Temas de derecho penal económico: empresa y *compliance*
Anuario de Derecho Penal 2013-2014

Ventas fraudulentas por organizaciones criminales: ¿desprotección debido a la regulación actual del estelionato?

Donny Michel Pedreros Vega

Sumario: I. Hechos. **II.** Supuesto en cuestión. **III.** Presupuestos objetivos típicos del estelionato. **A.** Elementos de estafa genérica y estelionato. **B.** El supuesto de la «venta como bien libre uno litigioso». **C.** El supuesto de la «venta como bien propio uno ajeno». **D.** En el Caso Orellana. **IV.** A manera de conclusión.

I. Hechos

En los últimos meses los medios de comunicación han denunciado las modalidades empleadas por la denominada «Organización Orellana» —calificada así por los diversos medios periodísticos y por la Procuraduría Especializada de Lavado de Activos— para lograr apoderarse de inmuebles ajenos y despojar a sus legítimos titulares de la propiedad. Las personas afectadas casi siempre se enteraban del fraude cuando el inmueble en cuestión era vendido sucesivamente a terceros.

Actualmente existen varias investigaciones por delitos patrimoniales, encontrándose en curso además una megainvestigación por el delito de lavado

de activos de bienes provenientes de la «apropiación» de inmuebles, simulación de deudas, defraudaciones al Estado, etc. Según los hechos denunciados por el Ministerio Público esta megainvestigación versa sobre el delito de lavado de activos[1] vinculado al apoderamiento de inmuebles. Al respecto, se ha determinado primigeniamente que dicha organización criminal habría utilizado tres modos de operar.

En primer lugar, los testaferros integrantes de la red falsifican y utilizan minutas o escrituras públicas de compra-venta generando derechos de dominio transparente sobre terrenos del Estado y particulares. Luego, estos títulos aparentes son objetos de «blanqueamiento» siendo registrados en Sunarp como primer acto de inscripción y conversión para luego seguir con actos de ocultamiento mediante sucesivas transferencias a través de testaferros. En segundo lugar, esta organización criminal simulan procesos judiciales o arbitrajes para que, a través de una resolución judicial o de un laudo arbitral, pase el dominio aparente a otro testaferro y, finalmente, los bienes sean adquiridos por testaferros o empresas vinculadas al señor Rodolfo Orellana. La tercera modalidad fraudulenta que se utilizó fue que la organización generó derechos de créditos a favor de un tercero (testaferros que están dentro de un proceso concursal) para librar inmuebles de cargas y/o gravámenes.

En esa misma vía, un diario local resaltó que al menos, desde el 2004, el abogado y empresario inmobiliario Rodolfo Orellana dirigiría una organización dedicada a apoderarse de inmuebles y terrenos de particulares y de instituciones del Estado mediante deudas y procesos de liquidación simulados, documentos falsos y arbitrajes fraudulentos[2].

En dicho artículo, se precisa que el *modus operandi* consistía en lo siguiente:

> Pero, ¿cómo actúa Orellana? El mismo abogado explicó su modus operandi en una conversación con el apoderado en el Perú de la firma Dustin Zacher, a quien le pidió ser su socio. Los audios de esta conversación fueron revelados por la revista Caretas, en marzo del 2011. Orellana le dice al apoderado que tiene que firmar un contrato con "x". En este contrato se obliga a entregar la posesión de un terreno que no tiene, pero que nadie sabe que no tiene. Luego incumple, porque no entrega la posesión, pero en el contrato se incluye una cláusula de arbitraje. "Yo tengo árbitros acá, el señor Iglesias es árbitro de la Cámara de Comercio de la Universidad Católica. Entonces hacemos un juicio arbitral con fechas pasadas, con notificaciones. Se saca un laudo, en el que va a estar consentido todo. Se va a una notaría; esta lo eleva a escritura pública y con eso vamos a cualquier juez que tenemos", explicó Orellana.

1 Véase Valle, 2014.
2 Véase Romero, 2014.

Otro diario nacional informó que, según la fiscalía, los operadores del clan Orellana estafaron, usurparon, falsificaron documentos o simularon actos jurídicos con la colaboración de funcionarios públicos corruptos, básicamente de Registros Públicos. Luego de ello, le dieron la apariencia de legalidad a la operación ilegal y los vendieron una, dos y hasta tres veces a compradores de buena fe[3].

Como se advierte, esta organización se apoderaba de inmuebles para transferirlos muy probablemente a terceros de buena fe[4].

II. Supuestos en cuestión

La problemática planteada —independientemente de la configuración de otros delitos como lavado de activos, falsificación y uso de documentos falsos— trae a la luz una necesaria discusión respecto a si el accionar delictivo expuesto configura un supuesto típico de estelionato («venta o disposición como propio de un bien ajeno») y si es posible determinar que los propietarios originarios puedan constituirse como agraviados con esta calificación penal, pues los ciudadanos esperamos encontrar una respuesta estatal coherente acorde con la afectación patrimonial sufrida.

Uno de los sectores más dinámicos que mueve la economía de los países en siglo XXI es el sector dedicado a la compra y venta de propiedades. Cada día se ofertan y venden innumerables bienes y productos, bienes corpóreos, incorpóreos, inscritos, no inscritos, inmuebles, muebles, etc., y es obligación del Estado proteger las transacciones lícitas y a sus actores, a través de la diversa regulación.

Como en la mayoría de los países, en el Perú el mercado inmobiliario[5] se constituye como uno de aquellos relativamente más seguros y rentables para los ciudadanos, pues la existencia de un registro de propiedades aboga en favor de ello dado que nos informa si la(s) persona(s) a quiene(s) le(s) compramos son los propietarios inmobiliarios. Desde hace varios años atrás, incluso hoy en día, se ha venido y viene dándose un impulso importante a la regularización de posesiones, propiedades, otorgamiento de títulos de propiedad, precisamente generando ese *boom* inmobiliario que no ocurría en antaño. Sin embargo, también es cierto que este dinamismo ha traído consigo la construcción de mecanismos cada vez más elaborados para escapar al control registral, al control legal, acudiendo a instituciones

3 Véase Sanjinez & Ortiz, 2014.

4 El artículo 2014 del CC prescribe: «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. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro».

5 Aguirre Moreno, 2009, p. 599.

legales para encubrirlos, para legalizarlos, provocando pérdidas patrimoniales a los titulares, generando además desconfianza al interior de dicho mercado y sobre la actuación de funcionarios y terceros que intervienen en cada paso de la cadena de ventas fraudulentas (notarios, registradores, árbitros, testaferros, etc.).

Con el presente artículo pretendemos centrar nuestras consideraciones respecto a si el fraude inmobiliario descrito en los primeros párrafos, cometido por una organización criminal, puede ser susceptible de ser sancionado por la comisión del delito de estelionato descrito en el artículo 197, inciso 4, del CP, en la modalidad de venta como propio un bien ajeno. En dicho análisis es indispensable abordar previamente: a) una figura frecuentemente ligada a los negocios inmobiliarios, como lo es «la venta como bien libre uno litigioso», analizando paralelamente a cada situación si es correcto señalar que los b) propietarios despojados de sus bienes son susceptibles de ser considerados agraviados, sujetos pasivos, en cada caso.

III. Presupuestos objetivos típicos del estelionato

A. Elementos de estafa genérica y estelionato

El delito de defraudación está ubicado dentro de los delitos contra el patrimonio, en el capítulo V, bajo la denominación: «Estafa y otras defraudaciones», previsto en el artículo 197 del CP, y ha sido construido sobre la base de los elementos de la estafa genérica (artículo 196 del CP)[6]. La doctrina nacional[7] ha dejado sentado que la figura típica genérica de la defraudación contiene supuestos especiales de estafa y que, pese a lesionar no solo el patrimonio sino otros bienes jurídicos, nuestro legislador incompatiblemente estipuló una menor sanción penal[8]. Aquí correspondía incrementar la sanción al encontrarnos en situaciones más elaboradas que la estafa genérica.

El artículo 197, inciso 4, del CP prescribe: «La defraudación será reprimida con pena […] 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**» (resaltado nuestro).

6 Artículo 196 del CP: «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 no menor de uno ni mayor de seis años».

7 Peña-Cabrera Freyre, 2008, p. 357; Salinas Siccha, 2008, p. 1063. Aunque desarrollan en forma no secuencial los presupuestos típicos de estafa, véase también Bramont Arias-Torres & García Cantizano, 1998, p. 345 y ss.

8 Mientras que el artículo 196 del CP establece como máxima sanción seis años de pena privativa de libertad, el artículo 197 sanciona con un máximo de cuatro años de pena privativa de libertad.

Como es sabido, el delito de estafa se configura con la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) la verificación de un mecanismo fraudulento, consistente en el engaño, astucia o ardid, que debe ser resultar idóneo para (ii) producir un estado de error en el sujeto pasivo, a partir del cual (iii) realiza un acto de disposición patrimonial, que comporta finalmente un (iv) perjuicio patrimonial. La configuración del tipo penal de estafa exige que estos cuatro elementos objetivos concurran en dicho orden; requiriéndose por último de los elementos subjetivos, el conocimiento que posee el autor sobre el carácter fraudulento de su comportamiento[9] y ánimo de lucro. Así, debe imputarse objetivamente la tipicidad de la estafa a quien, mediante engaño, induce a error a la víctima, quien dispone de su patrimonio con el consecuente perjuicio. En tal sentido, la perfección del delito de estafa exige que el menoscabo patrimonial sea producto de un acto de disposición del inducido a error, lo que presupone en principio la identidad entre engañado y disponente, no siendo necesario, en cambio, que este sea a su vez el perjudicado[10].

Ahora bien, es claro que no todos los presupuestos típicos de la estafa genérica concurrirán necesariamente en las diversas figuras del artículo 197 del CP, pues la concurrencia de dichos elementos dependerá del análisis de cada supuesto típico. Sin embargo, consideramos que, para el caso concreto del estelionato, previsto en el artículo 197, inciso 4, del CP, sí deben concurrir inevitablemente los elementos objetivos del tipo genérico de la estafa[11], como se explicará adelante, pues es nuestra intención analizar por ahora el extremo «objetivo»[12] de este delito.

Así pues, si se pretende sancionar a una persona por vender como bien propio uno ajeno o como libre un bien litigioso, necesariamente deberá ocurrir lo siguiente: que se haya empleado sobre la víctima un mecanismo fraudulento, falso, mentiroso (engaño, actuar con astucia o ardid), suficiente para ocultar o engañar a la víctima que se vendía un bien propio siendo ajeno o como bien libre estando en litigio. Dicho engaño conduciría a la víctima a creer (error) que se trata de un bien propio, sin problemas legales, sin carga litigiosa susceptible de disminuir el valor del bien, sobre el cual no hay litigio pendiente o motivo que elimine la decisión de compra. Todo ello deberá traer consigo una disposición patrimonial; esto es,

9 Véase Quintero Olivares, 1999, p. 517 y ss; y Peña-Cabrera Freyre, 2008, p. 322 y ss.

10 Bustos Ramírez, 1986, p. 226 y ss.

11 En el mismo sentido, véase Reyna Alfaro, 2008, pp. 73-81; Bramont Arias-Torres & García Cantizano, 1998, p. 356. Además, refiriendo que se pueden identificar elementos nuevos además de los comunes de estafa, véase Peña-Cabrera Freyre, 2008, p. 340.

12 En mayor detalle, sobre el orden metodológico para el análisis de un caso penal, sobre la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva, véase, con mejor desarrollo, Caro John, 2014, p. 80.

que la víctima pague el precio exigido[13] y que finalmente dicha disposición cause un perjuicio, como perder el bien o impedir su utilización para el fin adquirido[14]. Como se podrá apreciar, en el estelionato importa la concurrencia necesaria de todos los presupuestos objetivos de la estafa para configurar dicho supuesto.

En una ejecutoria superior, la Corte Superior de Justicia de La Libertad[15] señalaba la exigencia de los elementos típicos del delito de estafa para la configuración del delito de estelionato, en los siguientes términos:

> Los elementos constitutivos del Estelionato son los mismos que integran el delito de estafa genérica, siendo característico en este tipo de delitos la disposición fraudulenta de bienes propios o ajenos, con plena consciencia y voluntad de su comportamiento reprochable y en el que el momento consumativo se verifica en el instante que el agente recibe el precio de la venta como consecuencia del negocio fraudulento; hecho materializado a través del engaño y aprovechando de la buena fe de los agraviados, móviles que determinaron la adquisición del inmueble.

En el mismo sentido, se pronunció la Segunda Sala de Apelaciones de La Libertad, en el expediente 2008-2565, en sentencia del 20 de julio de 2009, señaló:

> […] en el tipo penal sub judice [estelionato] el agente debe dirigir su conducta en el sentido de hacer incurrir en error al sujeto pasivo, que sería definitivamente el comprador que desconoce que sobre el bien adquirido existen litigios pendientes de ser resueltos, de tal forma que el agente logra que el comprador —en la creencia que está comprando un bien respecto del que no está en trámite litigio judicial o extrajudicial alguno o pertenece a quien se lo vende— se desprenda de su patrimonio (el precio pactado) y le haga entrega a aquel en su perjuicio (porque en efecto adquiere la propiedad del bien, pero en la creencia errada que

13 Cuestión distinta es si no se desembolsó dinero aún y el adquirente solo se obligó a pagarlo en cuotas futuras, en cuyo caso el delito aún no se ha materializado (no hay disposición patrimonial ni perjuicio, aunque se pueda pensar que el nacimiento de la obligación de pago constituye desde ya disposición del patrimonio del obligado, el derecho no puede servir a fines ilícitos). Si antes de efectuar el pago de la primera cuota se da cuenta del engaño, estaremos frente a un delito tentado de defraudación.
En sentencia emitida por la Corte Suprema (RN 3344-2003-Ayacucho), se expresó: «[…] el delito de estafa se entiende consumado cuando el sujeto pasivo, al ser inducido o mantenido en error por el sujeto activo, realiza el acto de disposición patrimonial que provoca el daño en el patrimonio, esto es, se consuma con el perjuicio a partir del cual el desvalor de resultado adquiere su plenitud» (Castillo Alva, 2006, p. 258).

14 Si pese al pago efectuado por la víctima, en lugar de perjuicio recibe un beneficio, no habrá estelionato.

15 Exp. 99-538 del 9 de mayo de 2001 emitido por la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

> sobre el derecho de propiedad del mismo no existe conflicto alguno y se trata del verdadero dueño, cuando en realidad no es así […].

En este orden de ideas, por lo menos hasta este punto de análisis, en el delito de estelionato deben concurrir en el mismo orden los elementos objetivos típicos del delito de estafa.

B. El supuesto de la «venta como bien libre uno litigioso»

En el siguiente caso: «Un juez penal condenó a una viuda como autora del delito de estelionato, bajo la modalidad de venta como bien libre estando en litigio. Se trataba de un inmueble del cual había sido declarada heredera conjuntamente con otros dos hijos del esposo fallecido. El juez penal sustentó su decisión teniendo como agraviados únicamente a los hijos coherederos al haber iniciado previamente un proceso judicial de división y partición, y señalando que dicha venta había perjudicado a los coherederos litigantes al hacer inejecutable la sentencia civil que fue expedida seis meses después de la venta». ¿Concurren los presupuestos del delito de venta como bien libre uno litigioso? Dejemos la respuesta para más adelante.

El primer punto a desarrollar en esta parte está referido al contenido normativo del término «litigioso»[16], el cual alude en estricto a un bien que es objeto de controversia judicial de dos partes, de un proceso judicial abierto, que se encuentre actualmente en pleito judicial, en juicio[17] o en trámite, que por dicha situación de pleito se afecte[18] su dominio o su carácter libre[19] o su posesión legítima[20]; por tanto, que impida o por lo menos dificulte su enajenación y respecto del cual el agente lo presenta como bien libre. No debe entenderse cuando el bien sea objeto de un procedimiento alternativo de solución de conflictos como la conciliación extrajudicial o el arbitraje. Se deberá entender que en este caso se exige que el agente vende un bien «como libre» sin informar que se enfrenta en un pleito judicial.

Si bien el elemento descrito como «los que son litigiosos» puede también dar lugar a ser interpretado (literalmente) como un bien con probabilidades

16 «Litigioso.- Lo que constituye objeto de litigio o pleito. Lo disputado o controvertido en juicio. De dudosa resolución y efectiva controversia. Propenso a suscitar litigios o causas» (Cabanellas, 1989, p. 220).

17 Peña-Cabrera, 1995, p. 329.

18 Roy Freyre (citado por Salinas Siccha, 2008, p. 1070) precisa que debe tratarse de bienes sometidos a proceso sin sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

19 Citando a Ricardo Núñez y Fontán Balestra, véase Peña-Cabrera, 1995, p. 329.

20 Salinas Siccha, 2008, p. 1070; en el mismo sentido, véase Bramont Arias-Torres & García Cantizano, 1998, p. 360.

(futuras) de litigio (entendido como pleito futuro)[21], consideramos que este no es el sentido de la norma penal, toda vez que se ampliaría indefinidamente el espectro de intervención del derecho penal. Ya que todo bien es susceptible de cuestionamientos legales por más superfluos e infundados que sean, paralizando indeterminadamente numerosos actos de disposición y transferencia de bienes y, sobre todo, generando expectativas indebidas en quienes tengan motivo alguno (e incluso, quienes no tengan) que cuestionar sobre el dominio del bien. Tampoco lo «litigioso» puede ser entendido como un bien que fue objeto de un proceso judicial hoy concluido; simplemente porque si está concluido, ya no sería litigioso.

De otro lado, cuando la norma se refiere a «bienes libres», debe entenderse a aquellos bienes que no tienen cargas, obligaciones o sobre los que no se discute, por lo general, la titularidad de su propiedad y, en menor número de casos, titularidad de la posesión. El bien —refiere Peña-Cabrera— «no es libre, porque sobre él recaen derechos o supuestos derechos de terceras personas»[22].

Si bien la norma penal no expresa la clase de litigio que se requiere, consideramos que se trata de un pleito en el que se discute la propiedad del bien, su disponibilidad, su posesión. Evidentemente, si se trata de una venta, no debe existir duda respecto de que quien transfiere el bien es el único propietario o el autorizado a venderlo en representación de los copropietarios. Si sobre la propiedad existe incertidumbre, la información sobre la discusión legal debe ser trasmitida al eventual comprador a fin de que tome una decisión informada. De igual manera, en nuestra realidad se presentan innumerables casos en los que solo se transfiere posesión y no propiedad, dado que el transferente no ostenta título de propiedad y menos inscripción registral independizada. Por el contrario, únicamente sí ostenta títulos de posesión o certificados de posesión (por ejemplo, los títulos que expiden en muchos casos las denominadas «comunidades campesinas» a favor de sus comuneros o posesionarios). Estos son supuestos donde debe informarse de los litigios que pesan sobre el bien.

Ahora bien, aquí, ¿en quién debe recaer el engaño? Ciertamente, no todos los sujetos que interaccionan en el mercado disponen de la información necesaria para tomar sus decisiones económicas. Así pues, quien adquiere un producto difícilmente conoce de modo absoluto todas sus características[23]. Si esto es así, el adquirente, por ejemplo, necesitará de información vital que debe serle proporcionada por el

21 Según Cabanellas (1989, p. 220), litigioso es también: «Propenso a suscitar litigios o causas»; en el *Diccionario de la Lengua Española* (vigésima segunda edición), el adjetivo «litigioso» presenta hasta tres acepciones, a saber: «que está en pleito», «que está en duda y se disputa» y «propenso a mover pleitos y litigios».

22 Peña-Cabrera, 1995, p. 328.

23 Pastor Muñoz, 2005, p. 143.

enajenante, ya que muchas veces comprobar toda la información necesaria para realizar una adquisición haría tan costosa la interacción económica que los sujetos preferirían renunciar a ella; por lo que solo queda la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información[24].

Indudablemente y sin perjuicio de que en los casos de compraventa de bienes inscribibles, el registro público ofrece información sobre características, dominio, cargas, gravámenes de un inmueble inscrito (entre ellas la anotación de demanda, que sirve para publicitar la existencia de litigios u otras medidas sobre el bien), la comunicación al comprador de que el bien objeto de enajenación es uno sobre el que pesa un proceso judicial, en el que se discute su titularidad, constituye un dato relevante que debe ser informado al candidato a comprador. Con él, dicho candidato a comprador o bien puede desalentarse a comprar o, por el contrario, acceder con mayor razón a su compra aprovechando el precio de oferta al encontrarse en trámite un juicio que sospecha ganará posteriormente.

Los bienes inmuebles e muebles (inscribibles) no son los únicos susceptibles de ser enajenados, pues existe un gran número de bienes muebles (muchas veces más costosos que los inmuebles) que no ostentan registro público y sobre los que con mayor razón el comprador debe ser informado sobre las características especiales no visibles, como de la existencia de litigios que recae sobre ellos (por ejemplo, cuadros, joyas, antigüedades, estatuas, objetos musicales, etc.).

En resumen, si bien al comprador le incumbe acceder a la información sobre las características y cualidades del bien que está a su alcance, siempre que sea propio desde su posición en la relación económica conforme a la estructura normativa exigida por el mercado[25], también es cierto que no necesariamente se le exigirá ostentar de conocimientos especiales para comprender la información que se obtenga del bien, correspondiendo al vendedor brindar la información necesaria para su comprensión y aquella que le corresponda dentro de su ámbito de competencia.

Respecto a este último extremo, la doctrina especializada es enfática al afirmar que: «Cuando el autor tiene determinados deberes de información frente

24 Ibídem, p. 144.

25 Ibídem, p. 212 y ss., destacando que la veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que la estructura normativa del mercado se conserve y que los deberes de veracidad deben buscarse en las reglas jurídicas del mercado (regulación de deberes de veracidad en normas del derecho positivo, usos del comercio y la concreta relación económica entre víctima y autor) y no en las reglas económicas, ya que «el reparto de competencias sobre la base de información que surge de determinadas reglas de jurídicas que configuran el mercado, puede no coincidir con el reparto de cargas que resultaría de la aplicación de reglas puramente económicas».

a la víctima, una manipulación de la realidad que no vaya acompañada de la transmisión de información a la víctima sobre la existencia de tal manipulación puede constituir engaño típico»[26].

El argumento para condenar a la procesada descrito en el caso propuesto al inicio de este ítem, respecto a que agraviados «solo» serán los litigantes que iniciaron el proceso de división, al verse imposibilitados de ejecutar la sentencia, a nuestro parecer resulta insatisfactorio. Así, cabe decir: primero, con dicho razonamiento aceptaríamos que la sanción de dicho ilícito estaría sujeta a las resultas del proceso civil, lo cual resulta desacertado, dado que 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 en el momento de los hechos (venta del bien). Sin embargo, no debemos detenernos a analizar si la sentencia civil dictada con posterioridad a la venta es o no ejecutable; por el contrario, si aceptáramos como correcto el razonamiento de que se debe analizar únicamente si la sentencia civil es o no inejecutable, la pregunta que salta a la vista es: ¿qué pasaría si los litigantes (considerados agraviados en el caso penal) pierden el pleito?, pues jamás podrían ser considerados «agraviados» de estelionato, supuesto también equívoco como se verá en los siguientes párrafos. Segundo, acaso en los casos con pretensiones regulares, ¿podemos negar que a los litigantes no les importe que se prosiga con el proceso civil para obtener sentencia que defina la incertidumbre o el conflicto jurídico sometido a juicio?

Si esto así, a ellos solo les importará la prosecución del litigio civil para que se dicte sentencia y para ello precisamente existen mecanismos extrapenales que ayudarán a concluir con el caso; así, por ejemplo, quien adquiera un bien objeto de litigio, podría ser constituido como sucesor procesal del vendedor (demandado)[27].

Esta situación no hace más que corroborar que, de ninguna manera, quienes iniciaron un litigio respecto del bien objeto de venta pueden ser constituidos en primera línea como agraviados preferenciales en este ilícito penal. En el caso concreto, se puede advertir que no se les engañó ni menos se les indujo a error. Estos simples datos eliminan cualquier posibilidad de concurrencia del delito de estelionato en su único agravio.

Visto de otro modo, si el comprador, pese a comunicársele que sobre el bien existe un proceso judicial en trámite (se encuentra en litigio), acepta comprarlo

26 Ibídem, p. 270.

27 Artículo 108 del CPC: «Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando: […] 3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. […]».

y sufrir las consecuencias del proceso, elimina cualquier posibilidad de la concurrencia típica del estelionato y evidentemente no se podrá considerar como agraviado (sujeto pasivo) a quien es contraparte en un litigio sobre el bien, pues dicho litigio podrá continuar con su trámite. Si esto no fuera así, no tendría razón de ser lo expuesto por el artículo 1409 del CC[28] que permite la venta de bienes litigiosos[29].

Al desarrollar el supuesto de estelionato, Salinas Siccha señala que el «sujeto pasivo del comportamiento será tanto el comprador como la persona con quien estaba en litigio el vendedor para determinar la propiedad o posesión del bien»[30]. Al respecto y pese a que no desarrolla mayores argumentos sobre esta afirmación, no deja de tener razón cuando señala que el sujeto pasivo en esta modalidad de estelionato también pueden ser las personas que están en litigio con el vendedor. El tipo penal de estafa permite ampliar la gama de agraviados siempre que previamente concurra engaño, error y disposición patrimonial[31]. Sin embargo, para que ello ocurra, consideramos que primero deberá identificarse como víctima a quien haya adquirido el bien tras la concurrencia de los presupuestos típicos ya citados. Solo a partir de ello, considerar como agraviados a los colitigantes[32] si es que se ven afectados realmente con dicha enajenación[33]. Recuérdese que la estafa genérica exige «procurar para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero […], induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño […]».

28 Artículo 1409 del título III («Objeto del contrato») de la sección primera («Contratos en general») del libro VII («Fuentes de las obligaciones») del CC: «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».

29 Merecería otro análisis y probablemente justificación de reproche (previa obtención de mayores datos del caso), si el hecho tal como está descrito hubiera sido tipificado bajo otra modalidad de estelionato (por ejemplo, defraudación con fraude procesal).

30 Salinas Sicchia, 2008, p. 1070.

31 El artículo 196 del CP inicia su descripción típica: «El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero […]». Piénsese en el caso que la víctima del engaño no es la perjudicada; por ejemplo, aquella adquiere un bien por mandato de un tercero, en realidad con la disposición se afecta el patrimonio del tercero y no de la víctima del engaño. Lo mismo puede suceder en contraposición cuando, producto del engaño, se perjudica patrimonios de terceros, entre ellos de los verdaderos propietarios o quienes tengan expectativas judiciales de un mejor derecho como para disponer el bien.

32 En el mismo sentido, véase la sentencia expedida en el expediente 2565-2009, antes citada.

33 En casos extremos, puede suceder que el adquirente del bien (agraviado de estelionato), al verse defraudado, reoriente los planteamientos del litigio a favor de los colitigantes y, antes de perder la propiedad del bien, decide negociar (transar) con estos dando término al pleito, alternativa que habría sido inviable si el litigio hubiere continuado (por diversos motivos) teniendo como contraparte a quien vendió el bien.

Pues si no existe comprador engañado y por el contrario este adquiere el bien aceptando las consecuencias del litigio (sobre la propiedad o posesión), los litigantes no podrán ser considerados sujetos pasivos del delito, simplemente porque no hay estelionato, pues no se verán afectados con la venta y pueden continuar el proceso bajo las alternativas que permite la normatividad procesal (sucesión procesal). La razón de considerarlos agraviados, en este caso particular de estelionato, es hacer inviable la prosecución del proceso extrapenal con la eventual inclusión de un comprador engañado, quien evitaría, bajo una férrea defensa, someterse a un litigio ajeno y respecto al cual nunca advirtió ni podría haber advertido que participaría.

C. El supuesto de la «venta como bien propio uno ajeno»

En el siguiente caso: considerando como única agraviada a María, se atribuye a José y Carlos la condición de coautores del delito de estelionato bajo la modalidad de venta de bien ajeno por mediar concierto entre estos. José «vendía por segunda vez» el bien y Carlos aparecía «comprando» el bien conociendo que ya había sido vendido anteladamente a María. ¿Es correcta la imputación hecha de venta como propio un bien ajeno?

Desde nuestro punto de vista, el supuesto típico de la venta como bien propio de uno ajeno, ha sido construido sobre la necesidad de sancionar dos casos recurrentes en nuestra realidad económica: al vendedor que enajena por segunda vez un bien que «legalmente» ya no es su propiedad (ello, antes que el primer comprador tome posesión, reciba el bien, lo inscriba en el registro correspondiente, etc.), se trata del caso de la doble venta y aquellos en los que hay copropiedad del bien y no todos los copropietarios venden el bien; por ejemplo, porque no aparecían como tales en los registros públicos.

En suma, puede tratarse de venta de bien parcial o totalmente ajeno. Si bien la norma civil[34] permite la venta de un bien ajeno «lícita» sujeta a convalidación por el propietario, en la cual ya existe de antemano la predisposición del propietario de realizar la transferencia del bien. Sin embargo, en el caso del estelionato, el bien en venta también es ajeno; pese a ello, el agente, a través de actos fraudulentos, oculta tal condición a la víctima. Esta, sometida a error, se desprende de su patrimonio en la creencia que está adquiriendo el bien del verdadero propietario.

34 El artículo 1537 del CC prescribe: «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».

Conforme hemos venido sosteniendo, bastará que el engaño suficiente[35] únicamente recaiga sobre el comprador del bien, quien se constituye en la víctima[36] por excelencia en este caso. Esta, pese a sus esfuerzos y actividades que exige la estructura normativa del mercado de la compraventa de inmuebles[37] (por ejemplo, obtención de datos de registros públicos), no advierte la existencia de litigios sobre el bien. Es a esta a quien se le engaña, ocultándose la información relevante para tomar la decisión de comprar, impidiéndosele conocer que dicho bien era ajeno o que hay copropiedad; por tanto, impidiéndole el uso y disfrute del bien[38].

En defensa del comprador afectado, puede presentarse más útil y hasta menos tormentoso, incluso, la aplicación de normas civiles que disminuyan su afectación patrimonial[39]. Así como el CC permite, bajo ciertos parámetros, la posibilidad al comprador de rescindir el contrato si adquiere un bien ajeno —o rescindir la parte proporcional o pretender la reducción del precio si se trata de un bien parcialmente ajeno—, también regula lineamientos cuando se trate de venta, como bien libre, de uno litigioso (por ejemplo, acudiendo a la figura del saneamiento)[40].

En consecuencia, el engaño debe estar dirigido a ocultar o disfrazar la auténtica propiedad del bien; es decir, enmarcado en la venta de un bien, pero aparentándolo

35 Según Jakobs: «Quien miente en un ámbito en el cual es garante de la verdad, o quien calla en un ámbito en el que debe garantizar una información, adquiere competencia respecto del déficit de información en la organización del otro; pues vulnera el sector común garantizado por el ordenamiento jurídico» (1996, p. 22).

36 Precisamente, el fundamento de la punición reside en que la disposición patrimonial no puede considerarse libre, pues se encuentra afectada por un fraude que vicia la voluntad del disponente: es la propia víctima la que realiza el desprendimiento patrimonial que termina perjudicándolo o perjudicando a otro (estafa en triángulo). Kindhäuser (2002a, p. 7 y ss.) considera a la estafa como una forma de «autoría mediata tipificada», señalando que, si el tipo penal encierra una forma de actuar en contra de la voluntad de la víctima, estamos frente a una autoría inmediata y «si el tipo reclama, por el contrario, un actuar con la voluntad de la víctima, es una tipificación de autoría mediata». En efecto, el autor (hombre de atrás) utiliza a la víctima (hombre de delante) para beneficiarse del patrimonio de esta a través de un engaño que ocasiona una interpretación incorrecta de hechos (error) y realiza una disposición patrimonial en su perjuicio a favor del autor o un tercero. Véase Pastor Muñoz, 2005, p. 120.

37 Ampliamente, sobre las bases de sistemas de deberes de veracidad y la concreción en las relaciones económicas, véase Pastor Muñoz, 2004, p. 224 y ss.

38 El artículo 923 del CC precisa: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley». El litigio hace inviable ejercer libremente del patrimonio adquirido.

39 Artículos 1539, 1540 y ss. del CC.

40 Artículo 1509 del CC: «Hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticias al celebrarse el contrato, si estos son de tanta importancia que disminuyen el valor del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto».

como propio cuando no lo es o solo lo es en forma parcial. El «agente se hace pasar como si fuera propietario del bien que entrega en venta a su víctima». No basta la sola credulidad del comprador sobre la apariencia de propiedad del bien, sino que su voluntad ha de ser doblegada por este engaño[41], se trata de un engaño «bastante»[42].

En este sentido, al ser el engaño típico en los delitos de estelionato la «falsa» condición de propietario del vendedor, solo podrá ser sujeto pasivo de la acción —sobre quien recae el engaño— aquel comprador que adquiere el bien de quien no era propietario. Por el contrario, no podría darse un engaño cuando el vendedor es propietario del bien materia de enajenación. Aquí no se cumpliría con la «ajenidad» del bien objeto de venta, previsto en el tipo legal.

A propósito de un artículo sobre el delito de tráfico de influencias, Hurtado Pozo señala que, en el «caso de la estafa (artículo 196), si bien el delito requiere la participación de quien sufre el perjuicio patrimonial —motivada por el comportamiento fraudulento del estafador—, solamente este es reprimido como autor de estafa, mientras que "quien actúa bajo la influencia del engaño" es la víctima del delito»[43]. Si no hay engañado, no hay estafa, no hay defraudación.

Por tanto, sujeto pasivo de la acción (el engañado) será siempre la persona que adquiere un bien de quien no tiene su propiedad. Será este nuevo comprador el perjudicado, pues la compraventa realizada no implicará una transferencia de la propiedad a su favor. Así se pronunció también —aunque sin mayor desarrollo— la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que, al resolver el RN 282-2000[44], absolvió al acusado por no ser el comprador del bien, a su vez agraviado por el delito. En dicha sentencia, se estableció: «que una de las formas de estelionato se da cuando el sujeto activo es el vendedor y el sujeto pasivo el comprador, que en el caso de autos los procesados […] vendieron el inmueble materia de litis […] a los esposos (X y Y); que en el presente caso, el agraviado […] no es el comprador del inmueble, por lo tanto no puede ser considerado como sujeto pasivo del delito; en consecuencia procede la absolución […]».

Atendiendo a las razones esbozadas, podemos señalar que, en el caso expuesto, no habrá estelionato, pues no hubo engaño hacia el comprador «Carlos»; por el contrario, hubo connivencia entre este y José, quien aparecía como «vendedor y supuesto propietario», tampoco la existencia de María convierte al hecho en típico

41 Fontán Balestra, 1981, p. 92.
42 Pastor Muñoz, 2004, p. 263.
43 Hurtado Pozo, 2005, p. 289.
44 Expediente 282-200-Puno, del 27 de marzo de 2001, en Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema de Justicia (http://www.pj.gob.pe).

de estelionato, ya que no fue engañada. Sin embargo, sí advertimos un delito de falsedad.

En efecto, tenemos que: (i) la primera venta a María nunca podría constituirle delito de estelionato, por cuanto José, al momento de enajenarlo, sí era propietario del bien (si la venta de un bien propio es lícito, entonces José, como titular del bien, nunca pudo haber engañado al primer comprador respecto a su «titularidad»); de otro lado, (ii) respecto a la segunda venta, si se toma atención a que la imputación sindica un «concierto» de voluntades entre José (vendedor) y Carlos (segundo comprador), el estelionato resultará imposible toda vez que nunca se engañó a un «comprador», a un comprador de buena fe. Caso contrario, de existir concierto de voluntades entre vendedor y segundo comprador, nunca podríamos concluir que se ha engañado al adquirente, probablemente concurra otro ilícito, civil o hasta penal, pero jamás estelionato.

Si, como hemos expresado, se requiere de un engaño suficiente hacia el comprador del bien ocultando información respecto a su titularidad total o parcial y en vista que en el caso concreto la conducta atribuida no implicó un engaño al comprador, dejando sin base la provocación del error en la víctima que ocasione una disposición patrimonial, la conducta atribuida deviene en atípica para el delito de estelionato. Pese a ello, se deja abierta la posibilidad de análisis respecto a la concurrencia de otros ilícitos previstos en la norma penal sustantiva.

Solo luego de identificar en primera línea como víctima al comprador, tendremos la posibilidad de constituir como agraviados a los originarios propietarios del bien, pues es evidente que se les estaría ocasionando desmedro en su patrimonio.

Pese a que la falsa información presentada al comprador engañado por sí sola podría tipificarse como delitos contra la fe pública, no cabe duda que la falsedad solo se convertirá en uno de los medios (instrumento) para llegar al supuesto integral «defraudación»[45]. En este, los originarios propietarios podrán ser incorporados como agraviados. Sin embargo, si no existe comprador engañado, no podrá existir propietario originario agraviado. Si esto último es así, solo quedará acudir a otros ilícitos penales para proteger a los propietarios de esa falsedad o acudir a otras vías para anular las falsas transferencias.

Vistas así las cosas, en el caso de los hechos fácticos desarrollados en la jurisdicción ordinaria penal y citados en la STC 1351-2011-PHC/TC (del 29 de marzo de 2012, caso Castro Villegas), no apreciamos la concurrencia del supuesto de hecho del estelionato bajo la modalidad de venta de un bien ajeno como propio. En concreto, el hecho de que un matrimonio transfiriera el bien (a través de un anticipo de herencia) a la coacusada, hija de ambos y conocedora de los hechos,

45 Sobre concurso medial, véase Mir Puig, 2005, p. 642 y ss.; Villavicencio Terreros, 2006, p. 706.

cuando el bien ya había sido anteladamente transferido al denunciante, a nuestro parecer no constituye en estricto estelionato; sino que, por el contrario, se trata de un caso de falsedad documental en agravio del primigenio adquirente del bien, pues, si el matrimonio se presentó como propietario del bien cuando ya no lo eran y lo transfieren a la hija quien conocía que no lo recibía de los propietarios, no hay víctima de engaño, no hay defraudación, no hay venta de bien ajeno, solo habrá delito de falsedad.

D. En el caso Orellana

En orden a lo desarrollado en los párrafos precedentes, si no ha existido engaño suficiente sobre los propietarios originarios de los bienes (engaño que les haya provocado el error para la disposición patrimonial y consecuente perjuicio de quedarse sin inmuebles), no podremos estar ante una víctima de un delito de estelionato de venta de un bien ajeno como bien propio. Solo se advertirá que estamos frente al caso en el que se tiene a un comprador y un vendedor fraudulento, que son parte de lo mismo; entre vendedor y comprador fraudulento no ha mediado engaño, hay connivencia.

Si pretendemos insistir con una lectura corta de los hechos, solo quedará continuar acciones por delitos contra la fe pública, ya sea por falsificación de documentos, falsedad ideológica o falsedad genérica, cuya función de protección está básicamente centrada en la licitud o legalidad del tráfico documental, y exigir que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 495 del NCPP, se declare la falsedad del instrumento público (de las transferencias ilícitas entre los integrantes de la organización), se ordene que dicho acto falso sea suprimido o reformado y, disponiendo de ser el caso, las rectificaciones registrales[46].

Sin embargo, si vamos un poco más allá y lo que advertimos es la connivencia entre vendedor y comprador fraudulentos para apropiarse del bien del verdadero propietario y a su vez transferirlo a un tercero —quien en buena cuenta se convierte en «tercero de buena fe» que enfrenta el problema de no haber adquirido el bien del verdadero titular—, entonces aquí sí podemos enfocar la construcción de una figura propia de estelionato. Se trata de un delito patrimonial en sí.

Sobre ese «tercero de buena fe», sí ha mediado el engaño exigido por el tipo, por lo que, al concurrir los demás elementos, se podrá incorporar al propietario originario afectado como agraviado de estelionato. El vendedor y comprador, fraudulentos, a través de todo un mecanismo previamente engañoso, han preparado

46 Urge que la referida anulación sea extendida a otros delitos, como a estafa, estelionato, insolvencia fraudulenta en la modalidad de simulación de disposición de bienes, etc.

las condiciones para presentar el bien a terceros que de buena fe llegan a adquirirlo, cuando en realidad dicho bien nunca estuvo en venta por parte del propietario originario, dado que los integrantes de dicha organización «sanearon»[47] el bien para que el originario propietario y el comprador de buena fe no advirtieran de las transferencias fraudulentas previas.

Estos actos, además de concursar con delitos de falsedad documental —con las consecuencias previstas en el ya citado artículo 495 del NCP—, deben ser reprimidos bajo los alcances del estelionato. Planteado así, entonces el comprador «tercero de buena fe» y el «propietario originario» serán los sujetos pasivos de dicho delito.

Por ello, en el caso Orellana, para poder tipificar el delito de estelionato, las imputaciones por las transferencias fraudulentas no deben ser desarrolladas individualmente, sino desde un punto de partida y punto de vista integral. Fue la organización criminal a través de diversos vendedores, compradores fraudulentos y testaferros, quienes estafaron o defraudaron al tercero de buena fe, con perjuicio del «verdadero propietario».

IV. A manera de conclusión

Podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. En el delito de estelionato deben concurrir necesariamente los elementos típicos objetivos del delito de estafa; esto es, el mecanismo fraudulento suficiente que induzca a error provocando un acto de disposición en la víctima y que acarree un perjuicio a esta o a un tercero.
2. La acción defraudatoria en el delito de estelionato debe recaer necesariamente en el comprador, adquiriente del bien, y no en el «originario propietario» porque no participa en la acción engañosa.
3. Luego de identificar en el caso concreto que el adquirente fue víctima de la defraudación, se pasará a analizar la consideración de otros afectados. En el caso de venta como bien libre de uno litigioso, a los litigantes que tramitan un proceso sobre la propiedad o posesión del bien; en el caso de venta de bien ajeno, al verdadero propietario del bien o copropietario, si no conocía de tal enajenación.
4. Sí resulta aplicable la imputación del delito de estelionato en los supuestos de apropiación de bienes en el caso Orellana. Esto siempre y cuando se

47 Entiéndase «sanear» en el sentido de alistar el bien y eliminar cualquier obstáculo que impida la venta a «terceros de buena fe».

atribuya que el conjunto de actos fraudulentos estuvo dirigido a engañar a «terceros de buena fe», quienes se constituyen como las víctimas por excelencia, permitiendo incorporar así a los propietarios originarios como sujetos pasivos. Por el contrario, si no ha recaído el mecanismo fraudulento sobre los «compradores de buena fe», los propietarios originarios solo podrán accionar por delitos contra la fe pública.