se deriva del punto anterior la normativa civil, que ante la existencia de un contrato que tiene como objeto un bien ajeno, es pasible de una demanda de nulidad de acto jurídico o por simulación, a fin que su propiedad se retrotraiga, o una demanda de mejor derecho de propiedad y en caso se evidencie la existencia de un tercero de buena fe adquirente pueda lograr satisfacer su interés mediante una demanda por daños en contra del vendedor ilegítimo. Pero nótese que en este último supuesto, el comprador no fue perjudicado (requisito del estelionato) con lo cual no es el supuesto de entrada al estelionato que señala la doctrina, sino nuevamente el de entrada a cualquier costo del propietario, por eso señalé que dicha idea no solucionaba el problema.
- iv. El propietario no formaba parte del contrato en donde se incumplieron deberes de información que condujeron al error, darle entrada por el solo hecho de ser perjudicado, implicaría darle entrada a cualquier persona por perjudicarse del negocio jurídico. En ese orden de ideas ¿qué pasa si además el bien estaba siendo arrendado por otra persona? ¿O tenía una reserva de venta?, estas personas también han sido perjudicadas y de acuerdo a un “desdoblamiento del perjuicio” también deberían ser incluidas. Entonces dicha premisa, es impracticable debiendo existir un vínculo de perjuicio evidentemente causado por la forma fraudulenta (como en el caso del dueño del dinero de la persona que fue engañada)
- v. Si lo que se pretende es incluirlo por temas procesales (de economía procesal) ya que el propietario se ahorraría otro proceso, la vía penal

no es el área de tutela más adecuado para su interés, pues como se demostró, la vía penal no le va a entregar su bien, como bien lo haría un proceso de nulidad de acto jurídico por simulación, mejor derecho; o una indemnización, o en su caso consentir el acto jurídico mediante una transacción. O sea no solo forzamos un vínculo inexistente por tenerlo como perjudicado, sino que de verdad lo convertimos en un perjudicado pues lo ponemos en un proceso en donde no va a conseguir su objetivo, ya que la contraparte podría señalar que ya hizo uso de su acción civil en el proceso penal y restringirle los remedios civiles. Siendo que en el caso fuera agraviado de falsedad, señalaría que va como parte civil solo por la falsedad del documento, con lo cual tiene expedita su acción civil al no tener al contrato como objeto de proceso, se protege de argumentos perniciosos, y el resultado penal sí le favorece incluso al juicio civil.

Por estas consideraciones considero que mi tesis sí realiza un aporte en lo doctrinario, lo que en el futuro puede ser tomado en cuenta a fin que se deje bien marcado los márgenes del delito de estelionato.

IV.5.- La configuración de los delitos contra la fe pública abarca una tutela del propietario del bien, mediante la acreditación del perjudicado, lo que es solicitado por el propio tipo penal sin necesidad de forzar el tipo penal de estelionato.

Conforme a mi tesis, la protección del interés del propietario y la contraparte procesal se satisface con el catalogo que ofrece el Código Penal en los delitos contra la Fe Pública. Y esta afirmación se sustenta en el hecho que el objeto de

protección de los delitos contra la Fe Pública¹²⁶ sí tiene capacidad de respuesta ante la existencia de conductas que consistan en falsear un documento o declaración, para introducir una declaración inexacta dentro de este, lo cual supeditado al perjuicio potencial o efectivo

Los delitos contra la fe pública tienen como bien jurídico objeto de tutela, la seguridad y la fiabilidad en el tráfico jurídico, que es precisamente la expectativa que con mayor claridad se vulnera cuando dos personas realizan actos jurídicos con declaraciones falsas. No resulta amparable para hablar de confianza en el tráfico jurídico si permitimos que las personas vayan celebrando contratos que contienen manifestaciones de voluntad falsas u objetos ilícitos o imposibles¹²⁷.

Asimismo, contiene una condición objetiva de punibilidad¹²⁸ que es el perjuicio, el que afecta a terceros¹²⁹ (en gran mayoría de sus casos particulares), siendo la puerta de ingreso del propietario en estos delitos. Como bien señala Urtecho Benítez: *“es de precisar que aquí se define el perjuicio o daño relacionado con el bien jurídico de los terceros que vienen a ser los afectados particulares inmediatos”*¹³⁰

¹²⁶ Como lo describe Luis Alberto Bramont – Arias Torres, el bien jurídico protegido de los delitos contra la Fe Pública pasó inicialmente del derecho a la verdad (concepto abstracto) para luego descansar en el concepto de Fe Pública; no obstante, resulta correcto en virtud a una visión utilitaria entender que lo que se protege es la seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico, para mayor detalle BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, GARCÍA CANTIZANO María del Carmen, Op. Cit. p. 622-623. Bajo la misma idea pero bajo un concepto que no explicaría bien lo relativo a los documentos privados: PAREDES INFANZON Jelio, *Delitos contra la Fe Pública*, Jurista Editores, Lima, 2001, p. 44-45 señala que “el Estado otorga autoridad legítima a determinados funcionario públicos a fin de autenticar determinados actos o documentos a fin de generar certeza y validez jurídica de éstas, en la interacción social. Ello es importante porque da lugar a una confianza colectiva en la sociedad; mediante la FE PÚBLICA se tutela penalmente, entonces esta confianza colectiva que se tiene subjetivamente de ciertos actos o documentos autenticados por un funcionario público”.

¹²⁷ Sobre contrato de venta de bien ajeno NINAMANCCO CORDOVA Fort, op. cit. p. 58 y ss.

¹²⁸ Explica la discusión acerca de si el perjuicio es un elemento del tipo o un elemento objetivo de punibilidad: URTECHO BENITEZ Santos, *El perjuicio en los delitos de Falsificación Documental*, Segunda Edición, Lima, Idemsa, 2015, p.343 y ss

¹²⁹ URTECHO BENITEZ Santos, op. cit. p. 292: En orden al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, que es pluriofensivo, y de acuerdo con esto, por un lado el bien jurídico es la fe pública – de carácter formal, que atañe al Estado-, y por otro es los bienes jurídicos de los terceros particulares – de carácter material-, siendo en función a estos últimos que se configura el delito.

¹³⁰ URTECHO BENITEZ Santos, op. cit. p. 292

Los documentos falsos son medios fraudulentos en potencia, en el caso sean dirigidos para inducir a error hacia una persona en específico, pudiendo llevar a la comisión de otros delitos. Expertos en derecho registral¹³¹, señalan también la relevancia de la falsificación en la configuración de transferencias ilícitas de propiedad inmueble, lo que reconoce que el problema para el propietario es documental¹³², el problema para el propietario no se deriva de ningún engaño, sino de la existencia de un documento (contrato en gran parte de los casos) en donde se estaría transfiriendo su propiedad (perjuicio) o se podría transferir su propiedad (perjuicio potencial).

Gonzales Barrón¹³³, desde la óptica registral explica los supuestos en donde se aprecia claramente el papel fundamental de la falsificación en la elaboración de documentos que sustentan una pérdida de propiedad:

- i. El propietario A sufre una falsificación, pura y dura, por lo que supuestamente vende su inmueble a B, que seguidamente se lo transfiere a C, si es que no también se producen sucesivas transmisiones a D, E, F, etc. (...)*
- ii. El propietario A es suplantado ante una notaría, por lo que supuestamente vende su inmueble a B, que seguidamente los transfiere a C (...)*
- iii. El propietario A es suplantado ante una notaría, por lo que supuestamente otorga un poder a favor de X, que le sirve para transferir a B, y luego este a C (...)*

¹³¹ GONZALES BARRÓN Gunther, *La Falsificación nuevo modo de adquirir propiedad*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 82-83. Si bien es cierto, a pesar del excelente análisis realizado del problema y el título de su obra, discrepo del autor por utilizar el término fraude inmobiliario a supuestos de falsificación.

¹³² Aunque no debemos olvidar que las organizaciones criminales que se dedicaron a traficar con inmuebles, no solo utilizaban documentación falsa, sino que involucraban a funcionarios públicos con capacidad de asignar propiedad, hace hincapié en ello GONZALES BARRÓN Gunther, op. cit. p. 83.

¹³³ GONZALES BARRON Gunther, op. cit. p. 83-84

iv. El propietario, la persona jurídica A, es suplantada en el trámite de certificación de libros de actas, por lo cual inscribe un poder a favor de X, que le sirve para transferir a B y luego este a C (...)

En tal sentido, el propio derecho registral identifica en sus supuestos de problemática mayor: actos de falsificación, lo que evidentemente merece una respuesta penal de la sección del código correspondiente. Por lo cual, cuando señalo que los delitos contra la Fe Pública son los que mejor explican (y por tanto tutelan) de manera más precisa el perjuicio del propietario, surge, no de mi capricho, sino como exigencia de una realidad que expone el propio ámbito registral.

Como ejemplo: en el caso de documentos que contengan declaraciones falsas dentro documentos privados, en donde el perjuicio se materializa con la pérdida de la propiedad, se tipifican dentro del delito de Falsedad Genérica. Mientras que la creación de documentos para la falsificación y suplantación de identidad, se entienden que estamos frente a delitos de falsificación sea pública o privada; y en los supuestos en los que se inserten declaraciones falsas en documentos No debe olvidarse, que la tutela del propietario en los delitos contra la Fe Pública resulta más adecuada, ya que solo debe probar el perjuicio y no una disposición patrimonial, los que serán tutelados por el derecho penal, que es al fin y al cabo la intención del propietario.

En conclusión, mi tesis sí demuestra que los perjuicios que sufra el propietario ante una venta de bien ajeno simulada, pueden ser respondidos mediante los delitos contra la fe pública, ya que como recalco, el problema en el cual él se encuentra se deriva del documento o documentos que se puedan generar, y no del acuerdo ya que su persona no es inducida a error.

IV.6.- Ante una supuesta incapacidad de los remedios civiles para tutelar el derecho de propiedad a través de medios de reconocimiento o reivindicativos, y de los delitos contra la fe pública; el contrato simulado en perjuicio de otro anteriormente regulado por el Código Penal de 1924, como *lege ferenda*, resulta más acorde a la actuación judicial protectora de los derechos del propietario que la utilización del estelionato.

Una tesis debe tener una capacidad de respuesta por la que pueda dar solución a problemas casi soñados que se relacionen con su objeto. Como ya explique líneas arriba, si la voluntad es proteger el patrimonio del propietario sí o sí, y ni los remedios civiles surten un efecto en esa tutela, y ni los tipos penales contra la Fe Pública logran dicha finalidad, se me preguntará ¿qué solución propongo? ya que al parecer mi posición dejaría sin “cajón de sastre” a la jurisprudencia que se apoya en el estelionato cuando observa este tipo de conductas.

El acto simulado en perjuicio de terceros que fuera ya regulado por el Código Penal de 1924, debidamente delimitado conforme lo hice en el capítulo pertinente sería la herramienta a utilizar, al colocarse al propietario del bien como sujeto clave e interés fundamental de protección del delito. En caso se incluya dicho tipo penal (que reitero no lo considero necesario) se restituye su trascendente posición al propietario, quién podrá esperar de la jurisprudencia una respuesta predecible ante una correcta sistemática penal, que se diferencia de la falsedad en cuanto que aquí se protege el patrimonio y no la fe pública; que su aplicación se constriñe actos simulados indubitables, restringido a bienes inmuebles y vehículos.

Asimismo, se podrá cautelar al propietario de cualquier simulación de contrato que pretenda celebrarse en su contra, lo cual logrará la sanción de ambas partes

contratantes, y pueda solicitar una medida cautelar en el proceso penal conforme a su perjuicio (que es un intento de despojo).

Finalmente, podría solicitar una indemnización sin importarle que hubiese un engaño o no en el contrato celebrado, con lo cual sí existiría una pretensión similar a la que podría solicitar en el proceso civil en caso el bien haya sido transferido a un tercero de buena fe.



V.- CONCLUSIONES:

1.- La estafa y el estelionato son dos modalidades distintas de defraudación, no siendo la primera género de la otra, por lo que es correcto otorgarle menor pena que a la estafa, pues en el estelionato, no solo se analizan supuestos en su mayoría de los casos son actos lícitos y regulados por el Código Civil, por lo que sanción es más que excepcional, ya que la contratación sobre bienes ajenos o litigiosos es lícita en nuestro ordenamiento.

2. El derecho proporciona información registral a fin que la sociedad conozca los antecedentes del bien, creándose un medio fraudulento de intensidad mínima en donde se relajan los deberes de información, no alcanza el nivel de la estafa en donde el medio fraudulento de mayor intensidad pues no viene acompañado de mecanismos jurídicos de soporte ex ante. En ese sentido, el estelionato como está regulado en nuestro Código tiene características distintas al delito de estafa, al no llegar a su nivel de lesividad, y teniendo como origen en supuestos distintos y perfectamente investidos de autonomía.

3.- Los elementos del estelionato, como denominación son los mismos que los de la estafa por pertenecer al género defraudación, pero todos excepto la disposición patrimonial se expresan de manera distinta.

4.- Debe entenderse al patrimonio, no como el cúmulo de bienes que pueden aumentar o disminuir en función a nuestras decisiones; sino que debe entenderse al patrimonio como fuente de libertades que permiten el desarrollo de la persona en el ámbito material, por lo que la libertad patrimonial es ya digno de tutela al representar una evolución de un concepto clásico.

4.- La evolución del concepto de patrimonio a una teoría personal, parte de una necesidad del mercado que dentro de las relaciones de transferencia de bienes

se haga conocer al agente económico sobre las características básicas del bien por el que negocia, desincentivando la presencia en el mercado si es que las decisiones se basan en el engaño o manteniendo en dicha posición al agente.

5.- No le es importante al mercado si uno gana o pierda en su actividad comercial, lo relevante es que la decisión que se tomó haya sido básicamente informada por los agentes que participaron en dicha actividad. Siendo dicho ámbito de decisión sobre los bienes, el nuevo concepto de patrimonio que se desenvuelve ya a través de un respeto por la libertad patrimonial. Asimismo, los ataques a la libertad de disposición son un ataque al patrimonio, eso implica no solo tener una visión distinta del patrimonio, sino además una aclaración importante a que no se está dejando de lado al patrimonio sino que se lo hace funcional, deja de verse desde el aspecto del bien para pasar al sujeto que la tiene en su dominio.

6.- El tipo penal de Estelionato tipificado en el artículo 197° numeral 4 de nuestro Código Penal, protege al patrimonio en función a un concepto que incluya a la libertad de disposición sobre éste como elemento fundamental, pues protege del desprendimiento no informado respecto a la litigiosidad o ajenidad del bien. Esto implica, que la lesión al patrimonio se da con la toma de decisión del comprador, causándose un perjuicio en su persona; fenómeno que no se presenta en los supuestos sancionados por la jurisprudencia que procesan a los vendedores y compradores, o que ignoran al comprador.

7.- La conducta relevante en el delito de estelionato, resulta de la lesión al patrimonio de la víctima en virtud a la utilización de un medio fraudulento que lo induce error, tiene que existir una relación directa entre esta afectación al patrimonio por error y el medio engañoso basada en una relación negocial.

8.- En el estelionato, se va a necesitar siempre la presencia de un vendedor

(autor) y un comprador (disponente de su patrimonio que acarrea un perjuicio), por lo que es erróneo plantear procesos por estelionato señalando que el vendedor y el comprador son coautores o uno cómplice del otro, pues aquí no existe ni violación al deber de veracidad por parte del que vende ni hay actos de disposición por parte del que compra, por lo que la tutela del tipo penal cae en ineficaz.

9.- El propietario o contraparte litigante del bien, no son agraviados del delito pues ellos no sólo no forman parte del acto jurídico, siendo que el medio engañoso al no estar dirigido a ellos es incapaz de colocarlos en error.

10.- No es amparable incluir al propietario así se incluya al comprador como agraviado, una de las razones es por el hecho de que haya un comprador engañado es porque el propietario nunca perdió su bien; otra razón de peso es que darle entrada al propietario por el solo hecho de ser perjudicado, implicaría darle entrada a cualquier persona por perjudicarse del negocio jurídico, al arrendatario del bien o a quien lo había reservado ya que bajo esa lógica, también estas personas también han sido perjudicadas y de acuerdo a un “desdoblamiento del perjuicio” también deberían ser incluidas. Entonces dicha premisa, es impracticable debiendo existir un vínculo de perjuicio evidentemente causado por la forma fraudulenta, como en el caso del dueño del dinero de la persona que fue engañada.

11.- El propietario en caso de ser perjudicado posee legislación extrapenal que lo cautela debidamente, y en el peor de los casos los delitos contra la Fe Pública se convierten en un mecanismo protector de sus expectativas, siendo incluso contraproducente incluir en el proceso de estelionato. En todo caso se propone al acto simulado en perjuicio de tercero regulado en el código penal de 1924,

como un mecanismo que podría resultar útil en caso se insista con esta tutela.

12.- La toma de esa posición importa una mejor sistemática tanto para la doctrina, la jurisprudencia y el propio tipo penal; corrigiendo imprecisiones que serán útil para un mayor entendimiento del delito de estelionato; el cual no debe ser relegado, ni sacado de contexto para fines de justicia social, sino claramente delimitado a fin que no se convierte en un estorbo para la contratación lícita; sino la debida sanción a un acto de fraude.



VI.- BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS RAMIREZ Juan, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, 1era. Edición, Barcelona Ariel Derecho, 1986.
- BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto, GARCÍA CANTIZANO María del Carmen, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Lima, Ed. San Marcos, 4 ed., 2009.
- BRAMONT- ARIAS TORRES Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 3ª Ed., Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 2005
- CANEZ MARTICORENA Alfredo, *Sobre el Delito de Estafa y otras Defraudaciones*, Lima, Estudio Oré Guardia- Editorial Alternativa, 2000.
- CASTILLO FREYRE Mario, *La Venta del Bien Ajeno (veinte años después)*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2010
- *Casuística de Jurisprudencia Penal*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- CHOCLAN MONTALVO José Antonio, *El delito de Estafa*, Barcelona, Bosch, 2000
- CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge, *Derecho Penal Parte especial*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.
- DAMIANOVICH DE CERREDO Laura, *Delitos contra la Propiedad*, 2da. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE Manuel, *El contrato en general*, Segunda Edición, Tomo II, Lima, Palestra, 2001
- *Estructura Jurisprudencial del delito de Estafa, en Estafas y Falsedades (Análisis Jurisprudencial)* a cargo de Javier Boix Reig, Primera edición, Madrid, IUSTEL, 2005
- ETKIN Alberto, *La Estafa por venta de cosa ajena*, Buenos Aires, AbeledoPerrot,, 1962.
- *El Derecho Penal Económico, Cuestiones Fundamentales y temas actuales*, Lima, ARA Editores, 2011
- *Estudios de Derecho penal*, Jesús María Silva Sánchez, Carlos Caro Coria, Percy García Caverro y otros, Lima, ARA Editores, 2005
- FIANDACA GIOVANNI, *El Derecho Penal entre la Ley y el Juez*, Traducción de Karen Ventura Saavedra, Lima, ARA Editores, 2010,

- FINZI Conrado, *La Estafa y otros fraude según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italiano, Argentino y Alemán en vigor con su doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1961
- GALLEGO SOLER José Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002
- GALVEZ VILLEGAS Tomas, DELGADO TOVAR Walther, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, 1era ed., Lima, Jurista Editores, 2011.
- GARCÍA CAVERO Percy, *Derecho Penal Parte General*, 2da Ed., Lima,, Jurista Editores, 2012
- GARCIA CAVERO Percy, *Criminal Compliance*, Lima, Palestra Editores, 2014
- GONZALES BARRÓN Gunther, *La Falsificación nuevo modo de adquirir propiedad*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015
- HUGO VIZCARDO Silfredo, *Delitos contra el Patrimonio*, Lima, Pro Derecho Instituto, 2006.
- *Jurisprudencia Penal*, Lima, Editora Normas Legales, 2003.
- *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema 2006-2008*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2009.
- KINDSHAUSER Urs, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Grijley, 2002.
- KINDSHAUSER Urs, *La estafa como autoría mediata tipificada*, Traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002
- LORCA MARTINEZ José, *Fraude en la transmisión de bienes*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1992.
- *Los Delitos contra el Patrimonio en la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica. Primera Edición, 2013
- *Manual de Derecho penal: Parte Especial Dirigido por Ricardo Levere (h)*, Buenos Aires, Víctor de Zavalia Editores, 1978.
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2004
- MOSSET ITURRASPE Jorge, *Contratos fraudulentos y simulados*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001

- MUÑOZ CONDE Francisco y GARCÍA ARAN Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002
- PASTOR MUÑOZ, Nuria *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004
- PASTOR MUÑOZ Nuria, *Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa en Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Ara Editores, 2005
- PAREDES INFANZON Jelio, *Delitos contra el Patrimonio*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2000
- PAREDES INFANZON Jelio, *Delitos contra la Fe Pública*, Lima, Jurista Editores, 2001
- PEDREROS VEGA Donny, *Venta de Bienes y el Delito de Estelionato*, en *Derecho Penal Económico: Cuestiones Fundamentales y Temas Actuales*, Lima, Ara Editores, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE Alonso, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Lima, Idemsa, 2009.
- PEÑA- CABRERA FREYRE Raúl, *Curso Elemental de Derecho penal: Parte Especial*, Tomo II, 3ra. Edición, Lima, Ediciones Legales, 2011.
- PUMPIDO FERREIRO Cándido Conde, *Estafas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997
- QUINTANAR DIEZ Manuel, BERNARDO DEL ROSAL Blasco y SEGRELLES DE ARENAZA Iñico, *Compendio de Derecho Penal Español Parte Especial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- REATEGUI SANCHEZ James, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I, Lima, Instituto Pacífico, 2014
- REATEGUI SANCHEZ James, *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2015
- ROJAS PELLERANO Héctor, *El delito de Estafa y otras Defraudaciones*, T.I, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1983.
- ROJAS VARGAS Fidel, *Jurisprudencia Penal Comentada: Ejecutorias Supremas y Superiores 1996-1998*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1999.

- ROJAS VARGAS Fidel, *Catorce Años de Jurisprudencia Sistematizada*, Lima, IDEMSA, 2005.
- ROY FREYRE Luis, *Derecho Penal Peruano*, T. III, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983.
- SALINAS SICCHA Ramiro, *Delitos contra el Patrimonio*, 4ta. ed., Lima, Grijley, 2010.
- SERRANO GOMEZ Alfonso, SERRANO MAILLO Alfonso, *Derecho Penal Parte Especial*, Lima, Dykinson, Lima, 2005.
- SILVA SANCHEZ Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*, Reimp. 2ª ed., Buenos Aires, IBDEF, 2006
- TORRES MALPICA Octavio, *Código Penal*, Lima, Ediciones Jurídicas José Merino Reyna, 1965
- TRUJILLO BLAS Edmundo, *Necropsia del Sistema de Transferencia Inmobiliario Peruano*, Lima, Editorial FFCAAT, 2012
- URTECHO BENITEZ Santos, *El perjuicio en los delitos de Falsificación Documental*, Segunda Edición, Lima, Idemsa, 2015
- VIVES ANTON Tomas, BOIX REIG Javier, ORTS BERENGUER Enrique, CARBONELL MATEU Juan Carlos, GONZALES CUSSAC José Luis, *Derecho Penal Parte Especial*, 3era ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

REVISTAS

- BARCHI VELAUCHAGA, Luiciano, *Algunas consideraciones sobre la compraventa de bien ajeno a partir de la jurisprudencia*, en <http://es.scribd.com/doc/116973338/06-2011-Algunas-Consideraciones-Sobre-La-Compraventa>
- TANTALEAN ODAR Reynaldo, *Contratación sobre bienes ajenos, afectados, embargados o litigiosos. Criterios para diferenciarlas del estelionato*, Actualidad Jurídica, N° 177, Ago. 2008.
- VILCHEZ GONZALES Rosa, *Implicancias de la Venta de Bien ajeno*, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 3 N° 07, 1997
- VIRTEBO ARIAS José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863*, Tomo 3, Lima, Imp. Torres Aguirre, 1902

- ZUÑIGA PALOMINO Mario, *El comprador en la “venta de bien ajeno”:* *¡dueño de nada!*, en *Ius Et Veritas*, Año 13, N° 25, 2002.

Tesis

NINAMANCCO CORDOVA Fort, *“La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien”* Tesis para Título de Magister en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015, http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/4152/1/Ninamancco_cj.pdf

