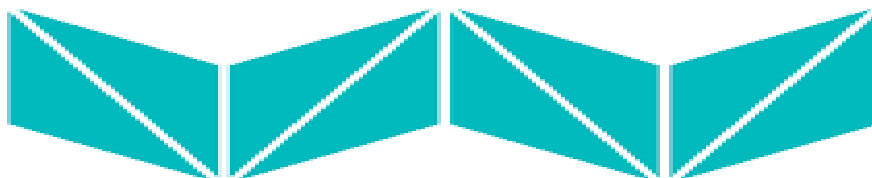


**UNIVERSIDAD PERUANA NORBERT WIENER**

**Escuela Universitaria de Pre Grado**

**DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



**Universidad  
Norbert Wiener**

**TESIS**

**“EL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CON  
DOLO ANTECEDENS DE LA PARTE PROMOTORA EN LA VENTA DE  
BIENES INMUEBLES FUTUROS, AÑO 2016, LIMA”.**

**PRESENTADO POR:**

**BACHILLER: WALTER EDISON ANTACHOQUE VELASQUEZ**

**TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**LIMA – PERU**

**2017**

## **DEDICATORIA:**

A mis hijas y a mi abuela María por comprenderme, entenderme y demostrarles que para el estudio no hay edad a pesar de la lucha constante de todos los días, porque ellas percibieron el esfuerzo que realice, para que sigan el ejemplo que todo sacrificio tiene su recompensa, solo depende de uno y de nadie más, si uno quiere obtener lo que desea, a ellas les dedico esta investigación.

**AGRADECIMIENTO:**

Primero agradezco a Dios por haberme inculcado y protegido a lo largo de mi carrera a pesar de las heridas que deje durante este tiempo, me siento muy agradecido por que realice mi sueño que tuve desde muy pequeño, de ser un buen profesional para también enseñar lo justo a los demás.

## INTRODUCCIÓN

El presente Proyecto de Investigación es de naturaleza descriptiva, cualitativa y documental; tiene como título: “el delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros”, y se desarrolla en el Distrito Judicial de Lima.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis riguroso del tipo penal del delito de Estafa y otras defraudaciones teniendo en cuenta la realidad en el Perú como a nivel internacional; observando que existe un sin número de personas dedicadas a cometer este tipo de delitos donde utilizan el engaño; siendo pues, el engaño el elemento principal de esta conducta ilícita, el cual es cometido con ánimo de lucro, para beneficio propio o ajeno, de tal forma que habiéndose determinado un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, produciéndose así un perjuicio en el patrimonio de la víctima o en el de un tercero.

El delito de Estafa es una de las formas más evolucionadas de delitos contra el Patrimonio, constituyendo uno de los mayores peligros a la buena fe; se adapta para adquirir nuevas formas de ejecución, de tal manera que muchas veces resulta difícil desenmascararlo en su forma

típica. Pero, a lo largo de su desarrollo punitivo, la discusión se ha centrado en la idoneidad de la mentira como conducta típica; es decir la suficiencia del engaño en el sentido que sea “bastante” que no pueda ser percibido por un ciudadano promedio. De esta forma, el engaño traspasa de lo ilícito civil a lo ilícito penal, debiendo ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona. No es fácil determinar para esto una norma de validez general, pudiendo admitirse como idóneo y de normal eficacia cualquier engaño que consista en la falsa expresión de hechos o condiciones que se presenten a la generalidad de las personas como plausibles, razonables y creíbles, debiendo observarse para ello las circunstancias concretas de cada caso.

La investigación se centra en la forma como se viene desarrollando el delito de estafa, en la compra venta de bienes inmuebles futuros, caracterizado por el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora. Teniendo dentro de este contexto, el “contrato” una figura relevante, puesto que casi todas las actividades humanas están circunscritas a esta figura jurídica; siendo uno de los pilares de la vida económica en general en sus múltiples formas.

Lo que nos interesa en el presente caso, es determinar de qué forma la compraventa de bien a futuro de un inmueble se convierte en una transacción segura, libre de estafas por parte de personas inescrupulosas

que se aprovechan de la ausencia de normas en este aspecto; y para ello, debemos revisar si nuestro Código Civil ofrece esa garantía o es menester efectuar algunas modificaciones sustantivas, o en todo caso, conferir dicha seguridad mediante normas especiales como la creación de un seguro obligatorio. En ese sentido, a través de la contratación de una póliza de seguro se obligaría a las empresas promotoras de viviendas a contratar un seguro con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades entregadas como adelanto, por parte de los que adquieren las viviendas. De esta forma, si las empresas promotoras de viviendas no contratan el seguro, entonces ello constituiría un indicio objetivo de que dicha empresa está actuando con dolo *antecedens* y por tanto, se estaría configurando el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

## PRESENTACIÓN

Dando cumplimiento con las disposiciones del Reglamento Interno de Grados y Títulos de la Facultad Profesional de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada NORBERT WIENER, presento ante ustedes mi tesis titulada **"El Delito de Estafa y el Incumplimiento Contractual con Dolo Antecedens de la parte Promotora en la Venta de Bienes Inmuebles Futuros."**

A través de este trabajo deseo obtener el título profesional de Abogado, ansiado anhelo que me permitirá forjar mi futuro profesional. El trabajo de investigación contiene en el Capítulo I, el problema de investigación, donde desarrollamos como en la compraventa de bienes inmuebles futuros, cuya característica principal es que el bien objeto de venta aún no existe, y, por lo tanto, está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia, suele ser muy común las estafas realizadas por supuestos empresarios dedicados al rubro de la construcción de viviendas que estafan a las personas mediante la contratación simulada. De esta forma, la investigación se justifica en la medida que ponemos de relieve este problema y sugerimos alternativas que permitan proteger al ciudadano peruano que con mucho esfuerzo adquiere una casa bajo esta modalidad de compra.

En el Capítulo II, que corresponde al Marco Teórico, desarrollamos en tema en sí, analizando primero el delito de Estafa y sus elementos que la conforman; luego vemos el incumplimiento contractual y el dolo civil, analizando el contrato de compraventa, y particularmente la compra venta de bien futuro o también denominado *emptio rei speratae*; después analizamos el dolo, y la forma como se manifiesta el dolo en los contratos; analizamos la jurisprudencia nacional sobre estafa en los contratos o contratos criminalizados, y por último vemos como trata este tema la legislación española.

En el Capítulo III, se desarrolla el Método, donde se especifica los objetivos y las hipótesis de la investigación. También se detalla el tipo y el diseño de investigación; la población y la muestra con la que se ha trabajado para la realización de la encuesta.

En el Capítulo IV, que corresponde al Resultado de la Encuesta, se expone el resultado de la encuesta y su discusión. Por último, las conclusiones y las recomendaciones que con mucha humildad pretendemos que sea un pequeño aporte al mundo jurídico. Dejando a vuestra consideración, la calificación del presente trabajo de investigación, por lo que espero contribuir al soporte investigativo de nuestra Facultad.



**"EL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CON  
DOLO ANTECEDENS DE LA PARTE PROMOTORA EN LA VENTA DE  
BIENES INMUEBLES FUTUROS."**

**NOMBRE DEL AUTOR:**

**WALTER EDISON ANTACHOQUE VELASQUEZ**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata sobre las estafas que existen en los actos jurídicos realizados entre las personas que adquieren, y las empresas promotoras de viviendas que venden bienes inmuebles, siendo éstas últimas quienes muchas veces incumplen el contrato (verificándose dolo *antecedens*), como ocurre en la compraventa de bienes inmuebles futuros.

Asimismo, se realiza una comparación con el Derecho Español, para la dación de aportes y así optimizar nuestra legislación peruana y con la finalidad de tutelar a todas las personas que celebran este tipo de contrato que son la compraventa de bienes inmuebles futuros, ya que actualmente en nuestro país existe gran demanda de viviendas que se concretan vía este tipo de contratos.

De esta forma, el objetivo es desarrollar un mecanismo jurídico que permita difuminar o bajar el índice de estos casos de delito de Estafa a través de los denominados contratos de compraventa de bienes inmuebles futuros, fomentando a su vez en el ámbito social, una cultura de prevención dirigido a todos los ciudadanos, y la protección por parte del Estado.

## **ABSTRACT**

The present research work deals with the scams that exist in the legal acts carried out between the people who acquire, and the promoters of houses that sell real estate, the latter being those who often break the contract (verifying the antecedents), as happens in the purchase and sale of future real estate.

Likewise, a comparison is made with the Spanish Law, for the donation of contributions and thus optimize our Peruvian legislation and with the purpose of protecting all the people who celebrate this type of contract that are the purchase and sale of future real estate, since currently In our country there is great demand for housing that is specified via this type of contract.

In this way, the objective is to develop a legal mechanism that allows to blur or lower the rate of these cases of scam through the so-called contracts of sale of future real estate, promoting in turn in the social field, a culture of prevention aimed at all citizens, and protection by the State.

## ÍNDICE GENERAL

Tabla de contenido	Pág.
- Dedicatoria	02
- Agradecimiento	03
- Introducción	04
- Presentación	07
- Resumen	10
- Abstract	11
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	
1.1. Problema de investigación	15
1.1.1. Planteamiento del problema	15
1.1.2. Formulación del problema	19
1.2. Justificación de la investigación	20
1.3. Marco referencial	22
1.3.1. Antecedentes	22
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>MARCO TEÓRICO</b>	
2.1. El delito de Estafa	30
2.1.1. Definiciones de estafa en la doctrina internacional	34
2.1.2 Tipo objetivo	36
2.1.3. Teorías que determinación el engaño jurídico-penalmente relevante	58
2.1.4. Agravantes	61
2.1.5. Bien jurídico protegido	65
2.1.6. El sujeto activo	66
2.1.7. El sujeto pasivo	67
2.1.8. Tipo subjetivo	68
2.1.9. Antijuridicidad	70
2.1.10. Culpabilidad	70
2.1.11. Tentativa	71
2.1.12. Consumación	72
2.1.13. Modalidades de estafas	75
2.2. El incumplimiento contractual y el dolo civil	76
2.2.1. El contrato	76

2.2.2. El contrato de compra venta	79
2.2.3. La compraventa de bien futuro " <i>emptio rei speratae</i> " o venta de la cosa esperada	82
2.2.4. Comentarios de autores a la compraventa de bien a futuro	95
2.2.5. Definiciones en legislaciones supranacionales de la compraventa de bien a futuro	109
2.2.6. Contratos criminalizados en la legislación española	111
2.3. El dolo	113
2.3.1. Concepto de dolo	113
2.3.2. Clases de dolo	114
2.3.3. Elementos del dolo	118
2.3.4. El dolo civil	122
2.3.5. El dolo en los contratos	128
2.4. Incumplimiento contractual con dolo <i>antecedens</i> de parte de la empresa promotora en la venta de bienes inmuebles futuros	131
2.5. Jurisprudencia nacional	140
2.6. Legislación comparada	143
2.6.1. El delito Inmobiliario y la doble venta inmobiliaria en el código español	143

### CAPÍTULO III

#### MÉTODO

3.1. Objetivos e hipótesis	148
3.1.1. Objetivos	148
3.1.2. Hipótesis	149
3.2. Tipo y diseño de investigación	150
3.2.1. Tipo de investigación	150
3.2.2. Diseño de investigación	151
3.3. Variables	151
3.4. Población, muestra y muestreo	152
3.4.1. Población	152
3.4.2. Muestra	152
3.4.3. Muestreo	152
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	153
3.5.1. Descripción del Instrumento	153

### CAPÍTULO IV

#### RESULTADO DE LA ENCUESTA

4.1. Contrastación de hipótesis	154
---------------------------------	-----

4.2. Resultados	155
4.2.1. Presentación de resultados	155
4.2.2. Discusión	168
4.3. Conclusiones	172
4.4. Recomendaciones	173
4.5. Referencias bibliográficas	177
- ANEXOS	185
Anexo 1: Encuesta	185
Anexo 2: Matriz de Consistencia	187

# **CAPÍTULO I**

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1.1 Planteamiento del problema**

Hoy en día existe un creciente y notorio auge del sector económico de la construcción inmobiliaria en nuestro país. Dentro de este contexto, una de las modalidades de compra de viviendas más común es la compraventa de bienes futuros. Los contratos de compraventa se encuentran regulados en el artículo 1529° del Código Civil; en el caso de la compra de bienes inmuebles, la transferencia de propiedad se realiza en virtud del acuerdo entre el vendedor y el comprador, sin que se requiera mayor formalidad.

En el caso de específico de la compraventa de bienes a futuros, tiene la característica principal que el bien o bienes objeto de venta aún no existen, y, por lo tanto, está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Al respecto, el artículo 1534° C.C.,

señala que si ambas partes tienen conocimiento que el bien es futuro, el contrato queda sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Lo cual significa que el contrato no surtirá efectos sino hasta el momento en que el bien llegue a existir, de tal manera que, hasta ese momento, el comprador no estará obligado a pagar el precio ni el vendedor estará obligado a entregar el bien.

Ahora, dentro de este contexto, suele ser muy común las estafas realizadas por supuestos empresarios dedicados al rubro de la construcción de viviendas que estafan a las personas mediante la contratación simulada. Este supuesto consiste en “simular un contrato cuyo incumplimiento determina que se produzca un perjuicio directo en el patrimonio ajeno como consecuencia del acto de disposición patrimonial del contratante que ha sido engañado”. (Fernández Vilchez, 2010, pág. 15)

El negocio jurídico criminalizado consiste precisamente en la celebración de un contrato con la clara y absoluta intención de incumplirlo; donde el sujeto activo (promotor de las viviendas) se aprovecha de la confianza y la buena fe del perjudicado (el que adquiere la vivienda) con el claro ánimo inicial de incumplir lo convenido. Así, estaremos ante el delito de Estafa, y no ante un ilícito civil, “cuando cumplan estos elementos del tipo de manera



secuencial: 1) engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, 2) inducción a error o mantener en él, 3) perjuicio por disposición patrimonial, 4) obtención de provecho indebido para sí o para otro”. (Salinas Siccha, 2010, pág. 1078).

Pero el engaño en los contratos criminalizados no puede darse en forma posterior al acto de disposición de la víctima, sino de forma anterior. De esta forma, habrá Estafa cuando el elemento subjetivo: dolo, se manifiesta desde el momento inicial, antecedente o “*in contrahendo*”, pero no *subsequens*. La forma como se da este elemento del engaño marca la diferencia entre el dolo civil y el dolo penal que permite configurar el delito de Estafa.

Por ello, en los contratos criminalizados la jurisprudencia española, por ejemplo, ha establecido plenamente que habrá Estafa si se configura el dolo antecedente o concurrente y no *subsequens*; “puesto que si el dolo ha surgido después del incumplimiento, este dolo posterior nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de Estafa, siendo necesario, un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que dé lugar al incumplimiento contractual”. (Sentencia Tribunal Supremo Española 865-2014, 2014)

En suma, estaremos ante la variedad de Estafa denominada como “negocio jurídico criminalizado”, si el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales.

Ante esta situación, surge la necesidad de introducir ciertos remedios preventivos que permitan frenar la comisión de estos eventos delictivos.

Una forma que consideramos viable y oportuna, es a través de la contratación de una póliza de seguro. Si se obliga a las empresas promotoras de viviendas a contratar un seguro con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades entregadas como adelanto (contratos de bienes futuros) por parte de los que adquieren las viviendas, entonces, este tipo de estafa, prácticamente va a desaparecer.

De lo contrario, si las empresas promotoras de viviendas no contratan el seguro, entonces ello constituiría un indicio objetivo de que dicha empresa está actuando con dolo *antecedens* y, por tanto,

se estaría configurando el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

### 1.1.2. Formulación del problema

#### **Problema General:**

¿El delito de Estafa se configuraría ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de la promotora en la venta de bienes inmuebles futuros?

#### **Problemas Específicos:**

¿La contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del dinero adelantado?

¿La falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo *antecedens*, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado?

## 1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación, enmarca relevancia jurídica en lo legal, ético, institucional y social, puesto que está destinado a demostrar, que hasta el momento existen casos de estafas por parte de las promotoras de empresas en los contratos de compraventa de inmuebles a futuro en nuestro país y que el estado no otorga una seguridad jurídica para que estos tipos de estafas sean difuminados y no saquen provecho las personas de la mala calaña que actúan con ardid y engaños con la intención de estafar a otras que desean comprar un bien inmueble, entonces es menester que el Estado Peruano otorgue una norma que proteja jurídicamente al ciudadano peruano, toda vez que estos casos causa efectos negativos para la persona y toda la sociedad, entonces tendremos que determinar muy bien los casos de estafa, con la finalidad de otorgar al Estado Peruano soluciones para prevenir o disminuir los casos de estafas.

La importancia **legal** radica en que se formulan parámetros o criterios jurídicos definidos que permiten criminalizar determinados contratos cuando existe dolo antecedente por parte del sujeto activo; es decir, voluntad de no cumplir con lo pactado. Cuando el Juez se

encuentra ante una situación como esta, aplica los criterios jurídicos mencionados, verificando así si se está ante un negocio criminalizado.

Se justifica el trabajo de investigación desde el punto de vista **ético** porque se pone de relieve el principio de la buena fe que deben tener los contratantes, pero de manera particular la buena fe que deben tener las empresas promotoras de viviendas.

También es importante desde el punto de vista **institucional** porque viabiliza la implementación de una serie de lineamientos políticos por parte del Estado, a fin de que las ventas de viviendas se realicen con las garantías del caso, constituyendo una de estas garantías la contratación de un seguro obligatorio por parte de las empresas promotoras.

Finalmente se justifica el trabajo de investigación desde el ámbito **social** porque ofrece a la colectividad la seguridad de que no van a ser estafados cuando adquieren una vivienda por parte de las empresas promotoras.

## **1.3. MARCO REFERENCIAL**

### **1.3.1. Antecedentes**

#### **- Tesis Extranjeras**

A. Tesis presentada por los tesisistas: Christian Adán Claros Henríquez, Carlos Mauricio Garay Manzano y Tahnya Johanna Pastor Solórzano, intitulado: “La delimitación jurídico penal del delito de Estafa con el fraude civil”; para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Los tesisistas plantean como objetivo central de la investigación, delimitar jurídico penalmente el delito de Estafa con el fraude civil; dado que ha sido una deficiencia y constituye aun un serio problema que la doctrina no ha terminado de esclarecer, siendo discutido por grandes y reconocidos penalistas internacionales tales como el Doctor José Manuel Valle Muñiz, Gladys Romero, Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Vives Antón, Fontán Balestra, entre otros. Incluso se ha venido haciendo un uso desmedido del Derecho Penal, el cual debe ser usado como última ratio, cuando la situación puede ser

normalmente ventilada en la vía civil. Por ello es necesario tener claro que para poder delimitar el delito de estafa jurídico penalmente con el fraude civil, debe hacerse un estudio dogmático de los elementos que componen el tipo defraudatorio específico, aunado al conocimiento y análisis de los requisitos exigidos para la configuración del dolo vicio del consentimiento.

Los tesisistas llegan a las siguientes conclusiones:

Con la investigación efectuada se ha establecido que existen en la doctrina criterios de Imputación Objetiva que son utilizados para delimitar el engaño típico del tipo penal Estafa, los cuales sirven para delimitar jurídico penalmente al delito de estafa con el fraude civil, y estos son el primero, el Juicio de Adecuación, segundo, el Incremento del Riesgo Permitido y, el tercero, la Esfera de Protección de la Norma en el Tipo de Estafa, criterios los cuales están contenidos como se mencionó, dentro del elemento objetivo Engaño.

Así mismo, concluimos que existen de igual forma en la doctrina, los elementos reconocidos que configuran al tipo penal en cuestión: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial (elementos objetivos), el dolo y el ánimo de lucro (elementos subjetivos), y a veces se incluye el nexo causal o relación de causalidad. Estos dos aspectos son de obligatorio conocimiento para

los Jueces de Sentencia, en los casos relativos a los juicios de estafa para fundamentar su sentencia y delimitar jurídico penalmente correctamente el delito de estafa con el fraude civil. Por lo tanto, no existe ninguna justificación o atenuante alguna en la práctica del operador de la ley que al momento de emitir sentencia desconozcan ésta doctrina esencial y básica para éste tipo de casos.

Dentro de la doctrina moderna, se ha superado totalmente la acepción del provecho injusto como componente esencial configurativo del injusto defraudatorio en estudio, situación que durante mucho tiempo en la diversa doctrina fue concebida de la manera que el provecho injusto -definido como la materialización del ánimo de lucro-, era indispensable que se verificara para que se consumase el delito de estafa. Y a éste respecto, queda desfasada nuestra legislación actual al establecer que el provecho injusto es un elemento del tipo, además que cobija crímenes impunes y defectuosa jurisprudencia.

- B. Tesis presentada por Allan Mauricio Quesada Gómez, intitulado: “Comprobación de las defraudaciones en los contratos de construcción mediante la determinación del delito idóneo y del límite con la antijuridicidad civil”; para optar el grado académico de



licenciatura en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; 2011.

El tesista plantea como hipótesis principal el comprobar que en Costa Rica se puede aplicar el delito de estafa, empleando los presupuestos del artículo 216° del Código Penal, para casos de defraudaciones en contratos de construcción, siendo mejor opción que el fraude del 219°, sin que esto implique su derogación; y con la existencia criterios claros que colaboran a descartar una mera antijuridicidad civil.

La tesis plantea las siguientes conclusiones:

- El desarrollo de nuestra sociedad amplía el marco de relaciones jurídicas y promueve su celeridad; en este contexto es necesario realizar propuestas originales ante situaciones poco exploradas. El auge y celeridad llegó al sector constructivo, por lo tanto es lógico la complicación de relaciones y el aumento de roces, pero existe un punto donde el orden jurídico debe intervenir, e incluso un punto en donde debe sancionar. La antijuridicidad en tal sector es un tema que adquiere notoriedad.
- Desde el inicio se buscó unir y delimitar dos áreas, una penal y otra principalmente civil; se decidió explorar una propuesta interesante para contrarrestar ciertos peligros. Por eso se planteó el objetivo de

comprobar y examinar los delitos defraudatorios en el marco de contratos de construcción de obra, lo que incluía el buscar el delito idóneo e inspeccionar la respectiva frontera penal – civil.

- Para conseguir eso se efectuaron una serie de pasos o tareas. Con la primera, el desarrollo de los delitos candidatos a aplicarse, se observó una situación admirable en Costa Rica con respecto al delito de estafa, producida por su eficiente desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial; pero también un deficiente estado del delito de fraude en la entrega de cosas. El artículo 219 penal cumple una buena labor previendo todos los elementos constituyentes del delito, con el orden y presupuestos debidos y un grado de flexibilidad útil; en cambio el artículo 216 ha caído en un estado de desuso.
- La estructuración del género de las defraudaciones y la forma en que ha sido tipificada la estafa colabora a facilitar su individualización y manejo. Pero existen otros criterios facilitadores, como el poder fraccionar su composición en los elementos estudiados, identificar los requisitos de cada uno y su concatenación causal. Por ejemplo, identificar el ardid por acciones de simulación, deformación u ocultamiento de hechos; así con la consecuente representación errada de la realidad, el movimiento de patrimonio, y la vital determinación del menoscabo.

- El tomar una posición sobre aspectos discutidos es ventajoso antes de realizar una propuesta específica manipulando el delito. Por ejemplo, con respecto a la idoneidad del engaño la posición tomada fue la de suficiencia abstracta de producir el error a la víctima, pero considerando las condiciones particulares.
- El siguiente paso logrado es la delimitación del área en donde se quiere utilizar el delito, siendo esta delimitación la de contratos de construcción de obra determinada del sector privado. Esta área posee un auge y complicaciones novedosas, pidiéndose concluir la insuficiencia de normativa atrasada como los respectivos artículos del Código Civil o la Ley de Construcciones (decreto ley N° 833) proveniente de 1949. Existen, internacionalmente, propuestas más novedosas o eficientes; por ejemplo, con respecto a la responsabilidad por pérdida.
- También es apreciable la maleabilidad de esta forma contractual, evidenciada con las diversas combinaciones entre sus sujetos intervinientes, las modalidades para el pago del precio, y ciertas estipulaciones o cláusulas variables, referentes a materiales, o inclusive novedosas. Además de modalidades especiales como en el desarrollo de obras, cuya adición en la investigación resultó ser beneficiosa o inclusive necesaria.

- Con los últimos pasos se logró una unión y exploración exitosa entre las áreas. Primero hay que mencionar que la realización de vicios en la obra debe consistir en desviaciones afectantes de su valor o destino, y su posibilidad de ocultamiento es real y determinable. Su relevancia más obvia será para la rama civil, pero también se puede identificar como un elemento en la configuración de la defraudación.
- Queda claro que la labor más difícil para tal aplicación del delito fue, y será, la delimitación civil – penal. Lo difuso del límite complicará el trabajo, pero el ir más allá de la mera antijuridicidad civil es perfectamente loggable y demostrable.
- Un interesante fruto del presente trabajo ha sido el hallazgo de criterios, o consejo, aprovechables para la labor de delimitación. Quizás el más destacable sea la intención o ánimo que debe poseer el responsable, no la simple intención de hacerlo contratar sino el dolo del tipo penal específico, el ánimo de realizar los hechos descritos y de obtener el beneficio ilícito, sin importar el perjuicio que eso significaría para la otra parte.
- Existen otras variables que se deben incluir en el análisis, como la individualización de los elementos de tipicidad, intensidad del daño, o una verdadera necesidad social de reprimir. La exclusión del fraude en la entrega entre las opciones que ofrece la legislación penal es necesaria para el propósito. Tal vez este fraude vaya más allá de lo

que pretende el artículo 219°, pero el propósito específico no es vencer la opción dificultosa sino proponer la opción realista y definitiva, la opción con la que se pueda identificar un *itercriminis* y un claro perjuicio en el ámbito elegido.

- El señalamiento de la estafa como la solución realista y definitiva es un momento vital del proceso, así como una conclusión que emanará de cualquier análisis de las variables. Por lo tanto, lo que se produce principalmente con las defraudaciones en la construcción son estafas, y este es el molde idóneo.
- La estafa en la construcción es un riesgo real, pero perfectamente evitable o, en su caso, punible. Ciertas recomendaciones se pueden formular, como la eficiente y suficientemente detallada formulación del contrato, tomar actitudes diligentes ante la incertidumbre, buscar asesoramiento razonable ante la inexperiencia; y la probabilidad de la estafa ante la conformación de antijuridicidad grave. El fruto deseado para el trabajo es facilitar futuras comprobaciones y manejos de esta clase, así como colaborar en el esclarecimiento de un escenario posiblemente confuso.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. EL DELITO DE ESTAFA

Su origen de la normativización de la estafa se encuentra en el derecho romano. (...) En aquel sistema se habría previsto el *crimen stellionatus* como el hecho punible en que se obtiene provecho indebido a causa del engaño. El italiano Carrara enseñó que el estelión o salamandra, animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol, habría sugerido a los romanos el nombre de *stellionatus* como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, hechos que nos constituyen ni verdaderos hurtos, ni verdaderos abusos de confianza, ni verdadera falsedad pero que tiene elementos del hurto pues atacan injustamente la propiedad ajena, del abuso de confianza debido a que se abusa de la buena fe de otros y de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras (Roy Freyre, 1983:147; Ángeles et al., 1997: III, 1280; Paredes Infanzón, 1999:209). También el Código Penal español de 1822, aplicó por primera vez el rótulo de estafa para denominar a las conductas por los cuales el autor por medio del

engaño o cualquier otro acto fraudulento, hace que la víctima le entregue en forma voluntaria parte o el total de su patrimonio, heredando la expresión latina "esteleonato" o el de "baratería". Esta se enlaza con la "staffa" italiana que connota pedal o estribo. (Salinas Sicha, pág. 265).

El delito de estafa, cuyo antecedente legislativo en el Perú es el artículo 244° del Código Penal de 1924, establecía lo siguiente:

*“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 menor de un mes”.*

Con mejor técnica legislativa el artículo 196° del actual Código Penal lo regula de la siguiente manera:

*“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 uno ni mayor de seis años”.*

El artículo 196° del Código Penal establece seis supuestos de agravación del delito de Estafa:

*“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 compraventa 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 esta forma, se configura una modalidad agravante cuando: “se realice con ocasión de compraventa de (...) bienes inmuebles”, en cuyo caso la pena será “privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa.



El delito de estafa es una forma de defraudación, vale decir, la defraudación en el género y la estafa, una de sus modalidades típicas. Es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que habiendo determinado un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual en un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. MUÑOZ CONDE, precisa que “al mismo tiempo, se lesiona con la estafa la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico” (2001, p. 410).

Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas y que sí, por ejemplo, se compra un kilo de manzanas sea efectivamente un kilo y, además, demás manzanas. Pero si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político-criminal perseguida con la tipificación del delito de estafa sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado, para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

El delito de estafa consiste en el empleo de artificio o engaño, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho patrimonial en perjuicio ajeno, es una forma de defraudación, vale decir, la defraudación en el género y la estafa, una de sus modalidades típicas ( Pilco Garay, 2002).

García Caveró refiere que “La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta” ( 2010, pág. 36).

La estafa es un delito problemático. Ya desde el inicio de su estudio a nivel dogmático eran evidentes las diferencias existentes. Lo desalentador es que esta disputa todavía existe. La discusión reside esencialmente en interpretar la estafa a) como en el ilícito que requiere una calificación de engaño y alguna diligencia por parte de la víctima, o b) como delito que deba proteger a cualquier víctima (Balmaceda-Hoyos, 2011).

### **2.1.1. Definiciones de estafa en la Doctrina Internacional**

Carrara define la estafa: “la dolosa apropiación de una cosa ajena que se ha recibido del propietario, por una convención no

traslativa de dominio para un uso indeterminado” (citado en Pilco Garay, 2002).

Por su parte Pessina dice: “que la esencia propia de la estafa consiste en un lucro, ilegítimo en daño de otro, obtenido mediante una insidia tendida a la buena fe ajena” (citado en Pilco Garay, 2002).

Mientras que para Berne, “es el daño patrimonial causado a otro, producido mediante engaño con ánimo de lucro. Nótese en las nociones de los criminalistas, que para la existencia de este delito, no basta la presencia de un fraude cualquiera, sino que se precisa, la insidia, algo que tenga el poder de engañar” (citado en Pilco Garay, 2002).

Para Padró: “Los términos estafar, generalmente, como sinónimo; para que haya estafa, siempre debe mediar la artimaña, el arbitrio falaz, la simulación, el encubrimiento de la verdad, etc., como cuando se induce a una persona a aceptar una cosa por otra. Y así, quien vende por oro lo que es imitación de ese metal, estafa; quien invoca un carácter que no tiene para percibir ilegítimamente una cantidad de dinero o una cosa que lo equivalga, estafa también, quien

promete, previa remuneración de su importe, entregar una cosa o prestar un servicio que le es imposible realizar, estafa igualmente, y, en fin, cualquier artificio que se emplee para obtener aquello que no se lograría en forma franca, sincera, correcta, es siempre una estafa. La misma diferencia puede apreciarse en los siguientes casos: Si A seduce con arterias a B para que le entregue una cosa de un valor cualquiera, y éste se despoja de esa cosa en la creencia de que aquel procede con sinceridad y no con falaces torpezas, la mala fe empleada por A constituye una estafa” (citado en Pilco Garay, 2002).

### **2.1.2 Tipo Objetivo:**

El Elemento material de la Estafa está dado por la procuración para sí o para otro de un provecho mediante el uso o astucia, ardid o engaño, pero su esencia es el **engaño**, que se traduce comúnmente en la falta de verdad de lo que se dice o se hace creer, con el evidente propósito de lograr una disposición patrimonial perjudicial a través del error, pero dicho engaño, debe ser suficiente y debe revestir características serias para hacer o inducir a error y consecuentemente al acto de disposición; debiéndose probar de modo contundentes la configuración de los elementos que exige el tipo penal materia del presente proceso.

La estafa tiene componentes o elementos particulares que deben aparecer secuencialmente en la conducta desarrollada por el agente.

El orden es el siguiente:

- a. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta.
- b. Inducción a error o mantener en él.
- c. Perjuicio por disposición patrimonial.
- d. Obtención de provecho indebido para sí o para un tercero.

Estos elementos deben concurrir secuencialmente, de modo que el *engaño idóneo y eficaz* precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el agente del delito y proyectado sobre la víctima, que puede consistir en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, créditos, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante, debe provocar un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el agente del delito. Todo ello provoca el asentimiento a un desprendimiento patrimonial que se materializa con el desplazamiento de los bienes o intereses económicos de parte de la víctima, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o

lesión de sus intereses económicos. Pasando aquellos se aprovechan o enriquecen indebidamente.

No obstante evidenciarse claramente tales elementos del contenido del tipo penal del artículo 196° del Código Penal, los comentaristas nacionales (Peña Cabrea, 1993:160; Bramont-Arias Torres, 1997:29; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997:347; Paredes Infanzón, 1999:213 y Villa Stein, 2001:136), sostienen que los cuatro elementos típicos del delito de estafa son: engaño, error, disposición patrimonial de la víctima y perjuicio a la víctima. Es decir, para aquellos tratadistas constituyen elementos diferentes la disposición patrimonial y el perjuicio, cuando de la lectura del texto punitivo se colige que tales circunstancias constituyen un mismo elemento, pues la disposición patrimonial como consecuencia del error producido por el engaño, origina necesariamente o automáticamente perjuicio para la víctima, en otros términos, la sola disposición patrimonial de la víctima importa perjuicio para ella. Tal forma de exponer las cosas les ha conducido a soslayar el cuarto elemento consistente en el provecho indebido que obtiene el agente con su conducta. No advierten la siguiente circunstancia: si no se verifica que el agente o un tercero consiguió u obtuvo algún provecho económico indebido con su conducta, la estafa no se configura.

La explicación razonable de tal forma de ver el asunto lo encontramos en el hecho concreto y comprobado que nuestros penalistas siguen, la mayor de las veces, al pie de la letra lo sostenido por los brillantes penalistas españoles. Sin tomar en cuenta que aquellos hacen hermenéutica jurídica de su texto penal que como ya hemos tenido oportunidad de señalar difiere muchas veces en forma diametral del nuestro. En lo que se refiere al delito en hermenéutica se verifica que el inciso 1 del artículo 248 del Código Penal español de 1995, que recoge el tipo básico de la estafa, difiere ampliamente del contenido del tipo básico recogido en el artículo 196 del Código Penal peruano. En efecto, el Código español prevé que “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”. En tanto que como podemos darnos cuenta de su lectura, el contenido del tipo penal del artículo 196 de nuestro texto punitivo tiene redacción diferente.

De la lectura del tipo penal 248 del Código Penal español, se advierte que, para aquel sistema penal, el delito de estafa se configura cuando el agente con ánimo de lucro, haciendo uso del engaño induce a la víctima a desprenderse de su patrimonio y como

consecuencia de ello se originó un perjuicio de esta o de un tercero. En suma, no hay mayor inconveniente en sostener que los elementos típicos objetivos de la estafa lo constituyen el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Sin embargo, ello vale para los españoles, mas no para los peruanos. Para interpretar nuestro sistema jurídico penal, ello solo sirve de referencia doctrinaria.

La configuración de la estafa requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes; esto es, requiere primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero. En concreto, la figura de estafa no es la suma de aquellos componentes, sino exige un nexo causal sucesivo entre ellos, comúnmente denominado relación de casualidad ideal o motivación. Si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de aquellos elementos, el injusto penal de estafa no aparece. Aquí no funciona el dicho matemático: el orden de los sumandos no altera la suma. Si se altera el orden sucesivo de sus elementos, la estafa no se configura.



Igual no hay delito si alguno de aquellos elementos falta en determinada conducta.

En tal sentido, no son acertadas las definiciones ensayadas por Roy Freyre, Bramont-Arias Torres y García Cantizano, quienes definen a la estafa como el resultado producido en perjuicio de la víctima a consecuencia del uso del engaño utilizado por el agente. Aquí al parecer se da mayor importancia al resultado producido en agravio del sujeto pasivo que al contenido mismo de la conducta que debe desarrollar el sujeto activo.

Así tenemos que Roy Freyre (1983:154), comentado el Código Penal derogado, enseñaba que estafa es el perjuicio patrimonial ajeno e ilícito que se causa mediante artificio, astucia o engaño obteniendo un provecho económico para sí o para un tercero. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1997:346) prefieren definir a la estafa como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose el estafador un provecho económico para sí o para un tercero.

En tanto que el recordado profesor Peña Cabrera, siguiendo la interpretación efectuada por Antón Oncea, quien hacía dogmática del Código Penal Español, definía a la estafa como la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de tercero.

Incluso, la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 20 de julio de 2005, que analiza un caso concreto en el cual se defraudó al Estado, hace aún diferencia entre disposición patrimonial y perjuicio a la víctima como si fueran dos elementos distintos del delito de estafa, cuando en puridad ambos aspectos configuran un solo elemento, En efecto, allí se argumenta que:

a) **Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta**

El significado común del engaño implica falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer con la finalidad de producir error.

La norma penal hace referencia a tres términos:

- Ardido se entiende como el medio empleado hábil y mafiosamente para el logro de algo intento, es el medio o mecanismo empleado

hábil y mañosamente para lograr que una persona caiga en error es un medio hábil y mañoso para lograr algo en la víctima

- Astucia, es la habilidad, carácter mafioso y audaz con que se procede para conseguir un provecho ilícito creando error en la víctima; es la simulación de la conducta, situación o cosa, fingiendo o imitando lo que no se es, lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de hacer caer en error a otra persona. El uso de nombre supuesto o el abuso de confianza son formas en las cuales el agente actúa con astucia. es una habilidad audaz para conseguir algún provecho.

- Engaño, indica la falta de verdad en lo que se dice, cree, piensa, discurre.

De ese modo, el primer elemento que se verifica en una conducta catalogada de estafa lo constituye el uso del engaño, astucia, ardid, u otra forma fraudulenta por parte de su autor o sujeto activo. Los términos utilizados por el legislador en el tipo penal al tener la única finalidad de falsear la realidad, dan a entender que han sido utilizados para ejemplificar el tipo de fraude que se requiere para hacer caer en error a la víctima. 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. Por tanto, aquí interesa el mecanismo por el cual el agente con el fin de sacar un provecho, haciendo que el mismo agraviado le entregue sus bienes, falsea la realidad o, mejor dicho, le presenta una realidad distinta a la real.

El engaño es dentro de los elementos objetivos del delito de estafa, el más importante. A su vez este presupuesto cuenta con tres elementos indispensables para su configuración típica:

**a.1.** El engaño debe producirse antes de que el error se genere en el sujeto pasivo, y éste realice la disposición patrimonial (Véase al respecto el R.N. N°325-2014). En ese sentido, si no se determine convincentemente la existencia del engaño previo a la disposición patrimonial, puede inferirse que la parte agraviada debe hacer valer sus derechos en la vía civil.

**a.2.** Debe ser causa; es decir, el engaño realizado por el sujeto activo debe ser el que genere el error en la víctima (Etcheberry, 2010, p. 392).

**a.3.** “El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los mecanismos jurídicos que le otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño” (Etcheberry, 2010, p. 393).

Las normas españolas determinan, en su artículo 248º de su Código Penal que 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.

“(…) ha de provocar en cadena el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y lucro injusto, pero ha de provocarlo de manera antecedente, no sobrevenida. El negocio criminalizado será puerta de la estafa solo cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente un engaño o artificio al patrimonio ajeno” (Sevilla Cacéres, 2017).

Al engaño se le define como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. En otras palabras, la expresión engaño designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad. Sobre esta forma fraudulenta, el derecho vivo y actuante por resolución superior del 10 de julio de 1997 ha precisado lo siguiente:

Otras formas fraudulentas pueden ser, por ejemplo, el artificio, el truco, el embuste, la argucia, etc.

- El artificio, es la deformación mañosa de la verdad con el fin de hacer caer en error de apreciación a otra persona que observa la materialidad externa y aparente de una realidad, va incluida la idea de engaño, pero también la del arte puesto en juego para que el engaño triunfe, de donde se desprende el aserto de que la simple mentira no constituye engaño o artificio, sino cuando esté acompañada de ciertos otros elementos que le den credibilidad. Se requiere lo que los franceses denominan *mise in scene*.
- El truco, es la apariencia engañosa, hecha con arte para inducir a error a otra persona.
- El embuste, es una mentira disfrazada con artificio.
- La argucia, es un argumento falso presentado con agudeza o sutileza cuyo fin es hacer caer en error a otra persona; etc.

Todos los mecanismos utilizados por el estafador tienen como objetivo final hacer caer en error a su víctima. “Se requiere lo que los españoles sencillamente denominan engaño bastante. Es decir, suficiente e idóneo para producir el error e inducir al sujeto pasivo a desprenderse de parte o el total de su patrimonio. El operador jurídico al momento de calificar la conducta deberá verificar si el mecanismo fraudulento utilizado por el estafador fue idóneo,

relevante y suficiente para propiciar que su víctima caiga o se mantenga en error” (Salinas, 2010, p.1081-1082).

Se puede definir al engaño como una simulación o disimulación de sucesos y situaciones de hecho, materiales y psicológicos, con las que se logra que una persona siga en error, o como falta de verdad en lo que se piensa y se dice o se hace creer con la finalidad de producir e inducir al acto de disposición patrimonial.

Se entiende por engaño “como la acción y el efecto de hacer creer a alguien algo que no es verdad”, “dar a la mentira apariencia de verdad” (Balmaceda Hoyos, 2010, p. 354). Pero no se trata de cualquier engaño (sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado), la jurisprudencia extranjera, como la del Tribunal Supremo español, ha enfatizado que el engaño jurídico-penalmente relevante, con connotaciones típicas, es aquel que sea bastante, “suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial” (Tribunal Supremo Español, Sentencia 1855/2001, de

fecha 19 de octubre). Asimismo, el Tribunal Supremo español explica que el engaño es bastante cuando “es capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además es idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona (STSE 21-01-2002); siendo difícil determinar para esto una norma de validez general, pudiendo admitirse como idóneo y de normal eficacia cualquier engaño que consista en la falsa expresión de hechos o condiciones que se presenten a la generalidad de las personas como plausibles, razonables y creíbles, debiendo observarse para ello las circunstancias concretas de cada caso” (STSE 12-02-2004) (citado en Balmaceda Hoyos, 2010, p. 359).

El proceso ejecutivo de la estafa, del que el engaño constituye el primer y principal factor, podría diferenciarse de otras figuras afines mediante la siguiente imagen: en el robo y en el hurto el autor toma la cosa que no tiene en la apropiación indebida se adueña de lo que ha recibido; en la estafa, engaña para que el propio poseedor le entregue lo que desea hacer suyo.

Ahora bien, el engaño no debe ser cualquiera, éste debe ser idóneo, es decir, lo suficiente para mantener en error a la víctima.



Los engaños que no producen error no son típicos, sino irrelevantes, aun en el caso de que refuercen el que ya existe en el perjudicado.

El Tribunal Supremo español refiere que el engaño bastante presenta los siguientes criterios básicos (Rives Seva, 2013):

(a) El engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa (STSE 24-04-2002); y,

(b) El engaño bastante, en principio, es aquél que es suficiente para provocar el error de otra persona al que va destinada, declarando que para la determinación de lo que deba entenderse por bastante es preciso tener en cuenta las condiciones del sujeto pasivo que recibe el engaño para el desapoderamiento de su patrimonio (STSE 24-04-2002).

#### **b) Inducción a error o mantener en él**

Implica un conocimiento viciado de la realidad, una falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño que motiva

el acto dispositivo. La norma penal establece que el error debe ser "inducido o mantenido", lo cual implica que la conducta prohibida se da tanto cuando se induce, como cuando se mantiene el error ya existente en la persona, porque otro lo haya provocado o porque provenga de una mala apreciación de la víctima. Induce a error quien obra para lograrlo, el que persuade o instiga. Mantiene en error quien moviliza recursos para que la víctima no salga del error en el que se encuentra. Ejemplo: quien se presenta como agente de ventas de una empresa editora y muestra a la víctima tarjetas de presentación y folletos de la empresa editora, ofreciéndole facilidades de pago para compra de libros, logrando que la víctima crea que es un agente de ventas. La conducta engañosa debe traer como consecuencia un error en el sujeto pasivo; obviamente, el error debe ser idóneo para lograr que la persona que lo padece disponga de su patrimonio.

El maestro Cornejo, señala que la mentira o artificio apto para el engaño debe obrar induciendo a otros a error, acertó del que desprende dos conceptos calificados de importancia fundamental: Que el provecho (o la entrega del bien) debe ser determinado por la mentira (o artificio), lo que significa que ésta debe encontrarse respecto al primero en una relación de medio a fin.

Que la mentira (o artificio) debe ser la razón determinante de la entrega en cuanto produce un error. El medio fraudulento del engaño debe haberse pre-ordenado para procurar al culpable, o a otro, un provecho injusto con daño ajeno.

Inducir a Error es el que el agente promueve intencionalmente en la imaginación del agraviado un interés cualquiera con resultado aparente favorable. Esto anima en la víctima a despojarse del bien en perjuicio patrimonial suyo.

Mantenerse en Error se refiere a que ya existía en la mente de la víctima una situación falsa y lo que hace el agente es seguir conservando en ese estado erróneo del agraviado. Después de verificarse que el agente ha hecho uso de 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. Error es la falsa representación de la realidad concreta. Una falsa apreciación de los hechos. Una representación que no corresponde a la realidad de las cosas. Una desviación de la verdad. Un juicio falso de las cosas o un falso conocimiento de la realidad. Salinas Siccha afirma que “El error para que tenga relevancia en el delito de estafa debe haber sido provocado o propiciado por la acción fraudulenta

desarrollada por el agente. El error debe surgir inmediatamente a consecuencia del acto fraudulento, Si no hay acción fraudulenta de parte del agente, es imposible hablar de error y menos de estafa. En suma, la falsa representación de una realidad concreta por parte del agraviado debe haber sido consecuencia inmediata del acto fraudulento exteriorizado por el agente. Debe verificarse una relación de causalidad entre el mecanismo fraudulento y el error. En esa línea, si el error no es generado por algún fraude, sino por ignorancia o negligencia de las personas, no es posible la estafa” (2010, p. 1083).

### **c) Perjuicio por desprendimiento patrimonial**

Para configurar el delito, la víctima, a consecuencia del error, realiza una disposición patrimonial. Por acto de disposición, hay que entender toda acción y omisión que implique un desplazamiento patrimonial, este desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de bienes, derecho o servicio que se trate.

En base a la relación de causalidad que se exige en este delito, para que el acto de disposición tenga relevancia típica, ha de ser inducido por el error causado por el engaño.

La disposición patrimonial es lo esencial en este delito de estafa, que lo diferencia de los delitos de apoderamiento, dado que el sujeto pasivo voluntariamente entrega el bien al sujeto activo, aunque con voluntad viciada.

El elemento del perjuicio, se entiende como el daño real (disminución del patrimonio) que padece el engañado o un tercero, a consecuencia de la disposición patrimonial, merced al error de que es objeto. El perjuicio típico de la estafa consiste en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente, al autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de este como contraprestación. Ejemplo: en el caso mencionado de la refrigeradora, la víctima había recibido del agente el 50% del precio pactado, pero al tener la refrigeradora un mayor valor, ve perjudicado su patrimonio. La disposición patrimonial, por parte de la víctima del engaño, se produce como consecuencia del error en que se encuentra recae sobre un valor económicamente apreciable sobre el que incide el derecho de propiedad.

La víctima, como consecuencia del error generado por el agente, procede a disponer un bien. Debe de haber una disposición del bien en forma voluntaria, pero consecuencia del error. “Ahora bien, este desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, sesión o prestación del bien, derecho o servicios de que se trate, ya

que el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, e incluso, los expectativas legítimos, las ganancias y económicos valubles” (Salinas Siccha, 2010, p. 1085).

En suma, debe de haber necesariamente, disposición patrimonial de parte del agraviado, de lo contrario, no se configurará el delito de estafa. El Perjuicio Patrimonial Implica que el sujeto pasivo deberá sufrir un daño real en su patrimonio, pues sufre una disminución del conjunto de valores económicos. No debemos confundir el perjuicio de tipo penal y el perjuicio de índole civil indemnizable, que es absolutamente necesario para deslindar lo penalmente relevante de lo que no lo es.

Beneficio patrimonial ilícito, implica que el sujeto activo se procura una ventaja económica como resultado de la disposición patrimonial realizada por la víctima del engaño.

El beneficio que el agente espera deberá ser el resultado directo del acto nocivo de disposición patrimonial. De manera que, no cometerá el delito de estafa si el que tiene la promesa de un tercero de recibir una cantidad de dinero para el caso que consiga

por medios engañosos que una cierta persona se perjudique, lo que hace así y consigue su propósito recibiendo la merced prometida.

**d) Provecho indebido para sí o para un tercero**

Salinas Siccha afirma que: “De verificarse que efectivamente a consecuencia del error provocado por algún acto fraudulento, hubo desprendimiento patrimonial de parte de la víctima, corresponderá al operador jurídico verificar si con tal hecho, el agente o un tercero ha obtenido provecho ilícito. Este provecho es el fin último que busca el agente al desarrollar su conducta engañosa, al punto que, si no logra tal provecho para sí o para un tercero, la estafa no se consuma, quedándose en su caso, en grado de tentativa” (2010, p. 1086).

“El daño que se origina a la víctima con el desprendimiento o desplazamiento de sus bienes a la esfera de dominio del sujeto activo o de un tercero, origina que este al entrar en posesión de aquellos bienes y disponerlos como a bien tenga, obtiene un provecho ilícito o no debido” El hecho concreto de quedarse con los bienes entregados por su víctima y disponerlos como si fuera su dueño constituye el provecho ilícito. Es ilícito o indebido, puesto que

nos le corresponde. Es un provecho que normalmente no hubiese logrado” (Salinas Siccha, 2010, p.1086).

(Salinas Siccha, Derecho Penal. Parte Especial, 2010)

La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio es la **tipicidad**, de modo que únicamente si la conducta del agente se encuadra en el precepto penal del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles. Siendo la acción típica cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral.

El engaño “típico” aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo



o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. Y engaño “bastante”, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, teniendo la maniobra defraudatoria apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia.

El dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Es indudable, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del mero incumplimiento contractual.

En definitiva, el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la

decisión del perjudicado. En múltiples precedentes el engaño típico es la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible, lo que se conoce como “negocio criminalizado”.

### **2.1.3. Teorías que determinación el engaño jurídico-penalmente relevante**

#### **a. Teoría objetivo-subjetiva**

Esta teoría se fundamenta en la teoría de la imputación objetiva, midiéndose el engaño, en primer término, de forma objetiva, exigiendo que la maniobra fraudulenta tenga un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia (esta entidad del engaño es la que permite excluir del delito de estafa, las hipótesis del pago a un curandero o brujo para obtener determinados fines). No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, esta concepción apunta que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Se trata de buscar en la idoneidad del engaño es si el error se ha debido al engaño o, por el contrario, a algún comportamiento

negligente de la víctima, pues en estos últimos casos, estiman debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño. Resolviéndose el problema conforme a los criterios de la teoría de la imputación objetiva (Balmaceda Hoyos, 2010, p. 361-362).

### **b. Estafa e imputación objetiva**

En el juicio de imputación objetiva del resultado son importantes las peculiaridades de la víctima: de hecho, debe ponerse atención en la víctima del caso concreto y en el proceso causal que realmente se originó. No existe unanimidad en torno a lo que se entiende por “imputación objetiva”, e inclusive todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción). Sin embargo, la doctrina española dominante entiende que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación al delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto: asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor y, que el mismo, no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. En suma, en el delito de Estafa, desde una perspectiva de imputación objetiva, no basta la

verificación de un proceso causal del engaño con la evidente producción de un perjuicio económico, realizado por el sujeto activo, sino que también demanda la participación de la víctima en el transcurso ejecutivo, lo cual concibe como sustancialmente relevante el estudio del fin de protección de la norma en el delito de estafa (Balmaceda Hoyos, 2010, p. 363).

Desde esta perspectiva, el engaño no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía. Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo penal materia de análisis, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (véase las sentencias del Tribunal Supremo español: SSTS 1013/1999, de 22 de junio; SSTS

980/2001, de 30 de mayo, SSTS 686/2002, de 19 de abril, SSTS 2168/2002, de 23 de diciembre. Citado en Rives Seva, 2013).

En suma, para verificar “si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma, debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza, etc.), es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido, para afirmar la tipicidad del engaño se requeriría que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición debería constituir un riesgo no permitido (Choclán Montalvo, 2000, p. 259-260).

#### **2.1.4. Agravantes**

“Por la Ley N° 30076 publicada en el Peruano el 19 de agosto de 2013 se ha incorporado al Código Penal el artículo 196-A, el cual recoge varias circunstancias que de presentarse en la estafa, esta se transforma en agravada. En efecto, el citado numeral tiene el siguiente contenido:

Artículo 196-A. La pena será privativa de la 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 o más personas
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.

Entonces el delito de estafa se agrava, es decir, la conducta del agente es más incalificable penalmente y, por tanto, es merecedor de mayor pena cuando se verifican las siguientes circunstancias:

**a) Con el concurso de dos o más personas**

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana. Los sujetos que se dedican a estafar, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita; pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran en

forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales supuestos el fundamento político-criminal de la agravante.

El concurso debe ser el hecho mismo de la conducta engañosa. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría, En esa línea, no opera la agravante cuando un tercero actúa como cómplice, tampoco cuando un tercero induce o instiga al autor para que estafe a determinada persona.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la estafa con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometida por autores o coautores, considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su parte general y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho (violación del principio del *ne bis in ídem*).

#### **b) Estafa en agravio de pluralidad de víctimas**

Se verifica la agravante cuando el agente por un solo acto engañoso o por varios actos fraudulentos (delito continuado, por ejemplo) perjudica a muchas personas. Basta verificar una pluralidad de sujetos pasivos de la estafa para calificarla como agravada. Antes de la modalidad efectuada por la Ley N° 30076, cuando como consecuencia de la estafa se perjudicaba a una pluralidad de personas, se consideraba como delito masa y el autor era sancionado según lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, sin embargo, con la modificatoria producida, el hecho solo será estafa agravada y el autor será sancionado con la pena establecida en el tipo penal 196-A.

**c) Con ocasión de compraventa de bienes inmuebles**

De igual modo, como refiere Salinas Siccha, “se verificará la agravante cuando el agente hace uso del engaño en la compra o venta de cualquier bien inmueble. Se busca proteger a miles de peruanos que son perjudicados en sus expectativas patrimoniales por los estafadores. La agravante se justifica pues aparte de hacer que la víctima se desprenda de su patrimonio, esta se queda hasta sin vivienda” (2015, p. 276-279).



### **2.1.5. Bien jurídico protegido**

El patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 196. De manera específica, se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derecho o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica (Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997:345) (Salinas Sicha, 2010, p. 1087).

El bien jurídico que se protege en el tipo penal de estafa es el patrimonio individual. Es irrelevante que el objeto material del delito sea mueble o inmueble, puede ser cualquiera. Como anota Bajo Fernández, en el delito de estafa no busca la protección de la propiedad, posesión, etc., sino de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío.

Tal como lo establece unánimemente la doctrina, la estafa es un delito contra el patrimonio que requiere para su configuración, la consecuencia de los siguientes elementos: engaño: error-disposición patrimonial, perjuicio patrimonial, provecho ilícito. Ahora bien, esta cadena de elementos desea seguir ese orden secuencial, de lo contrario no se realizaría el tipo objetivo, siendo la conducta atípica.

El nexo que existe entre los elementos que configuran la estafa no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivación: el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio. Para que exista estafa no basta que, en un hecho determinado, aparezcan todos y cada uno de sus componentes, sino que, además, ha de hallarse exactamente en la relación secuencial descrita por la ley.

#### **2.1.6. El Sujeto Activo**

El Sujeto Activo en el delito de estafa, de acuerdo a la fórmula que ha empleado nuestro legislador puede ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige ninguna condición especial. “Sujeto activo, agente o actor del delito de estafa puede ser cualquier persona natural. No se exige alguna cualidad, condición o calidad especial en aquel” (Salinas Sicha, 2010, p. 1087).

Puede ser cualquier persona física que actúe de acuerdo a lo descrito por el tipo penal, con fines lucrativos. No cabe hablar de autoría mediata cuando el engañado no es titular del bien jurídico, pues, es el autor del delito no quien es engañado, sino quien engendra el error.

### **2.1.7. El Sujeto Pasivo**

El Sujeto Pasivo en el delito de estafa, siguiendo la fórmula que ha empleado nuestro legislador puede ser cualquier persona natural objeto de la conducta engañosa a quien se le ha llevado al error, también puede ser sujeto pasivo de este delito la persona jurídica.

“Sujeto pasivo o víctima puede ser cualquier persona. Basta que haya sido perjudicada en su patrimonio con el actuar del agente. En tal sentido, podemos afirmar de modo categórico que, si bien es cierto que entre el engaño del actor y el desprendimiento perjudicial de la víctima debe existir un nexo de causalidad, también es verdad que nada exige que la misma víctima del embaucamiento lo sea también del daño económico, pudiendo ser un tercero” (Salinas Sicha, 2010, pág.1087).

Puede ser, también, cualquier persona (física o colectiva) titular del bien, experimentando un perjuicio patrimonial, siendo irrelevante si fue o no objeto del engaño.

### **2.1.8. Tipo subjetivo**

Se exige que el agente actué con dolo, es decir con conocimiento y voluntad de lograr de la víctima un acto de disposición, para lo cual lo induce a error mediante engaño. La norma penal hace referencia que el agente "procura para sí o para otro un provecho ilícito", de forma tal que el agente obra delictivamente para obtener un provecho ilícito. Dicho provecho se constituye en la finalidad del autor al cometer el delito. La estafa requiere, por tanto, un elemento subjetivo especial (una especial intención): ánimo de lucro. El provecho ilícito se entiende como la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de un bien con valor económico. Además, puede ser en beneficio personal o de un tercero.

Se trata de una conducta típicamente dolosa. No es posible la comisión culposa. Salinas Sicha refiere que "El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que aparte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que vienen a constituir el ánimo de lucro. Este elemento subjetivo aparece de modo implícito en el tipo penal" (2010, p. 1088).

Continúa afirmando Salinas Sicha, que “Si, por el contrario, el agente con su actuar no busca lucrar o, menos dicho, no busca obtener un beneficio patrimonial indebido, el delito no aparece, así en la conducta se verifique la concurrencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el desprendimiento patrimonial, El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura” (Salinas Sicha, 2010, p. 1088).

El delito es totalmente doloso, el actor tiene conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, vale decir, engañar para inducir o mantener en error a la víctima para que esta disponga de su patrimonio.

Conforme a la doctrina, en los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio o coadyuvante. El agente se vale precisamente, de la confianza y la buena fe que sigue la inmensa mayoría de los contratos, sin los que el tráfico jurídico se haría imposible; existe un dolo antecedente, inicial o contrayendo para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor.

### **2.1.9. Antijuridicidad**

La conducta típica objetiva y subjetivamente será antijurídica cuando no concorra alguna causa de justificación. Habrá antijuridicidad cuando el agente con su conducta obtenga un beneficio patrimonial que no le corresponde. Si por el contrario, se llega a la conclusión de que el autor obtuvo un beneficio patrimonial debido que le correspondería, la conducta no será antijurídica, sino permitida por el derecho. Esto ocurrirá, por ejemplo, con aquella persona que haciendo uso del engaño hace caer en error a una persona que se resiste a cancelarle por los servicios prestados, logrando de ese modo que esta se desprende de determinada suma de dinero y le haga entrega. Sin duda, aquí se ha obtenido un provecho económico, pero debido o lícito (Salinas Sicha, 2010, p. 1088).

### **2.1.10. Culpabilidad**

Una vez que se ha determinado que la conducta es típica y antijurídica, corresponderá verificar si el actor es imputable, es decir, le puede ser atribuida penalmente la conducta desarrollada. También se verificará si el agente tuvo oportunidad de conducirse de acuerdo a ley y no cometer el delito y finalmente, se verificará si aquel, al

momento de actuar tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de conducta. Es decir, si sabía que su conducta estaba prohibida. Si, por el contrario, se verifica que el agente actuó en la creencia errónea que tenía derecho al bien o a la prestación atribuida mediante el acto de disposición, se excluirá la culpabilidad, toda vez que es perfectamente posible que se presente la figura del error de prohibición, situación que será resuelta de acuerdo al segundo párrafo del artículo 14° del Código Penal (Salinas Sicha, 2010, p. 1088).

#### **2.1.11. Tentativa**

Al ser un delito de resultado y de actos sucesivos es factible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Si el agente con su conducta aún no ha llegado a obtener el provecho económico indebido que persigue y es descubierto, estaremos ante supuestos de tentativa. Hay tentativa cuando, por ejemplo, el agente después de haber provocado el error en su víctima por algún acto fraudulento, se dispone a recibir los bienes de parte de aquel y es puesto al descubierto su actuar ilegal. O también, cuando después de haber recibido los bienes de parte de su víctima es descubierto cuando aún no había tenido oportunidad de hacer disposición del

bien y de ese modo obtener provecho económico, etc. (Salinas Sicha, 2010, p. 1089).

#### **2.1.12. Consumación**

El delito de estafa se perfecciona consuma en el mismo momento en que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consuma una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios, recibidos de parte de su víctima. El incremento patrimonial puede traducirse por la posesión de los bienes o por el producto de los mismos al ser estos dispuestos.

Al utilizar el legislador nacional en la estructura del tipo penal del artículo 196 del CP la frase “el que procura para sí o para otro un provecho ilícito”, se entiende que el delito se perfecciona cuando realmente el agente ha logrado su objetivo último cual es obtener el provecho indebido. Si no logra tal objetivo, habrá estafa, pero en grado de tentativa.

En el mismo sentido; Roy Freyre, quien al igual que el comentarista del código derogado Ángel Gustavo Cornejo, sostiene “que el perfeccionamiento del delito de estafa, en nuestra legislación,



acontece en el momento que se obtiene el provecho indebido” (1983, p.171).

Posición contraria y no válida para nuestro sistema jurídico penal por lo expuesto, sostienen Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1997:355), Ángeles et al (1997, p.1288), y Javier Villa Stein (2001, p.412), al enseñar que el delito de estafa se consuma cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima, y, no así, cuando el agente obtiene e provecho ilícito. Por su parte Peña Cabrera (1993, p.172). En parecido sentido, Paredes Infanzón (1999, p.220), haciendo un híbrido, sostiene que “el delito de estafa se consuma en el momento en que el sujeto pasivo por error realiza el acto de disposición patrimonial perjudicial y el autor obtiene, de ese modo, la disposición del bien ajeno”.

Esta última interpretación doctrinaria que no compartimos es recogida en la ejecutoria suprema del 14 de setiembre de 2004 cuando la Sala Penal Permanente, argumentó que “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 del resultado adquiere su plenitud”.

Situación diferente prevé el primer inciso del artículo 248 del Código español, en el cual la conducta del agente está dirigida a que la víctima realice “un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Aquí el fin último del agente que actúa con ánimo de lucro, es lograr que la víctima se desprenda de su patrimonio en su perjuicio. Si logra el desprendimiento perjudicial, el delito aparece perfeccionado.

De ese modo, los autores citados y la Ejecutoria Suprema del 24 de setiembre de 2004 se adhieren a la interpretación del Código Penal español. Tal situación nos lleva a concluir que aún en nuestra patria, existen comentaristas del Código Penal y jueces con “una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjera sin tener en cuenta ni la legislación que las sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada”. (Hurtado Pozo, 2005:379).

Según Peña Cabrera, que en el delito de estafa se consuma cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima, y, no así, cuando el agente obtiene el provecho ilícito.

Refuerza esta postura Mezger, explican que la estafa se consuma cuando se ha producido el daño en un patrimonio ajeno, sin que para tal efecto sea necesario que la ventaja patrimonial a la que aspiraba el actor haya sido obtenida, por tratarse de una tendencia interna trascendente.

Es posible la tentativa, en la medida que el agente realiza las maniobras conducentes a inducir o mantener en error al agraviado, obteniendo la disposición patrimonial sin llegar a hacer efectivo del patrimonio.

### **2.1.13. Modalidades de Estafas**

Existe una serie de modalidades, entre los que se dan con mayor frecuencia:

- a) Nombre Supuesto: Cuando el agente se cambia de nombre por el de otra persona, a la cual la víctima va a confiar de tal manera que va a efectuar una disposición patrimonial.
- b) Calidad Simulada: Cuando el actor se atribuye rango o condición que no le corresponde, para engañar a su víctima y lograr de esta, una prestación determinada. La calidad simulada puede tratarse de una posición económica, social, política, etc.
- c) Influencia Fingida: El estafador aparenta o simula tener o gozar de influencia suficiente, y mediante el engaño obtiene de la víctima un provecho patrimonial ilícito.
- d) Abuso de Confianza: Aquí, el agente se aprovecha de la confianza generada a través de la astucia, ardid o engaño para que la agraviada disponga de su patrimonio.

e)”PHISHING: En estos tiempos de postmodernidad que nos ha tocado vivir, el sujeto activo incluso puede hacer uso de la informática para verificar la conducta punible de estafa. En efecto, esta se configura, por ejemplo, cuando el agente envía a la víctima un correo electrónico a nombre de su banco, pidiéndole bajo cualquier excusa y con carácter de urgente, su número de tarjeta y clave secreta. Para ello envía un link para acceder a la web del banco. La víctima, en la creencia que es su banco el que lo solicita, escribe su número de tarjeta y su clave secreta y con tal información el estafador retira el dinero de su cuenta” (Salinas Sicha, 2015, p. 263).

## **2.2. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y EL DOLO CIVIL**

### **2.2.1. El contrato**

En nuestro Código Civil (Art.1351°) se suscribe que el Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Tal consistiría una definición legislativa. Luis Romero Zavala señala que de esta definición legal fluyen las siguientes notas que lo caracterizan (2002, p. 16):

- El acuerdo;
- Las partes;

- Los fines: crear, regular, modificar o extinguir;
- La relación jurídica; y
- El contenido patrimonial.

Pero el contrato puede ser concebido como un negocio jurídico (acto jurídico), como documento, como relación jurídica o como proceso. En el primer caso, el significado más auténtico tenido presente por la ley, el contrato viene a ser el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral o plurilateral, es decir, la resultante negocial unitaria de declaraciones provenientes de dos o más partes, que inciden sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial, creándolas, modificándolas, regulándolas o extinguiéndolas. Constituye así el instrumento para la autodisciplina de los intereses particulares; es decir, el consenso que dentro de los límites establecidos por el ordenamiento se presta a la realización de las más disímiles finalidades de las partes, diferenciándose de los negocios jurídicos de naturaleza familiar carentes de patrimonialidad. Como documento el contrato es un simple medio de prueba, o la materialización de un elemento constitutivo, cuando se trate de contrato solemne. Como relación jurídica se denomina contrato a la situación que sigue a la celebración del contrato, vale decir a la relación jurídica obligatoria (relación contractual) que nace, se regula,

se modifica o se extingue como efecto de aquel. Finalmente, visto desde la dinámica del mismo, el contrato es un proceso que se inicia con los contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución, deberes y post contractuales, todo en una secuela sin separar en etapas.

Prefieren otros autores, por ello, que el contrato no tiene objeto, si no únicamente efectos (Kemelmajer de Carlucci, 2005, p. 505). Así, desde Planiol, Valverde, Colin, Capitant, Ripert y Bolulanger, hasta llegar a Ghestin, se afirma que el contrato es un acto jurídico que tiene un objeto, constituido por las prestaciones (Aguilera Silván, 2011). Según esta doctrina, los redactores de Código Civil francés han hecho referencia al objeto del contrato (artículo 1.126 a 1.128) recurriendo a una elipsis, ya que, en realidad, las prestaciones no son el objeto del contrato sino, como se ha dicho de la obligación.

Pienso que este planteamiento no tiene un sustento valedero. Uno de los requisitos para la existencia de los actos jurídicos es que tengan un objeto, por lo cual hay que reconocer al objeto el carácter de elemento esencial como dice acertadamente MOSCO, no se puede concebir una voluntad (el acto jurídico es una manifestación de voluntad) sin un objeto, el cual se manifiesta en el resultado del acto (negocio), ese resultado final que es valorado por el

ordenamiento jurídico, en el sentido de que este concede su tutela cuando aquel es el merecedor de ella.

El contrato, por ser un acto jurídico, no puede, pues, carecer de objeto, ya que ello acarrearía su ineficacia. La dificultad (que después comprobaremos) de determinar cuál es ese objeto no debe llevarnos, por comodidad, a prescindir de él. Por el otro lado, afirmar que el contrato no tiene objeto, si no únicamente efectos, constituye, en realidad, un juego de palabras, pues semánticamente el objeto y el efecto tienen una aceptación común, que es la de ser “el fin para que se hace una cosa” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, 1984).

Para Guillermo Cabanellas “el contrato es un convenio hecho con el fin de obligarse, el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, un acuerdo de voluntades, cuyo efecto puede constituir, o no, una obligación. La convención integra el género, y el contrato, la especie”. (2010, p. 122).

### **2.2.2. El contrato de compraventa**

El contrato de compraventa está regulado por nuestro código civil en el artículo 1529 “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su

precio por dinero” “(...) constituyendo un acto obligacional con prestaciones recíprocas, oneroso, consensual y conmutativo”.

La compraventa es un contrato bilateral por que engendra derechos y obligaciones para ambas partes, por el cual un vendedor se obliga a transferir la propiedad (o titularidad) de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. (Clemente Soto, 2005, p. 280).

De la definición señala por el artículo 1529° C.C., se extraen los siguientes elementos:

- a. La existencia de una obligación de dar que asume el vendedor y que se traduce al ser ejecutada, en la transferencia de la propiedad de un bien.
- b. La contraprestación, representada por el pago del precio en dinero que debe hacer el comprador. Como en el caso anterior se trata de una obligación de prestación de dar.

De acuerdo a lo dicho, “el contrato no se confunde con la traslación de dominio y nada impide que esta última se produzca en un momento distinto, como acontece con la tradición o entrega posterior de los bienes muebles o con la compra venta de inmuebles con pacto de reserva de propiedad” (Max Arias, 2011, p. 31).



El Contrato de compraventa es por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra, la propiedad o un derecho de una cosa y otro a su vez se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero, así lo define el Código Civil del Estado de México. El Código Civil Español define la compra venta en el art. 1,445, cuyo tenor: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo presente” (Carlos Rogel, 2013, p. 7-8). Es un contrato consensual, que se perfecciona por el consentimiento tal como lo establece el art. 1258° del Código Civil.

Mario Castillo Freyre señala que el artículo 1529° del Código Civil, señala que:

“... pueden ser materia de compraventa las cosas corporales o los derechos inmateriales. Se entiende por cosas, a los objetos corporales susceptibles de apreciación por los sentidos y a los derechos, como entidades jurídicas que no tienen una existencia material (derechos de autor, patente de invención, marca de fábrica, nombre comercial, etc.)” (1995, p. 109).

Pero Mario Castillo Freyre también aclara que

“... solo pueden ser materia de contratos, aquellos que son susceptibles de ser transferidos en propiedad. En ese sentido, cualquier otra clase de bienes (cosas o derechos) sobre cuales no pueda ejercerse el derecho de propiedad (por ejemplo el derecho de crédito, el uso, la posesión, el usufructo, etc.) no pueden ser objeto de compraventa, sino de un contrato diferente regulado por ley o innominado (los mismos que en la generalidad de los casos se regularan, en defecto de la convención entre las partes, por las reglas del contrato de compraventa, en razón de que las obligaciones que surgen de este contrato son las que más se le asemejan)” (1995, p. 109).

En ese sentido, para que el bien pueda ser materia de compraventa debe reunir los siguientes requisitos (Castillo Freyre, 1995, p. 109).

- a) Debe existir o ser susceptible a existencia.
- b) Debe Ser determinado o determinable.
- c) Su enajenación no debe ser prohibido por la ley.

### **2.2.3. La compraventa de bien futuro "*emptio rei speratae*" o venta de la cosa esperada**

### - Los bienes futuros y los bienes ajenos

El artículo 1409º del C.C., señala que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

- Bienes futuros, antes de que existan en especie y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Los bienes futuros comprenden dos sub-clases:

- a. que no existan en especie pero van a existir, como sucede con las crías en el vientre de la madre, y
- b. la esperanza incierta, es decir, que no se sabe si existen y por eso solo hay esperanza de que lleguen a existir, como en el caso de una embarcación en pesca que bien puede no pescar nada (Luis Romero, 2002, p. 257).

Los bienes futuros son aquellos que no existen, pero van a existir. Puede suceder que tampoco lleguen a existir, constituye una eventualidad o un riesgo que las partes quieren correr. Lo que sí debe tenerse en cuenta es que como posibilidad, ésta debe ser real y no ficticia. Se trata de una existencia potencial. Al momento de

celebrarse el contrato estos bienes no tiene existencia, pero, hay algo que sí existe: información, se tienen datos concretos, reales, materiales, no imaginarios que esos bienes están en desarrollo (Luis Romero, 2002, p. 258).

El artículo 1410° del C.C., señala que “Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio. Si la falta de entrega obedece a causales imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley”.

La ley establece consecuencias distintas, tratándose de: a) bienes futuros, b) esperanza incierta.

En el primer caso, el contrato está sujeto a una verdadera condición suspensiva. En el segundo dice, expresamente, que se trata de un contrato aleatorio. La condición suspensiva está dada por la posterior existencia de los bienes futuros. La *traditio* del bien será operable si llega a existir; no lo será obviamente si no llega a existir. En la primera referencia, el contrato se ejecuta normalmente; en la

segunda, el contrato es nulo por falta de uno de los elementos indispensables para su existencia: el objeto (Luis Romero, 2002, p. 259).

En el caso de la esperanza incierta, que igualmente puede llegar a existir con la captura de los bienes, como sucede con la caza y la pesca, habrá *traditio* si se trata de la primera hipótesis, pero en la segunda el contrato no se disuelve, porque siendo aleatorio, no hay causal de disolución desde que los contratantes han sometido su voluntad a tal eventualidad. Se perdió o se ganó como consecuencia de una situación de simple expectativa, un riesgo, un *álea* (Luis Romero, 2002, p. 259).

El segundo párrafo del citado artículo 410º C.C., se refiere a la falta de entrega que sea imputable al deudor, lo que significa que el obligado incurre en culpa o en mora, también en dolo, en suma, él es responsable directo de la falta de cumplimiento. En tales casos puede acudir a los derechos que le acuerda la ley. Estos derechos son fundamentalmente de cuatro clases: a) la ejecución forzosa; b) la ejecución por el propio acreedor; c) la ejecución por un tercero a costa del deudor; y d) la indemnización de daños y perjuicios (Luis Romero, 2002, p. 260).

En lo que se refiere a los bienes litigiosos, así como los afectados en garantías o embargados, tales situaciones no impiden su circulación. Es práctica constante y válida. Se exige nada más que el adquirente conozca tal situación jurídica en que se encuentran dichos bienes. La ley no señala que el adquirente debe conocer de esos hechos, pero resulta obvio que así debe ser. La ley menciona únicamente a los bienes litigiosos pero es evidente que también puede ser comprendido en este grupo a todos aquellos que soportan gravámenes. En todas estas hipótesis, la contraprestación a recibir por el propietario, ya sea en la venta o en cualquier otro contrato, tendrá que ser reducido en proporción al menor valor o utilidad que preste el bien, lo que comúnmente se conoce como castigo en el valor (Luis Romero, 2002, p. 260).

- **La compraventa de bienes futuros**

Son cosas futuras, dice Bandenes, “las que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellos, esto es, cosas corporales o incorporeales (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en algún

sujeto, pero que pueden nacer” (citado en De La Puente y Lavalle, 1999, p.48).

“La compraventa de bienes futuros tiene por característica principal que el bien o bienes objeto de venta aún no existentes y, por lo tanto, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que tales bienes lleguen a tener existencia” (Castillo Freyre, 1995, p.220).

En estos casos, los artículos 1534° y 1535° del Código Civil señalan que si ambas partes tienen conocimiento que el bien es futuro, el contrato queda sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Esto significa que el contrato no surtirá efectos sino hasta el momento en que el bien llegue a existir, de tal manera que, hasta ese momento, el comprador no estará obligado a pagar el precio ni el vendedor estará obligado a entregar el bien. Sin embargo, es posible que el comprador asuma el riesgo sobre la cuantía, la calidad o la existencia del bien futuro. Si el comprador asume el riesgo sobre la cuantía o calidad, el contrato quedará sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a existir, pero si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, y el comprador quedará obligado al pago del precio cualquiera sea la cuantía o la calidad del bien. Si el comprador

asume el riesgo sobre la existencia del bien futuro, lo que se conoce como “compraventa sobre esperanza incierta”, el vendedor podrá exigir el pago del precio incluso si el bien no llega a existir. En el caso de las operaciones de construcción o inmobiliarias, en las que se celebra una compraventa de un bien que aún está en construcción, debe tenerse especial cuidado en regular en el contrato cuando se considerará que el bien tiene existencia. Lo usual es que dicha existencia se produzca con la independización del bien en los Registros Públicos, es decir, cuando la unidad inmobiliaria obtiene su propia partida registral. (Luis Romero, 2003, p. 28-29).

#### - **Bienes Futuros**

Los artículos 1409° y 1410° del Código Civil (libro sobre derechos reales) hablan de bienes futuros y no de cosas futuras, como lo hacen otros Códigos.

El concepto de bien comprende no sólo las cosas materiales, sino también los derechos, aun cuando parte de la doctrina considera que en el concepto técnico jurídico de cosa se comprenden tanto las cosas materiales como los derechos, por lo cual cuando habla de cosa futura se refiere también a derecho futuro. Sin embargo, pienso que el criterio más



adecuado es distinguir el bien y la cosa (De La Puente y Lavalle, 2007, pág. 117).

Son bienes futuros, el bien actualmente inexistente como objeto autónomo de derechos de goce, pero susceptible de llegar a existir. En tal sentido son bienes futuros tanto los que no existen en natura, como los bienes existentes en natura que no son propiedad de alguien, pero susceptible de ocupación, los productos de obra que aún no tienen individualidad económica y los productos naturales que todavía no se han desprendido del bien que provienen (Rubio Correa, 2001, págs. 13-14).

La compraventa de cosa futura, propiamente dicha, denominada *emptio rei speratae* “este contrato se caracteriza porque su eficacia depende del evento consistente en que la cosa venga a ser y de la medida en que esto suceda, vale decir, que es un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia. El segundo es *emptio spei*, conocida comúnmente como compraventa de esperanza incierta. En este contrato, se discute si el objeto es la cosa futura, o las probabilidades que se presentan respecto al sí y al cuánto de su producción (Luis Romero, 2003, p.29-30).

- **Venta de cosa esperada (*emptio rei speratae*)**

**“Art. 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”.**

Si al celebrar un contrato de la venta de una cosa que puede o no llegar a existir conociendo las circunstancias, se trata de una compraventa sometida a una **condición suspensiva** por mandato de la ley. En efecto, si el bien comprometido no llega a existir la condición no se cumple y la venta queda sin efecto o lo que es más, se considera como si nunca se hubiese formalizado, por falta de objeto (Max Arias Schereibert, 2011, p. 41).

Los elementos de este artículo, señala Mario Castillo Freyre (1995, p. 221), son los siguientes:

- Se ha celebrado un contrato de compraventa;
- Ambas partes saben que el bien materia de la prestación del vendedor, es un bien futuro;

- Dicho pacto está sujeto a la condición suspensiva de que el bien materia de la prestación del vendedor llegue a tener existencia.

En este tipo de contrato no se asume ningún riesgo, es un contrato sujeto a condición.

Ahora, “para que se configure una venta de cosa futura en los términos señalados en el artículo 1534°, se requiere que todos los efectos del contrato se hallen subordinados a la existencia del evento colocado como condición, cual es, que el bien llegue a tener existencia” (Mario Castillo Freyre, 1995, p. 222).

Para Max Arias Schereibert, la *emptio rei speratae*, se explica mejor desde la perspectiva de la teoría de la condición suspensiva, que a su vez es sinónimo de *condicio iuris*; esta figura, refiere Manuel de la Puente y Lavalle, “no es una verdadera y propia condición, y por consiguiente, tampoco elemento accidental del negocio jurídico, sino que constituye un requisito objetivo al que está subordinado la eficacia del negocio. Sin dicho requisito, el negocio no puede ser eficaz, aun cuando las partes se hayan abstenido de hacer depender de él la suerte del negocio mismo, desde que la *condicio iuris* es sobreentendida, o tácita” (1999, p. 54-55).

Como ejemplos de este tipo de contrato, están la que se hace sobreplanos, respecto de una construcción aún no empezada; la de mercadería que aún no ha sido fabricada; la de un potrillo o becerro que se encuentra en el vientre de su madre; la cosecha de maíz aún no recolectada; los minerales que están por extraerse; los peces que aún no han sido pescados y, en general, todas aquellas ventas en las que el objeto de la prestación tenga un carácter no actual, esto es, inexistente (Max Arias Schereibert, 2011, p. 42).

En consecuencia, al estar subordinada la compraventa de bienes futuros a que éstos existan, se advierte su carácter conmutativo (obligaciones recíprocas) y no aleatorio, a diferencia de lo que sucede con la venta de esperanza incierta (artículo 1536° del Código Civil) (Max Arias Schereibert, 2011, p. 42).

- **La venta sujeta a riesgo (*emptio spei*)**

Se hace referencia al artículo 1535° de Código Civil, “Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro; el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a existir .Empero si él llega a existir, el contrato producirá desde

ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio”.

Por su parte el artículo 1536° señala: “En los casos de los artículos 1534° y 1535°, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir”.

En este caso las cosas existen en la génesis del contrato (a diferencia de los supuestos anteriores), pero están sometidas a riesgo. En este caso se debe pagar el precio, aunque la cosa hubiere dejado de existir porque se obligó aún en este supuesto. Es una venta aleatoria.

La doctrina da como ejemplos la compra de animales que existen en un campo inundado, o afectado por sequía. (Ayllon Valdivia, 2011). **La condición suspensiva;** es un acontecimiento futuro e incierto del que depende el nacimiento de un derecho.

**Condición Suspensiva Pendiente;** el derecho del acreedor no ha nacido, el deudor sigue dueño de la cosa o titular del derecho, goza, usa y dispone de la cosa, y si esta aparece se aplica el adagio:

la cosa se pierde para el dueño, el deudor. El acreedor o el deudor que mueren transmiten a sus herederos sus derechos o sus deudas, respectivamente.” Si en esta etapa muere alguno de ellos o ambos, se aplica el adagio: “quién contrata para sí, contrata para sus herederos.” (CC, 495, inciso 4).

**La condición suspensiva cumplida;** se da cuando el acontecimiento se ha realizado y la condición suspensiva fallida; es el evento futuro e incierto que no se realiza o se tiene certeza de que no se realizará, entonces se considera que el contrato no ha existido. Por ej., “si llueve te regalo mi paraguas”. No llovió, por lo tanto, los derechos espectativos del acreedor, del favorecido, se extinguen. (Decreto Ley N° 12760, 1975)

La línea que separa la *emptio rei speratae* de la *emptio spei* no es muy definida, de tal manera que, cuando los contratantes no son muy precisos en determinar la modalidad de la venta de cosa futura, pueden surgir, y surgen con frecuencia, dudas, frente a un caso concreto, respecto de la modalidad de que se trata (Manuel de la Puente y Lavalle, 1997, p.100).

Hay quienes señalan que la *emptio rei speratae* es una compraventa condicional y la *emptio spei* es una compraventa

aleatoria, y el contrato contemplado en el artículo 1535° del Código civil peruano constituye un caso intermedio entre ambas hipótesis.

Para López de Zavalía, “la venta es condicional bajo un aspecto y aleatoria bajo el otro. La condición reside en esto: que alguna cosa debe llegar a existir, pues sino no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio si lo hubiese recibido”. Y el aspecto aleatorio radica en esto: que llegando a existir las cosas futuras, no interesa su cantidad, pues con tal que se produzca la existencia, aunque sea en cantidad inferior a la esperada, el vendedor tiene derecho a todo el precio” (citado en Manuel de la Puente y Lavalle, 1997, p.101).

#### **2.2.4. Comentarios de autores a la compraventa de bien a futuro**

En el caso del artículo 1409° c.c., la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

El artículo 1410° c.c., señala que “Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación

verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio”.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.

**Antecedentes de estos dos artículos:**

(...) Artículo 79°.- El contrato puede tener por objeto cosas futuras, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Artículo 80°.- Cuando la cosa futura sea objeto del contrato, el compromiso de entregarla está subordinado a su existencia posterior, salvo que el contrato sea aleatorio. Eso dice la Ponencia original.

Cuando se habla de cosas futuras se alude a aquéllas que aun cuando no tienen existencia física, sí la tienen potencialmente. El carácter de la cosa futura hace explicable que el compromiso de entregarla esté condicionado a su existencia, con la conocida excepción de los denominados contratos aleatorios, en los que una de las partes corre **el riesgo** de que el objeto no llegue a presentarse.



El Código Civil de 1936 trataba de la venta de la cosa futura, de la cosa ajena y de la cosa litigiosa al legislar sobre el contrato de compraventa.

El Codificador de 1984 ha variado de criterio, pues ha decidido, al desarrollar el tema del objeto del contrato en general, advertir la posibilidad de que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, bienes ajenos y bienes afectados o litigiosos.

Sin embargo, ha conservado el tratamiento de la venta de bienes futuros y bienes ajenos en el Título correspondiente al contrato de compraventa, donde se observa con mayor detalle la problemática a que dan lugar los contratos sobre dichos bienes. Por otro lado, gran parte de las codificaciones sólo contemplan los contratos de venta de bienes futuros, sin contener un régimen general de contratación sobre estos bienes, lo que ha llevado a la doctrina a tratar la problemática de los bienes futuros a través de la posibilidad de su venta, despreocupándose de otros contratos sobre los mismos bienes.

Felipe Osterling Parodi, señala que según la obligación verse sobre cosa futura, debería aclararse que, cuando la inexistencia posterior de la cosa obedezca a causas imputables al deudor, el acreedor podría recurrir a todos los instrumentos que proporciona el Derecho de obligaciones, tales como la ejecución forzada, la ejecución

por el propio acreedor o por un tercero, o la indemnización de daños y perjuicios” (Citado en Manuel de la Puente y Lavalle, 1993, p. 120).

Así, en el artículo 54° de la cuarta Ponencia sustitutoria se agregó un párrafo que decía: “Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor podrá recurrir a los derechos que le confiere la ley”.

Para Manuel de la Puente y Lavalle, el artículo 1532: “Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley”, es imprescindible que exista (o pueda existir) un bien cuya propiedad sea transferida y un precio que se paga por él. Bienes que pueden ser objeto de compraventa. De otro lado, el término bienes, en la norma en comentario, alude tanto a los bienes materiales como a los derechos, que son inmateriales. Por tanto, dentro de bienes se comprende tanto a los corporales como a los incorporales (1993, p. 123).

En el caso de los bienes tangibles como los intangibles; sobre la compraventa de bien futuro, el artículo 1534, señala: “En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”. La condición es una de las modalidades del acto jurídico pueden ser

puros o modales (Los actos puros son los que sólo necesitan los requisitos generales para todo acto, Verbigracia: capacidad, objeto, forma. Los modales son aquellos que además de los requisitos anteriores, están sujetos a condición o cargo). Estos últimos presentan una condición. Las otras dos modalidades de los actos jurídicos son el plazo y el cargo o modo, del que deriva el nombre de “modalidades” de los actos jurídicos. La condición es el acuerdo en mérito al cual se hace depender la (i) “eficacia” o la (ii) “resolución” del acto jurídico a la realización de un hecho futuro e incierto. En el primer caso de “eficacia” estamos ante una condición suspensiva mientras que en el segundo caso estamos ante una condición resolutive. Entonces, si la norma establece que el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia, quiere que el contrato no surte efectos sino cuando el bien precisamente exista (Manuel de la Puente y Lavalle, 1993, p. 125).

Artículo 1535: “Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”. “Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio” (Manuel de la Puente y Lavalle, 1993, p. 127).

El Art. 1535 se vincula al Art. 1534 reiterándose la condición suspensiva aún en el caso en que el comprador asuma el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro. Por ejemplo, un comprador adquiere la totalidad de la cosecha de maíz de una parcela de cinco hectáreas y el contrato establece que éste asume el riesgo de la cuantía (cuantas toneladas de maíz se obtienen) y calidad (las calidades del maíz cosechado). Excepción a las reglas de los artículos precedentes está constituida por la norma del Art. 1536: “(...) si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir”. En este caso nos encontramos ante un pacto de los contratantes en mérito al cual el comprador asume el riesgo de la existencia del bien (Manuel de la Puente y Lavalle, 1993, p. 129).

En doctrina la compraventa de bien futuro ha generado, como se señaló *supra*, dos teorías básicas: La primera de ellas es la “*emptio rei speratae*” (venta de bien esperado o futuro). La segunda es la “*emptio spei*” (venta de esperanza). Existe consenso en afirmar que el Art. 1534° recoge la teoría de la “*emptio rei speratae*”; ¿en qué consiste ésta? Hay dos maneras de entenderla.

La primera sostiene que en la venta de bien futuro hay dos elementos sujetos a la existencia futura. El primero de ellos que el bien llegue a existir y el segundo que el bien llegue a existir con la

cuantía y calidades que las partes han pactado. Entonces el primer elemento es existencia del bien; el segundo elemento es existencia de las cantidades y calidades pactadas. De allí la primera manera de entender la "*emptio rei speratae*" considera que ambos elementos son conmutativos, vale decir (genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes). Es decir, ambas partes comprador y vendedor al momento de celebrar el contrato saben el impacto económico que las prestaciones van a producir en sus patrimonios. Esto quiere decir, en nuestra opinión, que las partes no sólo han pactado la compraventa de bien futuro sino que, además, se han puesto de acuerdo respecto de la cantidad de éste y la calidad de éste. Por ejemplo, un acopiador de ají pimiento páprika celebra con un agricultor la compra de la cosecha de éste del año 2009. Entonces acopiador y agricultor pactan determinada cantidad y determinada calidad. En mérito a este pacto, que recoge la "*emptio rei speratae*" todo el contrato de compraventa es conmutativo. Es decir, la condición suspensiva exigirá no sólo existencia del bien ají pimiento páprika sino también existencia de las condiciones pactadas por ambas partes en relación a cantidad y calidad.

La segunda manera a la cual se adscriben muchos autores de entender la "*emptio rei speratae*" considera que ésta es conmutativa y aleatoria.

Miguel Torres Méndez, consideran que el Art. 1534° establece un “régimen general” de compraventa de bien futuro, con todos los elementos conmutativos, y que es más bien el Art. 1535 el que establece la “*emptio rei speratae*” que, en su segunda manera de ser entendida, tiene una parte conmutativa y otra parte aleatoria. Se apoyan en el mandato del segundo párrafo del Art. 1535.- “Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio”. Precisamente, la parte aleatoria está en el texto en negrita; es decir un elemento respecto del cual las partes al menos el comprador no pueden medir el impacto en sus patrimonios. Por supuesto que se admiten los pactos en contrario, esto quiere decir que son perfectamente procedentes los contratos de compraventa en que las partes pactan que la cuantía y la calidad no son aleatorios sino conmutativos. Por ejemplo, establecer que el comprador sólo queda obligado a comprar bienes de calidad A o B; o a pagar un precio por la calidad A y a pagar otro precio por la calidad B. Eso se hace con frecuencia y además es recomendable hacerlo para no exponer al comprador a una suerte de lotería o azar (1993, p. 49).

Entonces el Art. 1534°, para algunos autores, tiene un régimen general distinto al “*emptio rei speratae*” y al “*emptio spei*” (venta de esperanza). Para otros autores es el “*emptio rei speratae*”.

En todo caso, para unos y para otros, queda claro que el Art. 1534 regula un régimen de compraventa de bien futuro que es totalmente conmutativo, es decir no sólo en relación a la existencia del bien sino también en relación a la cantidad de éste y a la calidad de éste. El Art. 1535 establecería un régimen de compraventa de bien futuro mixto, es decir, conmutativo (en cuanto a la existencia del bien) y aleatorio (en cuanto a la calidad y cantidad del bien). Por eso el segundo párrafo del Art. 1535 dice: “Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio”.

La interpretación del artículo 1535° del Código Civil peruano es entonces así de simple. Consiste en que como el concepto correcto de “*emptio rei speratae*” es el concepto conmutativo aleatorio y la modalidad de compraventa de bien futuro que regula esta norma es conmutativa y aleatoria, el artículo 1535 del Código Civil peruano regula entonces la “*emptio rei speratae*”. Esta interpretación resulta inobjetable, además, por encontrarse refrendada por la Exposición de Motivos de esta norma. Así, en dicha exposición el legislador afirma lo siguiente: “El caso regulado en este artículo difiere del contemplado en el artículo anterior, pues si hay certidumbre respecto de que el bien (cosa o derecho) existirá, resulta incierto no sólo el momento en que el bien llegue a tener existencia sino también

la cuantía y calidad que tendrá el bien cuando exista (*empetio rei speratae*”).

Torres Méndez, Miguel, señala que “El Art. 1536: dispone, como ya lo hemos visto, lo siguiente: ‘si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir. Aquí lo aleatorio es total, pues se refiere a la existencia del bien y, en el caso de esta norma, el comprador asume la obligación de pagar el precio del bien aunque éste no llegue a existir” (1993, p. 52).

El contrato de compraventa de bien futuro dice que para el derecho son cosas futuras las que no existen al momento de la celebración, pero hay un grado de probabilidad importante de que existan en el futuro y que las partes toman en cuenta para contratar.

La probabilidad admite distintas graduaciones:

- Cuando hay mucha certidumbre, como ocurre cuando la cosa ya existe.
- Cuando existe una multiplicidad de cosas que generan análisis cuantitativos que disminuyen el riesgo de la existencia.
- Cuando se apuesta simplemente su existencia.

**Caracteres:** La compraventa es normalmente conmutativa. Según la doctrina mayoritaria las partes conocen las ventajas que obtendrán del



contrato. Si las partes contratan desconociendo las ventajas y desventajas, asumiendo los riesgos de la existencia de la cosa futura nos acercáramos a la compraventa aleatoria. En nuestra opinión desde el origen las partes conocen la identidad de las prestaciones.

**Comentario:** El riesgo comprende el *periculum deteriorationis* o sea el peligro del simple deterioro, como el *periculum interitus* o sea el peligro del perecimiento o destrucción, y también otros supuestos de riesgo o peligro que pueden alcanzar al comprador del bien, así por ejemplo, puede asumirse como riesgo el de la expropiación de la cosa.

En la venta aleatoria (*emptio spei*) el vendedor oferta una cosa informando que hay riesgos sobre ésta, y el comprador lo acepta. Naturalmente, el precio será menor y el comprador contratará, si es que asume el riesgo, contra la perspectiva de buenas ganancias. El esquema económico es distinto de la compraventa normal, donde el riesgo de la inexistencia no forma parte del vínculo y el precio se acercará al de mercado para las cosas existentes. Según la doctrina mayoritaria en el caso que haya un alea, el precio es menor y el riesgo está asumido, de manera que si la cosa no llega a existir pierde el comprador, y no hay nulidad.

En caso de duda: En opinión de Rezzónico al explicar que, en caso de duda entre decidir si se trata de una venta de cosa esperada (art. 1534) y una venta de esperanza incierta (art. 1536), la doctrina en general enseña que debe excluirse el área y entenderse que la venta es condicional (conmutativa), porque a menos de existir una voluntad formalmente expresa el contrato es por su naturaleza conmutativo y no puede admitirse que el comprador ha entendido pagar el precio sin recibir cosa alguna (citado en Arias Schreiber Pezet, Max. T. II. p. 49).

El art. 1535 dice que: Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.

#### - **Críticas a la venta de bien futuro**

Para la doctrina mayoritaria, si el comprador no se obligó a pagar todo el producto por un determinado precio, sino sólo el producto que el vendedor le entregue, a razón de tanto por quintal o metro cúbico, no puede decirse que el comprador haya querido correr

riesgo de la inexistencia del producto o el de la cantidad de éste, sino solamente el riesgo de su calidad; de modo que, ya sea la cosecha de optima o pésima condición, el precio fijado no podrá variarse; pero la falta de cosecha hará insubsistente el contrato. Por tanto, la venta de cosa esperada, el pago del precio dependería de la existencia y de la cantidad prevista, en tanto que en la venta de esperanza el pago sería independiente de la existencia, calidad y cantidad, mientras en la hipótesis mixta, dependería de la existencia, pero no de la calidad ni de la cantidad. En la *emptio rei speratae*, el objeto de la compraventa sería la *spes*, el alea, el riesgo, que puede ser elemento de un contrato pero no objeto de la compraventa. Las partes antes que el objeto esté determinado tienen obligaciones como la de no hacer aquello que impida que el objeto llegue a existir. El vendedor, además, está obligado a hacer todo aquello que lleve a la existencia del bien; consecuentemente, si se vende una cosecha de uva deben asumirse las obligaciones tendientes a preservar y cuidar las plantaciones. Y no se diga que estas obligaciones son accesorias, pues sin éstas no se llega a la principal. Desde el perfeccionamiento del vínculo el vendedor queda obligado, precisamente, a que la cosa llegue a existir, y esta es la obligación principal en este tipo de situaciones. A partir de la existencia de la cosa el vendedor queda obligado a entregarla.

Los que defienden la teoría condicional consideran que la obligación condicional, aunque no haya nacido, liga en cierto modo a las partes, y una vez acaecido el suceso en que la condición consiste, se adquiere definitivamente el derecho. Particularmente el acreedor, en cuyo beneficio se han estatuido medidas de conservación, de protección contra la retroactividad de las leyes y la facultad de transmitir por vía hereditaria los derechos que nacen de esa delicada situación "*pendente conditione*". Sin embargo la crítica a dicha posición radica en que si el contrato condicional ha producido obligaciones es porque *pendente conditione*, estamos en presencia de un verdadero contrato, consecuentemente, si no puede haber retracción mientras cuelga la condición es porque ya existen obligaciones.

Según la doctrina mayoritaria si el bien no llega a adquirir existencia dentro del plazo pactado, o hasta que llegue a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse (Art. 175° del Código Civil) el contrato deviene ineficaz (según Vidal) o inválido (según Lohman), o se resuelve (según De La Puente), desde que la inexistencia del bien es una causal sobreviviente a la celebración del contrato, ya que el propósito de las partes era que el bien llegue a tener existencia, por lo

que la resolución no tendría efecto retroactivo, salvo pacto en contrario”.

### **2.2.5. Definiciones en legislaciones supranacionales de la compraventa de bien a futuro**

#### **Código mexicano:**

**Contrato de Promesa.** (Artículo 7.524 C.C.E.M). Promesa es el contrato preparatorio por el que una o dos de las partes se obligan a celebrar, dentro de un cierto plazo, un contrato futuro, cuyos elementos esenciales se determinan al efecto Este también puede ser denominado como antecontrato, precontrato, contrato preparatorio, contrato preliminar y promesa de contrato. A su vez, el contrato que se promete se llama contrato futuro, contrato definitivo o contrato prometido.

**Compra de esperanza:** (Artículo 7.590 C.C.E.M.).

Hay compra de esperanza cuando el comprador adquiere del vendedor, los frutos que un bien produzca en un tiempo fijado, los productos inciertos de un hecho que pueden estimarse en dinero, o un bien futuro en el que se toma el riesgo de que no llegue a existir.

**Código argentino.-Art. 1172.-** Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando estas aun no

existan, o hubieren dejado de existir, y en que hubiese prometido tales cosas indemnizara el daño que causare ala otra parte. **Art. 1173.-** Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlos está subordinada al hecho “si llegase a existir”, salvo si los contratos fuesen aleatorios. **Art. 1328.-** Si la cosa hubiese dejado de existir al formarse el contrato, queda sin efecto alguno. Si solo una cosa del aparte hubiese perecido, el comprador puede dejar sin efecto el contrato, o demandar la parte que existe, reduciéndose el precio en proporción de esta parte a la cosa entera.

**Código Nicaragüense de 1903.-** Si la cosa hubiese dejado de existir al formarse el contrato, queda este sin efecto alguno. Si solo una parte de la cosa hubiese perecido, el comprador puede dejar sin efecto el contrato, o demandar la parte que existiere, reduciéndose en proporción de esa parte a la cosa entera-.

**Código de Ecuador.- art.1780.-** La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse. El contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno. Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abandonado el precio a justa tasación. El que vendió a sabiendas lo que en todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.

**Código de Costa Rica de 1888.- art.1060.-** Si al tiempo de la celebración del contrato no existe la cosa vendida no existe la cosa vendida como existente, será absolutamente **nula la venta**, pero si existe una parte de ella, el comprador puede apartarse del contrato o mantenerlo respecto de dicha parte, con disminución proporcional del precio.

**Código Español.- art. 1460.** Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedara sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido solo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abandonado su precio en proporción al total convenido.

### **2.2.6. Contratos Criminalizados en la legislación Española**

La línea divisoria entre el dolo penal y dolo civil en los delitos con el patrimonio es la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio de Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles (...). Siendo la acción típica cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando , en

realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de contraprestaciones del negocio jurídico bilateral.

(...) En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no cumplirá con la contraprestación. Así la criminalización de negocios civiles y mercantiles, se produce ante o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del mero incumplimiento contractual. En múltiples precedentes el engaño típico es la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible, lo que se conoce como “negocio criminalizado”, terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. La ley penal no criminaliza en el tipo



penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito” (mym@mymabogados.com, 2010).

## **2.3. EL DOLO**

### **2.3.1. Concepto de dolo**

“El dolo proviene del latín que significa “mentira, engaño, simulación “podemos sencillamente decir que el dolo para el derecho penal y civil es el mismo en principio, tiene un sentido cognitivo y volitivo” ( Daza Pérez, 2015)

“La conducta es dolosa, señala Velásquez Velásquez, cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (dolo directo). Asimismo, la conducta es dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar” (dolo eventual). Desprendiéndose de lo mencionado, que dolo es saber y querer la realización del tipo, esto es, de los elementos constitutivos de la infracción penal, noción propia de una sistemática para la cual esta figura forma parte de la conducta humana penalmente entendida” (2002, p. 278).

Para Soler, “existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado sino también cuando se tiene conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado” (1992, p. 99).

### 2.3.2. Clases de dolo

Tenemos tres clases de dolo: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual (*Dolus eventualis*)

#### - **Dolo directo:**

Por dolo directo se entiende la situación mediante la cual el agente dirige su voluntad en forma consciente a la obtención de un resultado típico y antijurídico ya por acción u omisión, que ha previsto y querido en forma directa e inmediata. Así, el dolo directo se divide en determinado (la voluntad se dirige al resultado querido en forma precisa) e indeterminado (la voluntad se puede dirigir a varios resultados posibles, vr. gr., en la ira, se puede actuar con la intención de matar, lesionar o amedrentar al igual que puede acontecer en la riña).

En el dolo directo, refiere Jescheck, “significa que el autor sabe seguro que concurren o van a realizarse durante su acción

determinados elementos del tipo, y en particular que prevé como segura la producción del resultado típico” (1979, p.403).

El dolo directo, afirma López Barja de Quiroga, “existe en aquellos casos en los que el autor actúa y busca directamente producir las consecuencias de su acción. También se llama intención, pues en estos casos el autor directamente tiene la intención de realizar la acción, ya que quiere producir el resultado. Es, por tanto, la intención de producir el resultado” (2010, p. 488).

**- Dolo Indirecto o de segundo grado**

En este tipo de dolo, el sujeto agente dirige su voluntad a obtener un resultado querido, del cual se sigue uno no querido, pero que por estar estrechamente vinculado al anterior, se tiene igualmente por querido.

Se habla de dolo directo de segundo grado, o bien de dolo indirecto o también de dolo de consecuencias necesarias, “cuando el autor quiere realizar una acción que necesariamente sabe que va a producir otro resultado que afecta a otro bien jurídico. Hay, pues, dos bienes jurídicos en riesgo: el que quiere atacar el autor con dolo

directo y el que se le presenta como unido a aquél; respecto a éste el autor tiene dolo de segundo grado” (López Barja de Quiroga, 2010, p. 488).

Es decir, obrar con dolo indirecto es obrar preterintencionalmente. El ejemplo típico es el del terrorista que para matar a A, coloca una bomba para que estalle al paso del coche en el que va A y su chofer B. El terrorista tiene dolo directo respecto de la muerte de A y dolo de consecuencias necesarias respecto de la muerte de B. Otro ejemplo, una persona sustrae un dinero, luego se apodera de un automóvil para huir, en este caso, hay dolo directo frente al hurto del dinero, pero indirecto frente al apoderamiento del automóvil.

#### - **Dolo eventual**

En el dolo eventual, “el sujeto agente quiere un resultado concreto, pero se le presentan otros posibles y sin embargo, los acepta en el momento en que acaecen. Por ejemplo, un sujeto que con la intención de matar a una persona, dispara su arma de fuego (escopeta) previendo que puede matar o lesionar a otras personas que se encuentran junto a la víctima. De esta forma, prevé esos resultados, y aunque no los quiere directamente los acepta en el

momento en que se produzcan” (Mantilla Nougues, Mario y Rodríguez Pinzon, Julián, 1999, p. 384).

En el dolo eventual, precisa Velásquez Velásquez, “la realización del tipo penal no ha sido propuesta ni tomada como segura por parte del autor, sino que se deja abandonada al curso de los fenómenos. Por ejemplo, es el caso del sujeto que al disparar en la vía pública sobre su víctima, a la cual da muerte, deja librado a la suerte la lesión que también se produce del peatón ocasional” (2002, p. 281).

En el dolo eventual el autor se representa el resultado como posible. Evidentemente, el dolo eventual plantea problemas a la hora de diferenciarlo de la culpa consciente (o con previsión). Tradicionalmente, se ha mantenido que en ambos casos el autor se representa que es posible que, como consecuencia de su acción, se produzca el resultado; sin embargo, en el dolo eventual el autor lo acepta para el caso de que se produzca, mientras que en la culpa consciente el autor no lo acepta sino que espera poder evitar que el resultado se produzca (López Barja de Quiroga, 2010, p. 488).

Claro que el injusto presente en el dolo eventual es de menor grado que el presente en el dolo directo (de primero y segundo grado), dado que la realización del tipo penal no ha sido propuesto ni tenida como segura por parte del autor, sino que se deja abandonada al curso de los hechos. “En el campo punitivo, esto se traduce en los límites mínimos y máximos de penas que el legislador ha establecido, límites dentro de los cuales debe moverse el juzgador, además que se señala como criterio de dosificación o de determinación judicial de la misma `la intensidad del dolo” (Velásquez Velásquez, 2002, p. 282).

### **2.3.3. Elementos del dolo**

“El Dolo integrado por el elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y el elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa el querer de la acción típica)” (Peña Gonzales & Almanza Altamirano, 2010, pág. 162).

En general, se distingue entre el elemento intelectual (el saber) del dolo, y el elemento volitivo (el querer), siendo que preponderantemente se le atribuye al querer el peso decisivo sólo para delimitar dolo eventual de imprudencia (consciente). La relevancia del elemento volitivo del dolo no está establecida legalmente. Legalmente está definido tan sólo el elemento del saber,

en la medida en que el dolo no existe cuando el actuante, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo legal. Esta consecuencia es obligatoria, sin considerar las razones del desconocimiento, aun cuando ellas sean reprochables en grado sumo, o se basen en una actitud interior de hostilidad al derecho. La ceguera ante los hechos puede fundar, en todo caso, un reproche por imprudencia, en caso de que exista un tipo de imprudencia correspondiente.

**a) El dolo como saber, intelectual o cognitivo**

“Saber en el momento del hecho. El dolo exige el conocimiento de todas las circunstancias constitutivas del ilícito típico. Para actuar dolosamente, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico (por ejemplo en el caso del homicidio doloso debe saber que mata a otra persona; el hurto que sustrae cosas sin el consentimiento del dueño, etc.). Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad (no puede querer hacer sino sabe primero que se va hacer)” (Hava García, 2012).

**b) El dolo como decisión (querer) o volitivo**

“El llamado elemento volitivo del dolo tiene una existencia teórica (en los libros de texto), pero no desempeña ningún papel en la práctica judicial. La necesidad del “querer” es tratada en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, aunque tendría que tener el mismo significado en el directo, respecto de las consecuencias colaterales dolo directo de segundo grado, dado que tampoco en estos casos el actuante quiere realmente el resultado, sino que sólo el actuante quiere realmente el resultado, sino que sólo lo asume. Dado que, en tales casos de previsión segura de consecuencias colaterales, las condiciones de la decisión a favor de realización del proyecto de acción con irrelevantes para la cuestión del dolo y ello está completamente fuera de discusión, es manifiesto que, detrás de la supuesta relevancia del elemento volitivo del dolo en el dolo eventual, se oculta un problema material distinto.

El querer tiene importancia sólo para que el autor actúe de manera penalmente relevante y que su cuerpo no reacciones únicamente por acto reflejo de manera penalmente irrelevante. La conducta que puede ser influida por la motivación, es, en ese sentido, querida; las condiciones de la motivación son elementos de la reprochabilidad (culpabilidad). El contenido del querer es siempre idéntico al conocimiento de las circunstancias de la acción y de sus consecuencias.



Cuando se dice que el mero “desear” o “esperar”, en conexión con una decisión de acción, no alcanza para el dolo, ello no es una cuestión del querer, sino del objeto del dolo: ¿fundamenta un riesgo de homicidio típicamente relevante el saber de la improbable consecuencia de la caída mortal de un avión o de un rayo, en cada de exigírsele al tío al que se heredará el hacer frecuentes viajes en avión o pasear en días de tormenta? El dolo falta, no porque el autor no tenga influencia sobre la casualidad mortal (él la tiene efectivamente!), sino porque un riesgo de esa índole es socialmente adecuado, permitido, no es típico en el sentido de los delitos de homicidio, puede también ser querido y es impune, Si el autor, en cambio p. ej., por superstición o por su conocimiento especial de que hay una bomba en el avión, cree poder influir en la muerte por la caída del avión o del rayo, más allá de riesgo normal, entonces, querrá realizar un riesgo de homicidio más alto, no permitido, es decir, típico: actúa dolosamente, porque el objeto del dolo es (objetivamente) típico, y no porque, por ejemplo, ya un querer intenso sea suficiente”. (Zielinski, 1990, págs. 41-42)

“Para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente. Quien actúa

con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente”. (Hava García, 2012)

- **El objeto del dolo**

El riesgo de lesión típica del bien jurídico. “La pregunta por el dolo puede ser contestada siempre sólo en vista de un tipo penal determinado; por ello, de modo más preciso, ella reza: ¿realiza el autor su proyecto de acción, con consciencia de que existen con una probabilidad relevante aquellas circunstancias de acción y con consciencia de que se producirán con probabilidad relevante aquellas consecuencias que define el tipo penal respectivo como requisitos de la punibilidad, o que describe formulado con mayor precisión dogmática como materia de la prohibición o del mandato de la conducta contraria a la norma?”. (Zielinski, 1990, pág. 43).

#### **2.3.4. El dolo civil**

Por lo que se refiere al aspecto civil del dolo, se distingue, por una parte, el dolo como **vicio de la voluntad** y, por la otra, como **elemento de la responsabilidad civil**”.

El dolo como vicio de la voluntad, señala Felipe Osterling y Mario Castillo, “es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no

habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio” (2008, p. 839).

El dolo en el incumplimiento de la obligación, alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. El punto común de ambos tipos de dolo está en la mala fe, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto.

Lo ajustado sería la reparación del perjuicio, el dolo civil afecta el vicio del consentimiento, altera los sistemas contractuales, se da el daño frente a los particulares en una relación contractual.

El dolo en el derecho civil se refiere a la característica esencial del ilícito civil, en el incumplimiento de las obligaciones designa la deliberada inejecución por parte del deudor y, por último, es un vicio de los actos voluntarios.

El dolo civil se encuentra regulado en el artículo 1318° del Código Civil, bajo la siguiente fórmula: “*Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*”.

Felipe Osterling señala que el **dolo civil** tiene en el Derecho diversas acepciones; pero que en líneas generales implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al

Derecho. Se presenta desempeñando una triple función (2008, p. 839-840):

**(a)** El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio. El dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente.

**(b)** En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil peruano).

**(c)** En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional. La característica común de la triple función del dolo está en la “mala fe”, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la misma que, a decir de algunos autores, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos, aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la

“intención de dañar”. En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se “induce” a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto de la inexecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple “incumplimiento” o “mal cumplimiento” de la obligación, causado, sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor.

Sigue siendo discutible establecer las fronteras de lo ilícito civil de lo ilícito penal. Para el español Antonio Quintano Ripolles, la ilicitud penal se fundamenta en el hecho que se encontraría penalmente tipificada. Para el argentino Henoah Aguiar, vincula la calificación del acto ilícito con la regla transgredida; de esta forma, se la regla se refiere a las relaciones de convivencia dentro de las actividades particulares, habrá ilícito penal; en cambio, si la conducta está vinculado a lo que debe observar con relación al todo social, habrá ilícito criminal; siendo así, el delito penal lesionaría el interés social, mientras que el ilícito civil afectaría el derecho individual. El alemán Merkel, no acepta la diversidad de injustos y defiende un criterio unitario, pues para el solo hay una clase de injusticia que es la violación culpable de las reglas jurídicas, sin embargo, admite que acarrea diferentes consecuencias; precisando Binding que todo

injusto es un ataque a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos) (Zamora-Pierce, pp. 511-539).

**a) El dolo como vicio de los actos voluntarios**

El dolo es uno de los vicios voluntarios, conjuntamente con el error, la fuerza o intimidación, la simulación y el fraude.

Se define como “acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” art. 931 del código civil Argentino.

Existen cuatro requisitos para que el dolo determine la anulación del acto:

- **Que haya sido grave:** es decir que se apto para engañar a una persona que pone un cuidado corriente de sus asuntos. Si fuera tan grosera que una mínima precaución lo hubiera puesto al descubierto, el dolo no es grave.
- **Que haya sido causa determinante de la apelación del sujeto a quien se vicia la voluntad:** se entiende por tal el engaño sin el cual el acto no se hubiera llevado a cabo.
- **Que haya ocasionado un daño importante:** es decir de una significación económica para la persona que lo sufre.

- **Que no haya habido dolo recíproco:** la justicia no puede ponerse a discutir sobre las trampas que empleen los inescrupulosos.

#### **b) El dolo en el incumplimiento de la obligación**

El dolo en la inexecución de la obligación consiste en su deliberado incumplimiento, es decir, comete dolo aquel deudor que pudiendo cumplir se niega hacerlo con la intención de causar perjuicios a su acreedor o a terceros.

#### **c) El dolo como elemento del acto ilícito civil**

El dolo es: el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos de otros.

#### **- El dolo penal**

En derecho penal, significa la intención de cometer la acción típica prohibida por la ley. En el caso del **dolo penal**, la conducta es dolosa, señala Velásquez Velásquez, “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (dolo directo). Asimismo, la conducta es dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (dolo eventual). Desprendiéndose de lo mencionado, que el sujeto activo no sólo tiene *conocimiento* de su conducta antijurídica, sino que además manifiesta su *voluntad* de querer realizar dicha conducta prohibida por la ley” (2002, p. 278).

### 2.3.5. El dolo en los contratos

“El dolo vicia la voluntad negocial actuando sobre la inteligencia mediante engaño y, por lo tanto, induciendo a error al autor del negocio, es decir cuando el error es producto de un engaño se habla de dolo. Tanto la acción como la omisión violan la buena fe con que deben celebrarse en los contratos (...) la doctrina señala un paralelismo entre el error esencial y el dolo determinante. La intención puede estar dirigida a perjudicar solo por malignidad, pero también puede estar dirigida a obtener un beneficio indebido para sí o terceros por afán de lucro, simpatía o lo que fuere (...)” ( Galindo Garfias, 2015).

La Jurisprudencia española ha pretendido resolver la diferencia entre estafa y dolo civil atendiendo al *momento* del engaño: si el sujeto *ya en el momento del contrato* albergaba la intención de incumplirlo en el futuro, sería estafa, pero si la intención de incumplir surgía *después* de la conclusión del contrato, se trataría de un mero dolo civil, es decir, de un incumplimiento contractual (Dopico Gómez-Aller, 2012, p. 11).

Así, la jurisprudencia española ha establecido: “En punto a las diferencias entre el dolo civil y penal, en el delito de estafa, esta Sala Casacional lo relaciona con el momento de su aparición, y ello



porque si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estamos, en todo caso, ante un “*dolus subsequens*”, ordinariamente atípico” (Sentencia núm. 435/2010 de 3 mayo). De igual forma, tenemos las siguientes jurisprudencias: “El engaño y el correspondiente ánimo engañoso (...) han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter *subsequens*, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución” (SSTS 787/2011 de 14 julio, FD 1º; 1017/2009 de 16 octubre, FD 6º; y 695/2009 de 26 junio, FD 1º). Precisar que estas sentencias sólo permite distinguir la estafa del *dolo de incumplimiento obligacional* (art. 1101 CC), y no del dolo-vicio (art. 1269-1270 CC) (Dopico Gómez-Aller, 2012, p. 11).

En otras sentencias ha sostenido el Tribunal Supremo español que: “habrá estafa allí donde el contrato sea una ***pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno***”; *vid.* por todas las SSTS de 16 de julio de 1990 (Pte. Soto Nieto, F.D. 5º); 784/1995, de 19 de junio (Pte. Conde- Pumpido Tourón, F.D. 4º); 1505/1997, de 10 de diciembre (Pte. De Vega Ruiz, F.D. 2º)” (Dopico Gómez-Aller, 2012, p. 12).

Dopico Gómez-Aller señala que la diferencia entre dolo civil y dolo penal no puede derivarse sin más de si el engaño es o no

“bastante para producir error” del engaño. El propio art. 1269° C.C. define el dolo-vicio como la maquinación por la que “es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Es decir: que el dolo civil no sólo ha de ser, como el de la estafa, *idóneo* (“bastante”) sino *aún más*: como el de la estafa *consumada*, ha de ser *eficaz* (no existe un “dolo vicio intentado”) (2012, p. 16-17).

Aunque de modo menos concreto, el Tribunal Supremo ha considerado que el problema es “una cuestión de tipicidad penal” (*vid.* por todas STS 722/1999, de 6 de mayo, Pte. De Vega Ruiz), es decir: que si se dan los requisitos típicos de la estafa, se aplicará el tipo penal, y de no ser así, se verá si se dan los requisitos del dolo vicio. Esta posición es cierta, pero sigue siendo ambigua.

Ahora, la gravedad específica que legitima el recurso al Derecho penal con frecuencia se deriva del *mayor desvalor de acción que supone el dolo típico*. La responsabilidad penal por estafa exige dolo típico; y siendo la estafa un delito *de resultado lesivo*, este dolo debe abarcar el perjuicio patrimonial. *Si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa*. La doctrina ya ha señalado en diferentes ocasiones que el

elemento subjetivo del *dolus in contrahendo* es sólo la intención de engañar y hacer que el otro contrate, pero en la estafa el dolo debe abarcar, además, el perjuicio patrimonial. Asimismo, debe rechazarse que el ánimo de lucro sea el criterio de distinción entre el dolo vicio y la estafa. El criterio verdaderamente decisivo es el dolo de perjuicio patrimonial.

#### **2.4. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CON DOLO ANTECEDENS DE PARTE DE LA EMPRESA PROMOTORA EN LA VENTA DE BIENES INMUEBLES FUTUROS**

El Código Civil, regula la compraventa de un bien futuro en el artículo 1534° del Código Civil, señalando lo siguiente: “En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”. Este artículo establece que la compraventa se encuentra sujeta a la “condición suspensiva” de que el bien llegue a existir.

Recordemos entonces qué se entiende por ella. En palabras de Juan Espinoza, “la condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico. Puede ser suspensiva (que configura un acto válido, cuyos efectos quedan en pendencia hasta que se cumpla la condición) o resolutoria (que configura un acto válido que ya produce efectos jurídicos

provisionales, que se transforma en definitivos cuando se verifica la condición” (2012, p. 261).

Ambas condiciones atraviesan por dos fases: una dependencia (periodo comprendido entre la celebración del negocio y la realización o la falta de cumplimiento de la condición) y la otra de verificación de la condición (en la cual el acto producirá sus efectos, o sus efectos provisionales se convertirán en definitivos) (Espinoza Espinoza, 2012, p. 264).

En igual sentido, Lohmann sostiene que “la condición suspensiva es aquella disposición del precepto de voluntad, por la cual todos o parte de los efectos del negocio quedan en suspenso hasta la realización o no realización de un evento” (Lohamnn, 1986, pág. 228).

En el caso de transferencias de bienes inmuebles, el derecho de propiedad le confiere a su titular una serie de derechos sobre el bien, tales como el uso, el disfrute y la facultad de disposición. Cuando se celebra la compraventa, el vendedor le transfiere la propiedad del bien al comprador, de tal manera que el vendedor pierde todos los atributos que tenía sobre el bien y estos pasan al comprador.

Para que ocurra la transferencia de propiedad, el Código Civil regula ciertas condiciones que deben cumplirse. Para el caso de

bienes muebles, la transferencia de propiedad se realiza en el momento en que estos son entregados al comprador. En el caso de bienes inmuebles, la transferencia de propiedad se realiza en virtud del acuerdo entre el vendedor y el comprador, sin que se requiera mayor formalidad.

Acorde con estos mecanismos, el contrato de compraventa no requiere de mayor formalidad para celebrarse. Al tratar sobre las formalidades de este contrato, veremos que puede celebrarse incluso en forma verbal. Entonces, una vez celebrado el contrato de compraventa y cumplido el mecanismo para la transferencia, según se trata de bien mueble o inmueble, se producirá la transferencia de propiedad del vendedor hacia el comprador. Por lo tanto, la transferencia de propiedad no está sujeta al pago del precio de venta, salvo que así lo hubieran pactado las partes.

Ahora, el proceso de construcción de un inmueble se encuentra bajo una regulación administrativa especial: la regulación urbanística. Desde hace mucho tiempo atrás, el edificar una casa o departamento no es una cuestión meramente civil, en la que el constructor diseña y construye bajo su propiedad sin ninguna supervisión (ejerciendo un derecho de propiedad irrestricto), sino que, muy por el contrario, se encuentra obligado a seguir y a respetar

normas técnicas-administrativas que limitan el ejercicio de su derecho.

La normativa urbanística que debe seguir el proceso de construcción del inmueble se sustenta en la tutela del interés público, de un adecuado uso del suelo, de un llamado “derecho a la ciudad”. Este marco legal va acorde con la actual concepción de la propiedad, vista como un derecho relativo (al igual que cualquier otro). Tanto nuestra Constitución, el mismo Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en sostener ello.

Cuando se está ante la **compraventa de bienes inmuebles sujetos a la condición suspensiva de que posteriormente el bien tenga existencia**, pero el promotor no realiza los actos propios que permitan decir que efectivamente está construyendo el edificio, entonces, estamos ante una deliberada voluntad de incumplir obligaciones esenciales derivadas del contrato suscrito, lo que implica que el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales o legales, por lo que nos encontramos ante un negocio jurídico criminalizado. En este caso, se observa que el promotor se aprovecha de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y

terminante ánimo inicial de incumplir las obligaciones que se derivan de lo acordado conforme a la normativa legal, degradando de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo de estafa.

Recordemos que si bien estos bienes (venta de bienes inmuebles) son inexistentes, *in rerum natura* (en la realidad, en la naturaleza de las cosas), al momento de celebrarse el contrato; sin embargo, se admite que los bienes se encuentran en germen; es decir, existe **como base real** del proyecto, el terreno donde se va a iniciar la construcción, y **como base ideal**, los planos donde se encuentra el proyecto en potencia.

Asimismo, en un contrato inmobiliario de compraventa de bien futuro (al amparo del artículo 1534° del Código Civil), el acto válido es el mismo contrato de compraventa, que va a mantener sus efectos en estado de pendencia hasta la conclusión del trámite del procedimiento administrativo de edificación que inició el vendedor (o el tercero/contratista que en su nombre lo ha iniciado) con el propósito de transferir la propiedad del inmueble, una vez existente, al comprador. El hecho jurídico en este tipo de contratos, que va a importar el cumplimiento de la condición suspensiva legal, es pues la

conformidad de obra (al determinar la existencia tanto física como legal del inmueble) (Favio Montenegro, 2015, p.195).

- **El delito de Estafa en la venta de bienes inmuebles a futuro**

Suele ser muy común las estafas realizadas por supuestos empresarios dedicados al rubro de la construcción de viviendas que estafan a las personas mediante la contratación simulada. Este supuesto consiste en “simular un contrato cuyo incumplimiento determina que se produzca un perjuicio directo en el patrimonio ajeno como consecuencia del acto de disposición patrimonial del contratante que ha sido engañado”. (Fernández R. Vilchez, 2010.p.15).

El negocio jurídico criminalizado consiste precisamente en la celebración de un contrato con la clara y absoluta intención de incumplirlo; donde el sujeto activo (promotor de las viviendas) se aprovecha de la confianza y la buena fe del perjudicado (el que adquiere la vivienda) con el claro ánimo inicial de incumplir lo convenido. Así, estaremos ante el delito de Estafa, y no ante un ilícito civil, cuando se den todos y cada uno de los elementos del tipo de manera secuencial: “1) engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, 2) inducción a error o mantener en él, 3) perjuicio por disposición patrimonial, 4) obtención de provecho indebido para sí o para otro”



(Salinas Sicha , 2010, pág. 1078). Pero el engaño en los contratos criminalizados no puede darse en forma posterior al acto de disposición de la víctima, sino de forma anterior. De esta forma, habrá Estafa cuando el elemento subjetivo: dolo, se manifiesta desde el momento inicial, antecedente o "*in contrahendo*", pero no *subsequens*. La forma como se da este elemento del engaño marca la diferencia entre el dolo civil y el dolo penal que permite configurar el delito de Estafa.

Pero aquí hay que tomar en cuenta un elemento más, que ha sido establecido por nuestra Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 2504-2015 (conforme se verá con más detalle *infra*), donde indica que no basta con constatar la existencia de un engaño causal, sino que este engaño tiene que ser típico, cuyo análisis se encuentra dentro del marco de la imputación objetiva, por ello, es que en un segundo nivel de análisis, se constata que el engaño no sea atribuible a la falta de autotutela de la propia víctima, quien teniendo acceso a la información que necesita para tomar una decisión de disposición, no toma las precauciones y se informa adecuadamente; como ocurre en el caso de la compra venta de inmuebles, donde la mejor forma de verificar si se trata de una venta real o fraudulenta, es solicitar la información pertinente ante los Registros Públicos, para cotejar la titularidad del bien

y, ante la Municipalidad Distrital que corresponda, para ver sobre las autorizaciones y licencias de construcción.

Pero, otro hecho relevante que tendría que tomarse en cuenta sería la contratación de un seguro obligatorio para aquellas empresas promotoras de viviendas que venden bienes inmuebles a futuro.

La Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), recomienda que la persona que desea comprar una vivienda, verifique previamente que la empresa cuente con dos características esenciales: i) financiamiento con un banco y, ii) que su trayectoria en el mercado sea mayor a 5 años. Deben tener un servicio posventa que incluya el trámite de titulación.

- **La contratación de un seguro obligatorio**

El Indecopi y la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) recomiendan poner atención a los antecedentes de estas compañías que venden inmuebles a futuro. En total, 392 empresas inmobiliarias han sido multadas por Indecopi debido a que incumplieron los contratos firmados. Solo entre el 2011 y julio del 2015, Indecopi ha impuesto unas 862 multas con costos de hasta 450 U.I.T. (S/.1'710.000). Los reclamos

más frecuentes son por la falta de idoneidad de las empresas, es decir, cuando los acabados del inmueble o los materiales utilizados no son los prometidos.

Ante esta situación, surge la necesidad de introducir ciertos remedios preventivos que permitan frenar la comisión de estos eventos delictivos. Una forma que consideramos viable y oportuna, es a través de la contratación de una póliza de seguro. Si se obliga a las empresas promotoras de viviendas a contratar un seguro con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades entregadas como adelanto, por parte de los que adquieren las viviendas, entonces, este tipo de estafa va a disminuir.

De lo contrario, si las empresas promotoras de viviendas no contratan el seguro, entonces ello constituiría un indicio objetivo de que dicha empresa está actuando con dolo *antecedens* y por tanto, se estaría configurando el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

De esta forma, si las empresas promotoras de viviendas se apropian de las cantidades de dinero dadas en adelanto, o las destinan para un propósito diferente, no entregando la vivienda ni devolviendo

las cantidades percibidas anticipadamente, y si se observa que dichas empresas han incurrido en las omisiones señaladas anteriormente, entonces podemos decir que existen indicios reveladores de la comisión del delito de Estafa y, los agraviados pueden denunciar penalmente por este delito.

De esta forma, el promotor tendría la obligación legal (al haber contratado un seguro obligatorio) de garantizar la devolución de dichas cantidades, y la prohibición de gastarlas si no están garantizadas, dado que la ley le obligaría a ingresarlas en una cuenta especial, y le prohibiría disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establecería la normativa legal.

## **2.5. JURISPRUDENCIA NACIONAL**

La jurisprudencia peruana, a través de la Corte Suprema (R.N. N° 325-2014), ha establecido que: “el elemento determinante para dilucidar si nos encontramos ante una estafa o un incumplimiento contractual está en verificar la concurrencia de los presupuestos típicos del delito de estafa, sobre todo, en verificar necesariamente un elemento típico antecedente, que es la presencia del engaño inicial a la contratación a la suscripción del contrato”.

Pero resulta interesante como la misma Corte Suprema, en una jurisprudencia más reciente (R.N. N° 2504-2015 Lima), ha señalado primero, que la tipicidad del engaño (en el delito de Estafa) no es una cuestión de causalidad, sino de *imputación objetiva* (Considerando Décimo Segundo), lo que significa que la víctima asume competencia por el contenido de información que maneja al momento del delito de Estafa. En otras palabras, ahora, lo determinante para que se configure el delito de Estafa, en cuanto al elemento del engaño, resulta relevante la siguiente pregunta: ¿quién es competente por el déficit de conocimientos -error- de la víctima? Lo que debe verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor (Considerando Décimo Tercero). Con independencia del engaño, corresponde determinar si la víctima tenía accesibilidad normativa a la información necesaria, para tomar una decisión verdaderamente libre frente al ofrecimiento de la venta del inmueble (o de otro bien), realizado por el agente; si tenía dicha accesibilidad normativa, entonces tendría que descartarse la configuración del engaño típico en el delito de Estafa; ante lo cual se afirma la competencia de la víctima. Por el contrario, si el agraviado no tenía accesibilidad normativa a la información, correspondería afirmar la relevancia penal de un engaño típico de estafa (Considerando Décimo Sexto). En el caso de los

bienes que son inscribibles en el Registro Público, como los inmuebles o los vehículos, de acuerdo al artículo 2012° del Código Civil, que consagra el principio de publicidad registral, según el cual: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”. Se trata de una disposición normativa que consagra una presunción *iure et de iure*, esto es, una presunción que no admite prueba en contrario; por lo que quien interactúa en el mercado de bienes registrables (casas o vehículos), tiene la carga de conocer el contenido de las inscripciones, lo cual es una información que se encuentra normativamente accesible a la persona que pretenda realizar una disposición patrimonial. Es decir, quien desea adquirir un inmueble no tiene excusa para verificar el Registro Público, si parte del engaño reside en realizar dicha verificación, pues, la consulta de datos registrables es el deber mínimo de autotutela a quien interactúa en el mercado de bienes inmuebles (o muebles como el de vehículos).

En el R.N. N° 2504-2015 Lima, la Corte Suprema también señala que la delimitación entre Estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva, resultando incorrecto establecer dicha delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato (Considerando Vigésimo Quinto). Si como se dijo, el error de la víctima no se debe a

la ausencia de accesibilidad normativa de la información, sino al hecho de que el agente ha infringido su deber de veracidad y se ha concretado la realización del riesgo en el resultado, entonces se pasa a un segundo nivel de análisis basado en criterios objetivos, como la idoneidad del contrato, su forma de celebración, las argucias y artimañas dispuestos por el agente para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible, o para generar en aquella una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión (Considerando Vigésimo Sexto).

## **2.6. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **2.6.1. El Delito Inmobiliario y la doble venta inmobiliaria en el Código Español**

“El delito de **estafa inmobiliaria** se tipifica en el Código Penal Español en el artículo 251.1 en el que se dice que será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años el que enajenare cosa mueble o inmueble, nuevamente.

La doctrina jurisprudencial afirma que el delito de doble o múltiple venta de cosa inmueble, que prevé el artículo 251° del CP es

una modalidad específica de la estafa, en la que el engaño consiste en la ficción de la propiedad sobre un inmueble, que ya no se tiene, por haberse transmitido el dominio del mismo con anterioridad, y en la que el enriquecimiento injusto estriba en el cobro por duplicado del precio del fundo, a costa del comprador segundo, perjudicado en el valor de la cosa comprada y no recibida.

### **La figura de la doble venta**

La figura de la doble venta puede encajar en el núm. 1 del artículo 251° del CP: enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero; y también el segundo inciso del núm. 2 del mismo artículo: nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero.

Y como no podía ser de otra manera, ya que se trata de negocios jurídicos criminalizados, el Código Civil Español prevé también esta situación, con lo que los problemas de distinción del dolo penal y dolo civil se mantienen, teniendo en cuenta el carácter subsidiario del derecho penal y en el principio de intervención mínima.



Así, según el artículo 1473° del Código Civil Español, Si fuere inmueble, como en temas inmobiliarios ocurre, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, si bien, cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre, se insiste que haya sido de buen fe.

### **Estafa de Ocultación de gravámenes**

Una tercera modalidad de estafa impropia la integra la disposición ocultando gravámenes o constituyéndolos después.

El artículo 251.2 del Código Penal Español reprocha la conducta del que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma y también del que venda una cosa como libre y la gravare, en perjuicio del adquirente o de un tercero.

Es decir, del que vende bienes inmuebles, ocultando los gravámenes que sobre ellos existan, con conocimiento de su existencia y ánimo de obtener un beneficio, que produce un perjuicio económico a los compradores.

### **Estafa por Simulación de contrato**

Por último, el artículo 251.3 del CPE castiga al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado, entendido como aquel en el que hay una divergencia consciente entre la voluntad expresada y la interna del vendedor y que perjudica al comprador, al que evidentemente se le engaña, siendo por tanto el contrato que se formaliza plenamente una pura ficción al servicio del fraude, un negocio vacío que encierra una acechanza al patrimonio ajeno.

### **Penas de estos delitos**

En cuanto a la punición de estas conductas, los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 €. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

### **Delitos cometidos por persona jurídica o sociedades**

En el ámbito inmobiliario es frecuente que quien aparezca como responsable del engaño sea una persona jurídica, generalmente una sociedad mercantil, actuando como empresas constructoras o promotoras.

Por lo que se refiere a la autoría en sentido estricto, y conforme a la doctrina del dominio del hecho, tan aceptada actualmente y seguida en múltiples resoluciones jurisprudenciales, han de responder penalmente como autores todos aquellos que en la organización y funcionamiento real y de hecho de la entidad tienen una posición de dominio en relación concreta con el hecho delictivo de que se trate, de tal forma que podrán ser condenados quienes realicen la actuación delictiva, aquellos que participaron en el acto concreto, y quienes, siendo dirigentes de la empresa, conociendo lo que estaba ocurriendo y teniendo poderes para impedirlo, no lo hicieron, consintiendo así en una actividad delictiva realizada en el seno de la sociedad que dirigían y que, por ello, tenían la facultad y el deber de impedir” ( Vasquez & Apraiz y Asociados, 2015).

## CAPITULO III MÉTODO

### 3.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

#### 3.1.1. Objetivos

##### **Objetivo General**

Determinar si el delito de Estafa se configuraría ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de la promotora en la venta de bienes inmuebles futuros.

##### **Objetivos específicos**

Evaluar si la contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del dinero adelantado.

Analizar si la falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo

*antecedens*, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

### **3.1.2. Hipótesis**

#### **Hipótesis general**

El delito de Estafa se configura ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora, en la venta de bienes inmuebles futuros.

#### **Hipótesis específicas**

La contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del dinero adelantado.

La falta *de* voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo *antecedens*, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

## 3.2. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

### 3.2.1. Tipo de investigación

En cuanto al tipo de investigación, es aplicada, cuantitativa y correlacional.

**Aplicada** porque no está orientada a lograr un nuevo conocimiento destinado a procurar soluciones de problemas prácticos.

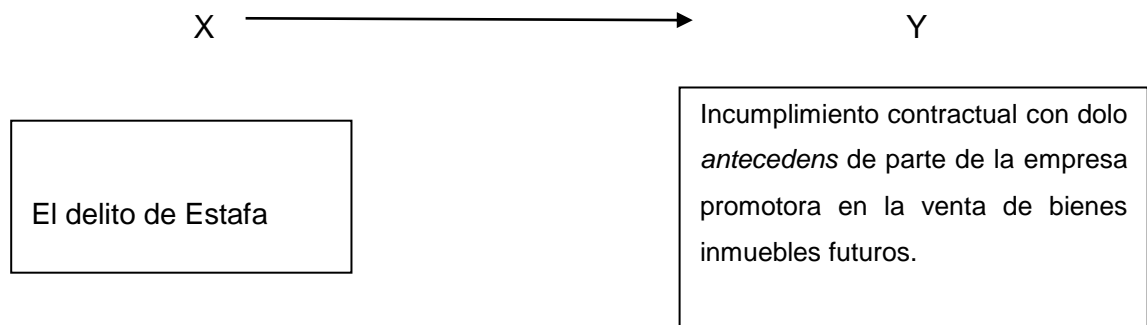
**Cuantitativa** ya que se utiliza la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas sobre la investigación y probar hipótesis establecidas con anterioridad, contando con la fiabilidad de la medición numérica, conteo y el uso de la estadística para establecer con precisión los patrones de comportamiento en la población de estudio y así encontrar soluciones para la misma, teniendo como consecuencia la afirmación o negación de la hipótesis establecida, además de realizar la exploración y descripción del problema para obtener perspectivas teóricas de la investigación que se realiza.

La investigación según su temporalidad es **Transversal** porque la toma de datos se realiza del análisis de sentencias específicas.

La investigación según su direccionalidad es **Prospectivo**, porque con la aplicación de las leyes en el presente (causa), se busca que sean eficientes en el futuro (efectos).

### 3.2.2. Diseño de investigación

La investigación es **Correlacional**, porque establece el grado de relación no causal existente entre dos o más variables, que en el presente caso son: i) El delito de Estafa y ii) el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora en la venta de bienes inmuebles futuros.



### 3.3. VARIABLES

- Variable Independiente: El delito de Estafa

- Variable Dependiente: El incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora en la venta de bienes inmuebles futuros.

### **3.4. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO**

#### **3.4.1. Población**

La población está conformada por los magistrados del Distrito Judicial de Lima del Poder Judicial que tienen bajo su competencia y conocimiento expedientes sobre el delito de Estafa.

#### **3.4.2. Muestra**

La muestra está conformada por 60 encuestados, de los cuales 30 son abogados y 30 magistrados (jueces y fiscales) del Distrito Judicial de Lima.

#### **3.4.3. Muestreo**

El método de selección de la muestra es por Muestreo Aleatorio Sistemático, Se calcula el coeficiente de elevación (número de veces



que el tamaño de población tiene al de muestra). Se elige al azar un número igual o menor a ese coeficiente. El individuo al que corresponde ese número forma parte de la muestra. Los restantes se obtienen sumando sucesivamente el coeficiente de elevación al número obtenido.

### **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.5.1. Descripción del Instrumento**

Para este estudio el método utilizado es la Encuesta aplicada a la muestra, usando como técnica el cuestionario con preguntas cerradas. La Encuesta como instrumento aplicado a esta investigación se basará en preguntas cerradas para las diferentes dimensiones de la variable, redactada de manera estructurada con alternativas para marcar. El tipo de cuestionario que se utiliza en la presente investigación es el que de acuerdo al tipo de respuesta, se conoce como: "De alternativa: SI, NO.

## CAPITULO IV

### RESULTADO DE LA ENCUESTA

#### 4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Encuesta sobre “El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros, año 2016, Lima”.

La muestra está conformada por 60 encuestados, de los cuales 30 son abogados y 30 magistrados (jueces y fiscales) del Distrito Judicial de Lima.

**Hipótesis:**

**Ho:** El delito de Estafa se configura ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora, en la venta de bienes inmuebles futuros.

Y la hipótesis alterna se expresa de la siguiente manera:

**Ha:** El delito de Estafa no se configura ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora, en la venta de bienes inmuebles futuros.

## 4.2. RESULTADOS

### 4.2.1. Presentación de resultados

En el Gráfico 1, de los 30 Magistrados encuestados, 26 de ellos, que representan el 86.7%, responden que “el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles”, respondiendo negativamente 4, que representa el 13.3%; mientras que de los 30 Abogados encuestados, 28 de ellos, que representan el 93.3%, responden en igual sentido, es decir, que “el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles”, respondiendo negativamente 2, que representa el 6.7%.

En el Gráfico 2, de los 30 Magistrados encuestados, 24 de ellos, que representan el 80%, responden que en la mayoría de los casos de incumplimiento contractual Si estaríamos ante un ilícito civil, respondiendo negativamente 6, que representa el 20%; mientras que de los 30 Abogados encuestados, 22 de ellos, que representan el 73.3%,

responden en igual sentido, es decir, que en la mayoría de los casos de incumplimiento contractual SI estaríamos ante un ilícito civil, respondiendo negativamente 8, que representa el 26.7%.

En el Gráfico 3, de los 30 Magistrados encuestados, 28 de ellos, que representan el 93.3%, responden que para la configuración del delito de Estafa, es necesario que la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, debe preceder al provecho ilícito y al daño; y tan solo 2 responden de forma contraria, que representa el 6.7%; mientras que los 30 Abogados encuestados, de igual manera, 28 de ellos, que representan el 93.3%, responden en igual sentido.

En el Gráfico 4, de los 30 Magistrados encuestados, 21 de ellos, que representan el 70%, responden que la diferencia entre el Dolo Penal (que puede dar origen al delito de Estafa) y el Dolo Civil, en el caso de incumplimiento de contrato, se encuentra en el momento inicial de la aparición del elemento del dolo, representado por la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, respondiendo de forma contraria 9, que representa el 30%; mientras que de los 30 Abogados encuestados, 19 de ellos, que representan el 63.3%, responden en igual sentido, es decir, que la diferencia entre el

Dolo Penal (que puede dar origen al delito de Estafa) y el Dolo Civil, en el caso de incumplimiento de contrato, se encuentra en el momento inicial de la aparición del elemento del dolo, representado por la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, respondiendo de forma contraria 11, que representa el 36.7%.

En el Gráfico 5, de los 30 Magistrados encuestados, 21 de ellos, que representan el 70%, responden que para que se configure el delito de Estafa realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, es necesario que el engaño se manifieste antes o durante "*in contrahendo*" a la celebración del contrato, respondiendo de forma contraria 9, que representa el 30%; mientras que de los 30 Abogados encuestados, 20 de ellos, que representan el 66.7%, responden en igual sentido, es decir, que para que se configure el delito de Estafa realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, es necesario que el engaño se manifieste "*in contrahendo*" (antes) o durante la celebración del contrato, respondiendo de forma contraria 10, que representa el 33.3%.

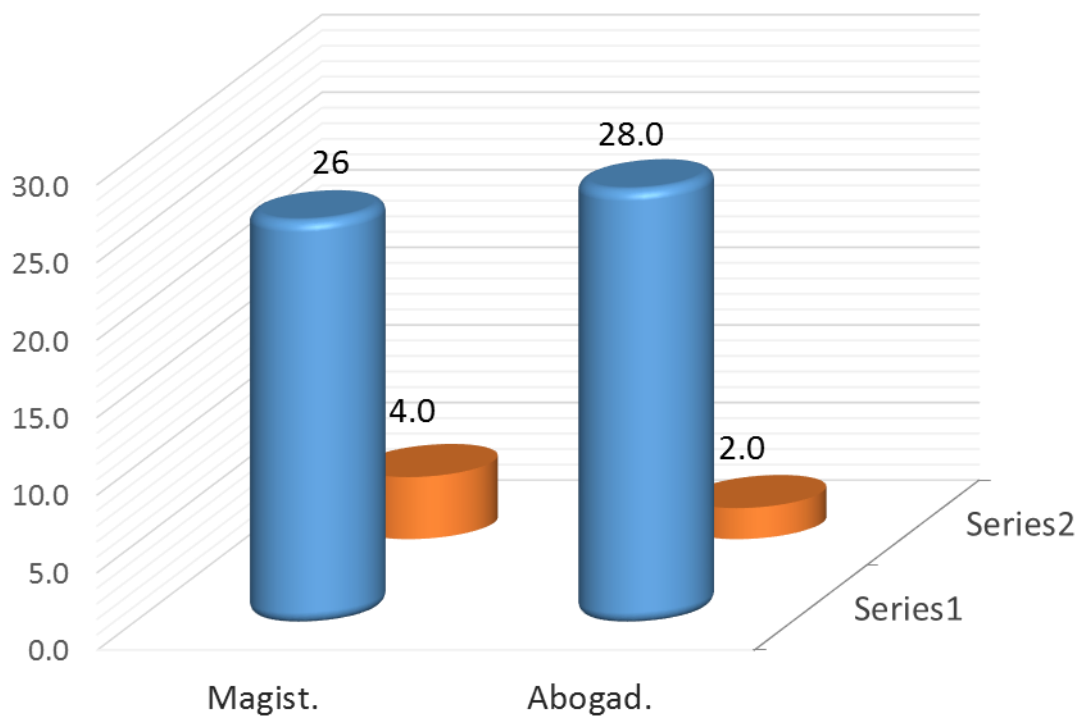
En el Gráfico 6, de los 30 Magistrados encuestados, 15 de ellos, que representan el 50%, responden que ante el incumplimiento de un contrato realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, se puede materializar también el delito de Estafa cuando el engaño se manifiesta “*subsequens*” (en forma posterior) a la celebración del contrato, respondiendo de forma contraria, el mismo número de magistrados; mientras que de los 30 Abogados encuestados, tan solo 12 de ellos, que representan el 40%, responden que ante el incumplimiento de un contrato realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, se puede materializar también el delito de Estafa cuando el engaño se manifiesta “*subsequens*” (en forma posterior) a la celebración del contrato, respondiendo de forma contraria, 18 de ellos, que representa el 60%.

En el Gráfico 7, de los 30 Magistrados encuestados, 20 de ellos, que representan el 66.7%, responden que se puede conocer el engaño “*in contrahendo*” de parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, mediante hechos objetivos que revelen la verdadera intención de no cumplir con las obligaciones contractuales asumidas, respondiendo en forma contraria, 10, que representa el 33.3%; mientras que de los 30 Abogados

encuestados, 24 de ellos, que representan el 80%, responden en igual sentido, es decir, que se puede conocer el engaño “*in contrahendo*” de parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, mediante hechos objetivos que revelen la verdadera intención de no cumplir con las obligaciones contractuales asumidas, respondiendo de forma contraria, 6, que representa el 20%.

En el Gráfico 8, de los 30 Magistrados encuestados, 24 de ellos, que representan el 80%, responden que la contratación de un seguro obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad, respondiendo de forma contraria, 6, que representa el 20%; mientras que de los 30 Abogados encuestados, 22 de ellos, que representan el 73.3%, responden en igual sentido, es decir, que la contratación de un seguro obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad, respondiendo de forma contraria, 8, que representa el 26.3%.

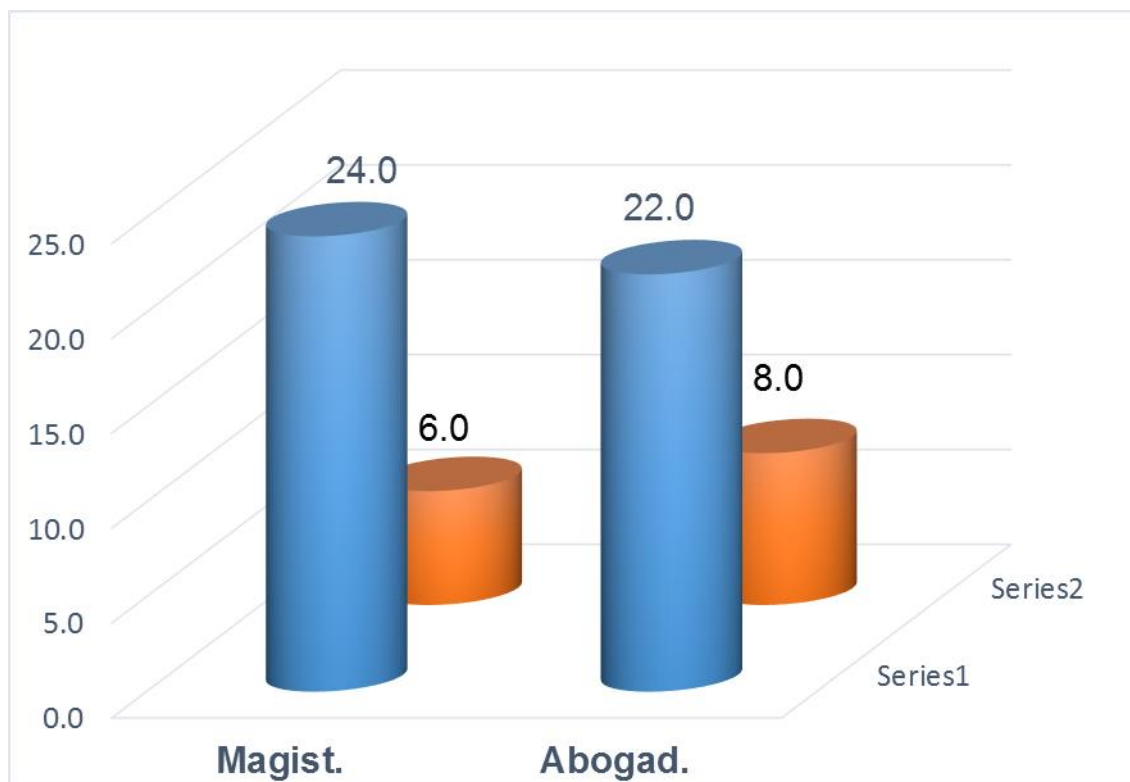
1.- ¿Cree usted que el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles?



	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	26	28	54
NO	4	2	6
TOTAL	30	30	

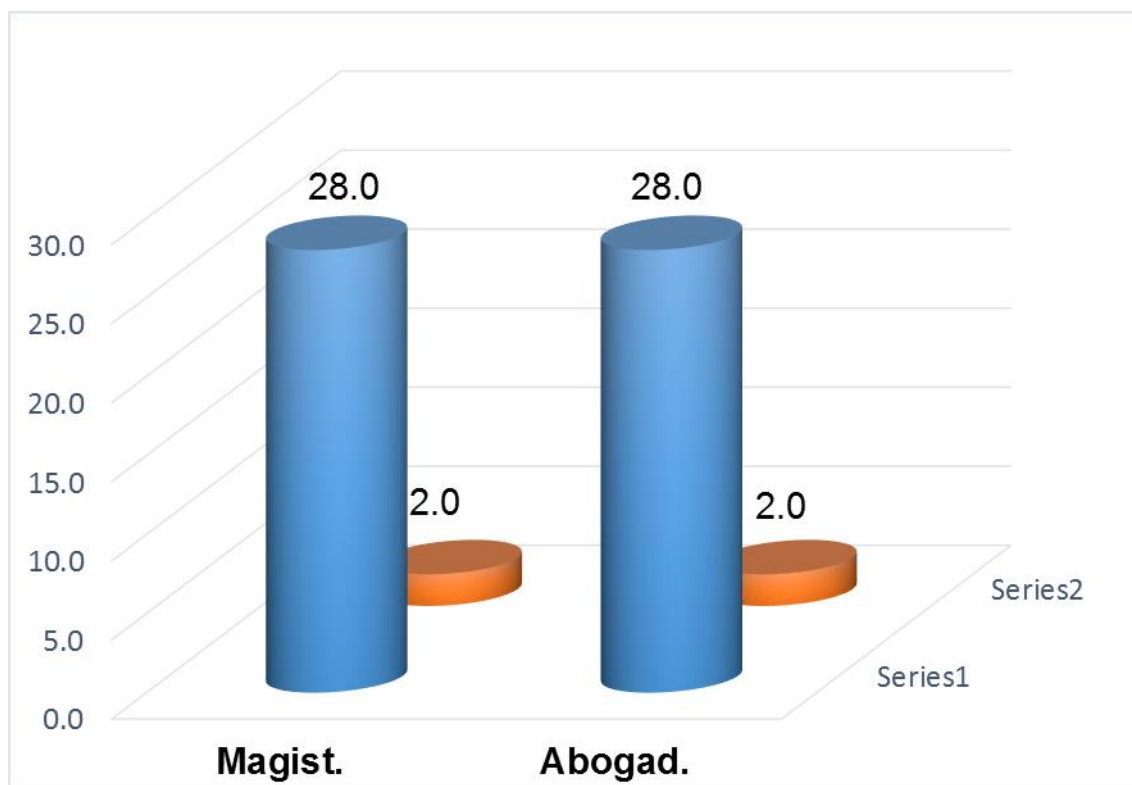


2.- ¿Cree usted que en la mayoría de los casos de incumplimiento contractual estaríamos ante un ilícito civil?



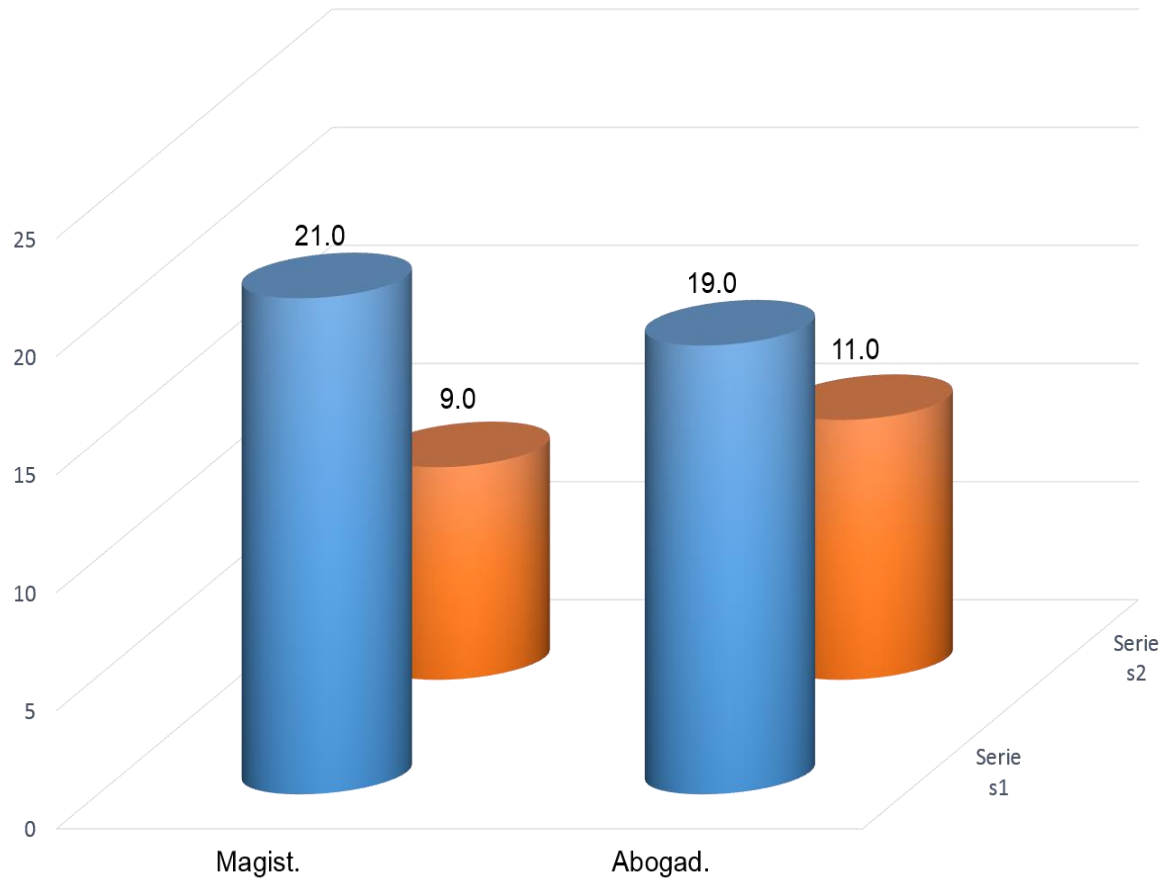
	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	24	22	46
NO	6	8	14
TOTAL	30	30	

3.- ¿Cree usted que para la configuración del delito de Estafa, es necesario que la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, debe preceder al provecho ilícito y al daño?



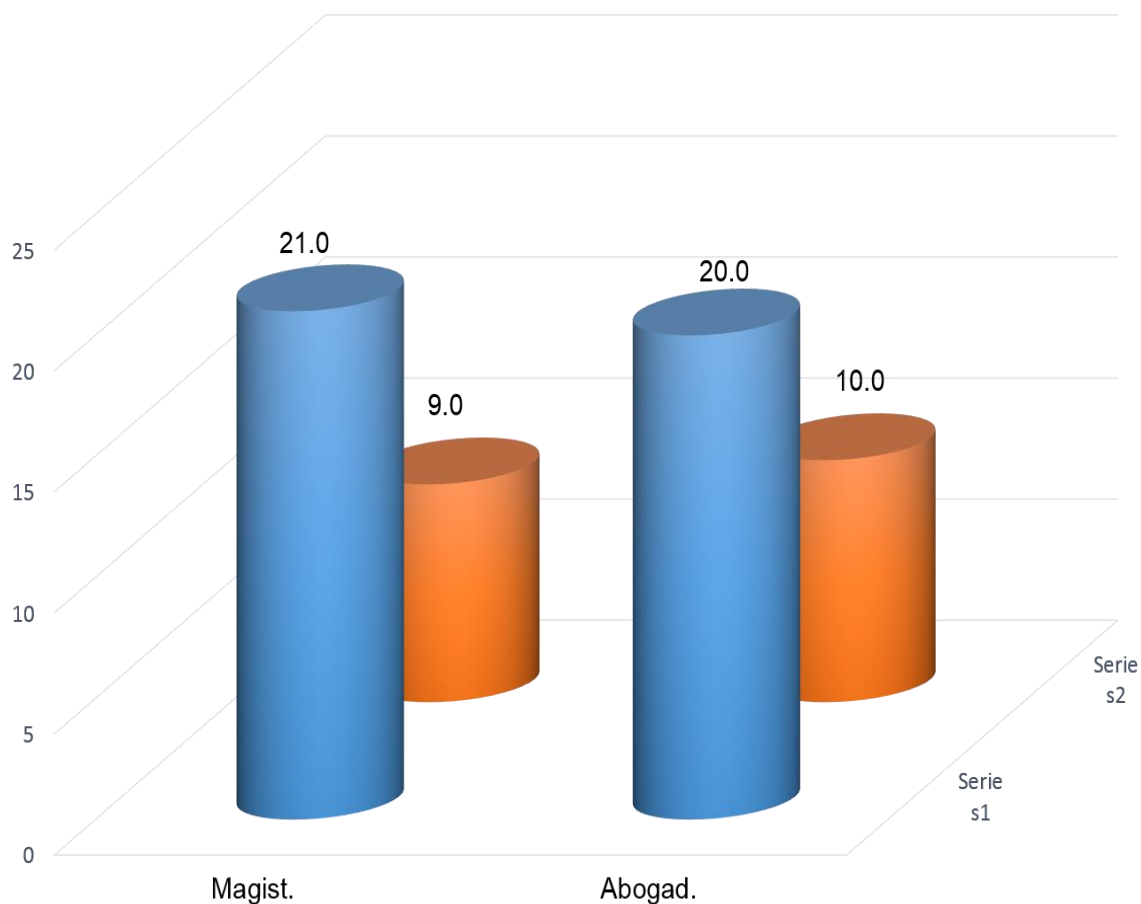
	Magistrado	Abogado	Total
SI	28	28	56
NO	2	2	4
TOTAL	30	30	

4.- ¿Cree usted que la diferencia entre el Dolo Penal (que puede dar origen al delito de Estafa) y el Dolo Civil, en el caso de incumplimiento de contrato, se encuentra en el momento inicial de la aparición del elemento del dolo, representado por la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta?



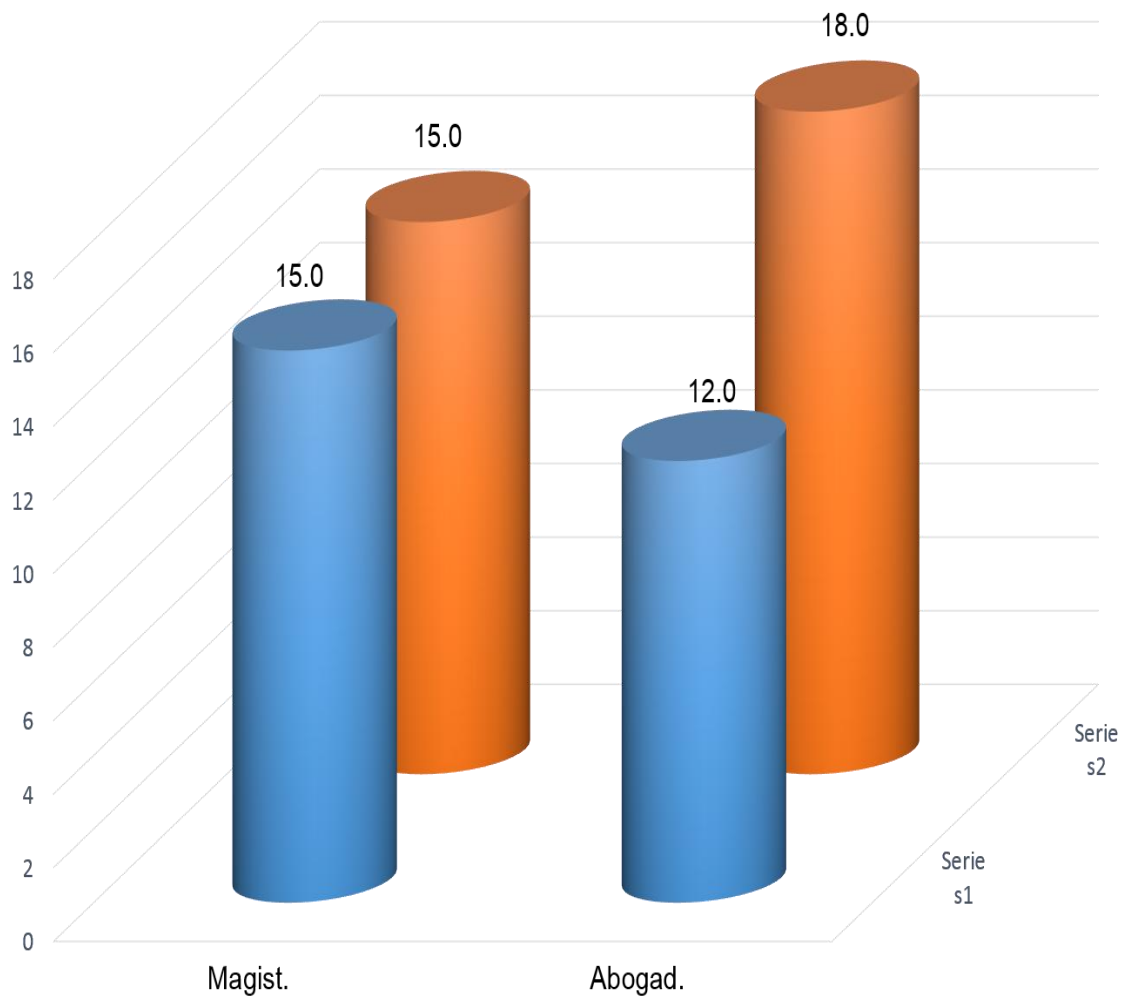
	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	21	19	40
NO	9	11	20
TOTAL	30	30	

5.- ¿Cree usted que para que se configure el delito de Estafa realizado por medio de un contrato civil de compraventa de bienes inmuebles futuros, es necesario que el engaño se manifieste antes o durante “*in contrahendo*” a la celebración del contrato?



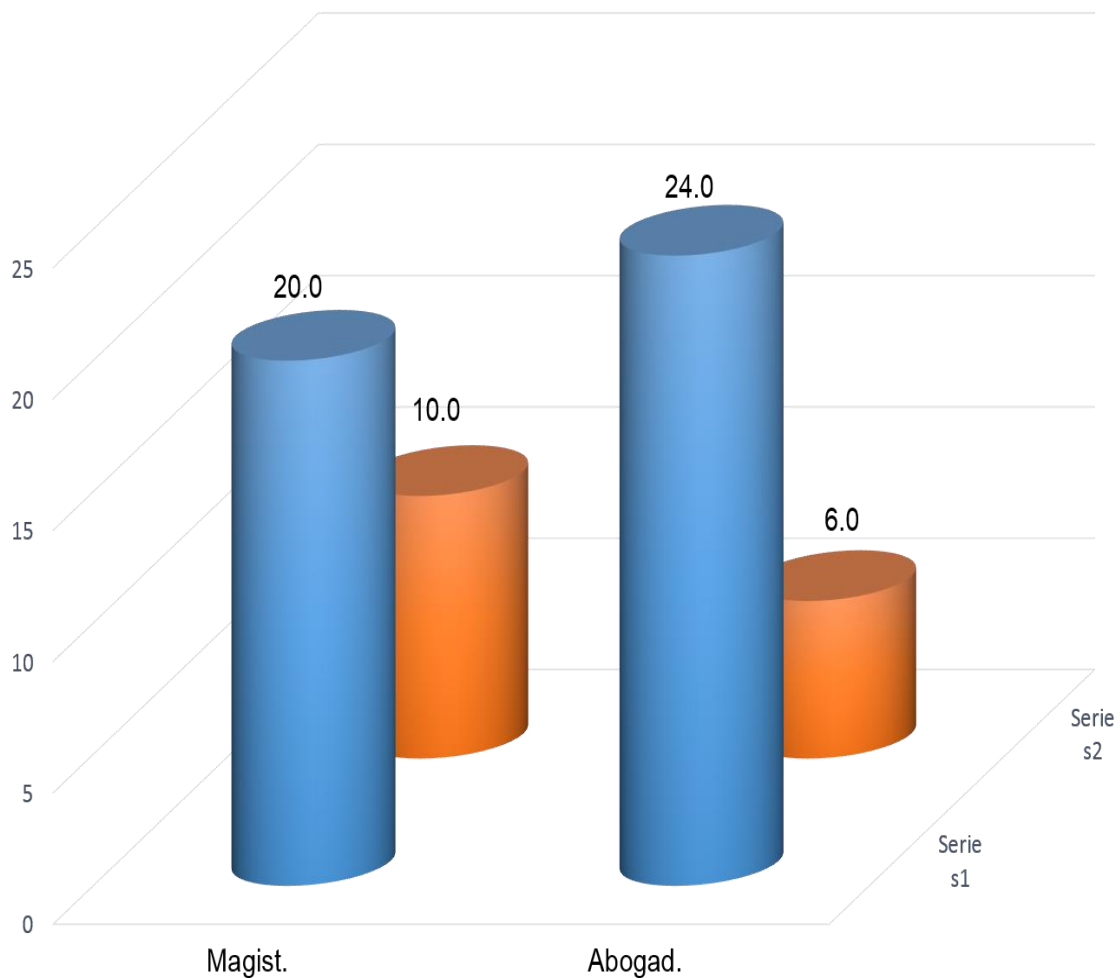
	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	21	20	41
NO	9	10	19
TOTAL	30	30	

6.- ¿Cree usted que ante el incumplimiento de un contrato realizado por medio de un contrato civil de compraventa de bienes inmuebles futuros, se puede materializar también el delito de Estafa cuando el engaño se manifiesta “subsequens” (en forma posterior) a la celebración del contrato?



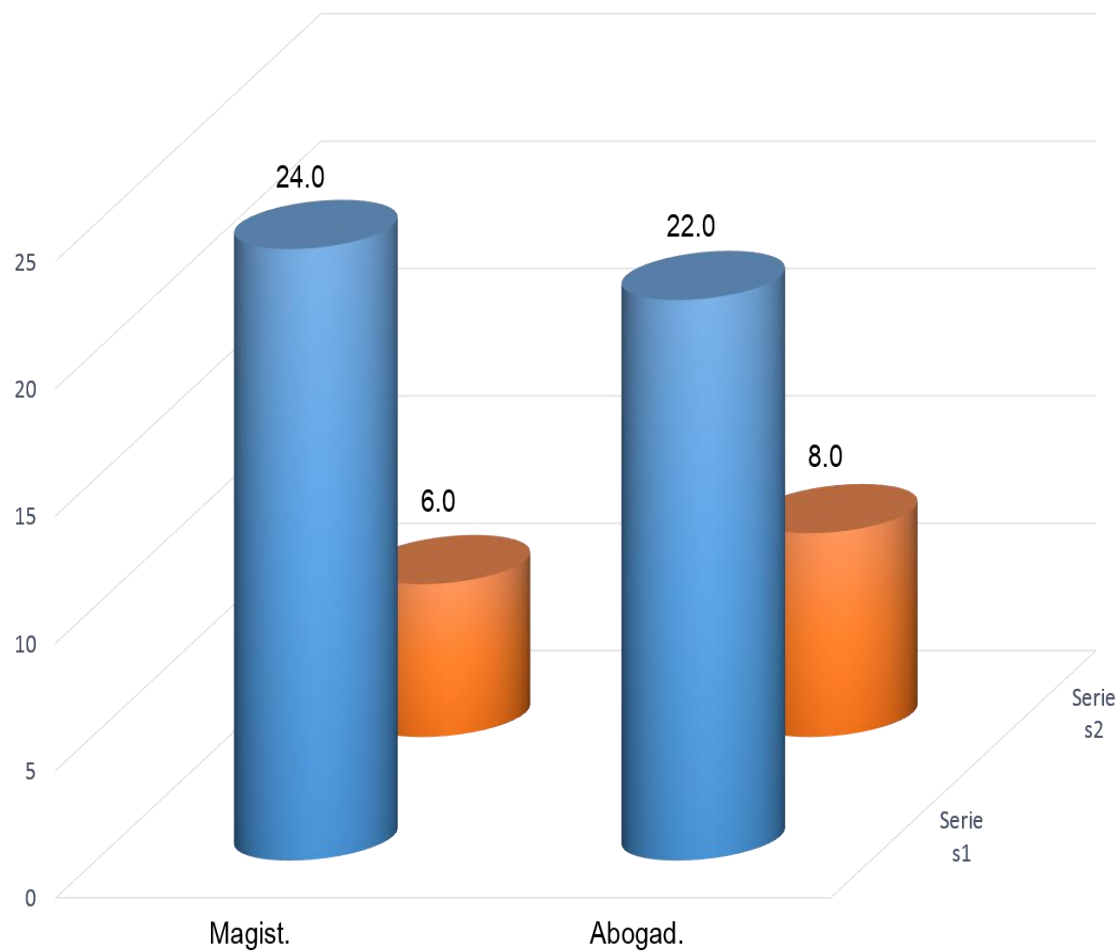
	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	15	12	27
NO	15	18	33
TOTAL	30	30	

7. ¿Cree usted que se puede conocer el engaño “in contrahendo” de parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, mediante hechos objetivos que revelen la verdadera intención de no cumplir con las obligaciones contractuales asumidas?



	Magistrado	Abogado	Total
SI	20	24	44
NO	10	6	16
TOTAL	30	30	

8. ¿Cree usted que la contratación de un seguro obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad?



	<b>Magistrado</b>	<b>Abogado</b>	<b>Total</b>
SI	24	22	46
NO	6	8	14
TOTAL	30	30	

#### 4.2.2. Discusión

En el Gráfico 1, se puede observar que, ante la pregunta: “¿Cree usted que el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles?”, existe consenso mayoritario en afirmar esta pregunta, pues, el 86.7% de los magistrados y el 93.3% de los abogados encuestados, señalan que en efecto el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles; lo que significa que hay una identificación y distinción implícita del dolo penal del dolo civil.

En el Gráfico 2, se observa que ante la pregunta: “¿Cree usted que en la mayoría de los casos de incumplimiento contractual estaríamos ante un ilícito civil?”, el 80% de los magistrados y el 73.3% de los abogados, en efecto, identifican el incumplimiento contractual con el ilícito civil, siendo ésta la razón de porqué cuando se incumple un contrato por lo general se piensa que no estamos ante un delito, sino ante un hecho de carácter netamente civil cuyo ámbito litigioso es civil y no penal.

En el Gráfico 3, se aprecia que, ante la pregunta: “¿Cree usted que para la configuración del delito de Estafa, es necesario que la



inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, debe preceder al provecho ilícito y al daño?”, existe consenso mayoritario en afirmar esta pregunta, pues, el 93.3% de los magistrados y el 93.3% de los abogados encuestados, coinciden al señalar que en efecto el engaño precede al provecho ilícito y al daño, siendo esta la principal característica como se manifiesta el dolo penal.

En el Gráfico 4, se observa que ante la pregunta: “¿Cree usted que la diferencia entre el Dolo Penal (que puede dar origen al delito de Estafa) y el Dolo Civil, en el caso de incumplimiento de contrato, se encuentra en el momento inicial de la aparición del elemento del dolo, representado por la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta?”, existe consenso mayoritario en afirmar esta pregunta, pues, el 70% de los magistrados y el 63.3% de los abogados encuestados, en efecto, piensan de que la diferencia entre el dolo penal y el dolo civil se encuentra en la exteriorización del engaño que tiene que darse al momento que se plasma el contrato.

En el Gráfico 5, se aprecia que ante la pregunta: “¿Cree usted que para que se configure el delito de Estafa realizado por medio de un contrato civil de compraventa de bienes inmuebles futuros, es necesario que el engaño se manifieste antes o durante “*in contrahendo*” a la

celebración del contrato?”, existe consenso en afirmar esta pregunta, pues, el 70% de los magistrados y el 66.7% de los abogados encuestados, en efecto, piensan que en este tipo de contratos -como en todo tipo de contrato-, es necesario que el engaño se manifieste antes o durante “*in contrahendo*” a la celebración del contrato; porque si el engaño se manifiesta en forma posterior a la firma del contrato, entonces estaríamos ante la expresión del dolo civil: un incumplimiento contractual.

En el Gráfico 6, se advierte que ante la pregunta: “¿Cree usted que ante el incumplimiento de un contrato realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, se puede materializar también el delito de Estafa cuando el engaño se manifiesta “*subsequens*” (en forma posterior) a la celebración del contrato?”, al respecto, existe una opinión dividida, pues, el 50% de los magistrados afirman que si se puede dar esta posibilidad, es decir, que la estafa se puede configurar en forma posterior a la suscripción del contrato; mientras que en el caso de los abogados, la situación es un poco diferente, porque el 60% responden que no se puede configurar el delito de Estafa en forma posterior a la suscripción del contrato. Como vemos, existe aún cierta confusión en determinar el momento de la

configuración del dolo penal, confusión que es mayor en el caso de los magistrados.

En el Gráfico 7, se aprecia que ante la pregunta: “¿Cree usted que se puede conocer el engaño “*in contrahendo*” de parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, mediante hechos objetivos que revelen la verdadera intención de no cumplir con las obligaciones contractuales asumidas?”, existe consenso mayoritario en afirmar esta pregunta, pues, el 66.7% de los magistrados y el 80% de los abogados encuestados, señalan que en efecto, existen hechos objetivos que pueden revelar las intenciones de la empresa promotora de no cumplir con sus obligaciones, al momento de la suscripción del contrato, lo que revelaría el engaño, y por tanto el dolo penal.

En el Gráfico 8, se advierte que ante la pregunta: “¿Cree usted que la contratación de un seguro obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad?”, existe consenso mayoritario en afirmar esta pregunta, pues, el 80% de los magistrados y el 73.3% de los abogados encuestados, en efecto, señalan que la contratación de un seguro

obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad, dado que en primer lugar, ello implica un grado de formalidad mayor al identificar plenamente a los empresarios responsables; en segundo lugar, implica un costo económico que cualquier persona no está dispuesto a pagar, a menos que su negocio sea en verdad lícito.

#### **4.3. CONCLUSIONES**

Con las respuestas a las preguntas tres y cuatro de la encuesta, probamos que el delito de Estafa se configura ante el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de parte de la empresa promotora, en la venta de bienes inmuebles futuros.

Con la respuesta a la pregunta número ocho de la encuesta, probamos que la contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del dinero adelantado.

Con la respuesta a la pregunta siete de la encuesta, probamos que la falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora, a través de una serie de hechos objetivos reveladores, que se manifiesta a título de dolo *antecedens*, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

#### **4.4. RECOMENDACIONES**

- **Primera Recomendación:**

Se recomienda modificar el actual artículo 1534° del Código Civil, que establece lo siguiente:

“Art. 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.”

Por la siguiente fórmula legal:

“Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el comprador se obliga a pagar el precio pactado cuando el bien llegue a existir con la calidad y cuantía convenidas. Si el bien no llegara a existir con estas características el contrato es ineficaz.”

De esta forma, el comprador tendría mayores garantías en cuanto al perfeccionamiento de la compra venta sujeta a condición, pues si el contrato no se cumple en los términos pactados, sería ineficaz.

- **Segunda Recomendación:**

Se recomienda implementar la contratación de una póliza de seguro, obligando a las empresas promotoras de viviendas a contratar un seguro con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades entregadas como adelanto, por parte de los que adquieren las viviendas. De esta forma, si las empresas promotoras de viviendas se apropian de las cantidades de dinero dadas en adelanto, o las destinan para un propósito diferente, no entregando la vivienda ni devolviendo las cantidades percibidas anticipadamente, entonces, el promotor tendría la obligación legal de garantizar la devolución de dichas cantidades, dado que la ley le obligaría a ingresarlas en una cuenta especial, y le prohibiría disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establecería la normativa legal.

- **Tercera Recomendación:**

Se recomienda la reforma legislativa y la dación de una causal más al artículo 104 de la ley General del Sistema Financiero y del Sistema de

Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros 26702, en el cual se puede dar la intervención a las Empresas inmobiliarias. Este artículo constituye lo siguiente:

“Artículo 104.- **CAUSALES DE INTERVENCIÓN**

Son causales de intervención de una empresa de los sistemas financieros o de seguros:

- 1.- La suspensión del pago de sus obligaciones;
- 2.- Incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en plan de recuperación convenido o con dispuesto por la Superintendencia de acuerdo a lo establecido en el Título V de la presente sección;
- 3.- En el caso de empresas del sistema financiero, cuando el patrimonio efectivo sea menos del requerido en el primer párrafo del artículo 199;

Se incorporara esta nueva causal:

**4.- En el caso de Empresas Capitalización Inmobiliarias, cuando al momento de celebrar un contrato de compraventa de bien a futuro, el agente inmobiliario o vendedor no otorgue una póliza de seguro al comprador, con la finalidad de garantizar la devolución de cantidades por adelantado, en el caso de no cumplir con la**

**entrega del bien pactado u otros que dañen al comprador  
económicamente”.**



#### 4.5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aguilera Silván, F. (2011). Recuperado el 12 de diciembre de 2017. *El objeto como elemento esencial del contrato.* En:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4648-el-objeto-como-elemento-esencial-del-contrato/>

Arias Schereibert Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.*

*Tomo II. Contratos Nominados.* Lima: Gaceta Jurídica.

Cabanellas, Guillermo (1993). *Diccionario Jurídico Elemental.* Buenos Aires:

Heliasta.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 325-2014-

Lima, de fecha 12-03-2015.

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N°

2504-2015-Lima, de fecha 07-04-2017.

Daza Pérez, M. (26 de 6 de 2015). *Derecho Público.* Recuperado el 30 de 9 de 2017,

de ¿Existe diferencia entre el dolo penal y civil?:

<https://derechopublicomd.blogspot.pe/2015/06/existe-diferencia-entre-el-dolo-civil-y.html>

Galindo Garfias, I. (21 de 6 de 2015). *Dolo Civil en Mexico.* Recuperado el 2 de 12

de 2017, de Definición y Carácteres de Dolo Civil en Derecho Mexicano

Concepto de Dolo Civil que proporciona el Diccionario Jurídico [...]:

<http://mexico.leyderecho.org/dolo-civil/>

Orts Berenguer , E., & González Cussac, J. (2004). *MANUAL DE DERECHO PENAL*. Recuperado el 12 de 09 de 2017, de CONFORME AL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE REPUBLICA DE NICARAGUA DE 2003:  
<http://caj.fiu.edu/espaol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf>

Pilco Garay, R. (4 de 2002). *El Delito de Estafa en la Legislación Peruana*.

Recuperado el 15 de 9 de 2017, de

<http://www.monografias.com/trabajos61/delito-estafa-legislacion-peru/delito-estafa-legislacion-peru2.shtml>

Vásquez & Apraiz y Asociados. (2015). *Delito de estafa inmobiliaria*. Recuperado el

15 de 9 de 2017, de Delito contra la estafa inmobiliaria:

<http://www.tuabogadodefensor.com/delito-estafa-inmobiliaria/#>,  
España,2015.

Alumnos UG 136 Ucasal. (18 de 11 de 2007). *Derecho Penal Parte General*.

Recuperado el 14 de 09 de 2017, de <http://penal-general.blogspot.pe/2007/11/unidad-13.html>

Arias Schreiber Pezet , M. (1984). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. San Jerónimo.

- Ayllón Valdivia , C. (2011). *Curso Contratos Especiales*. Recuperado el 1 de 9 de 2015, de <https://www.yumpu.com/es/document/view/14329624/guia-3/2-1>  
Copyright 2011Derechos Reservados
- Balmaceda-Hoyos, G. (16 de 8 de 2011). *El delito de estafa: una necesaria norvatización de sus elemntos típicos*. Recuperado el 15 de 8 de 2017, de <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v13n2/v13n2a07.pdf>
- Balmaceda Hoyos, G. (2010). Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena? En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, pp. 351-380
- Castillo Freyre, M. (1 de 1 de 1995). *El Bien materia de Compraventa, el estudio del capítulo 2do del contrato de compraventa en el código civil*. (D. S.A., Editor)  
Recuperado el 7 de 12 de 2017, de Biblioteca para leer el código civil Vol XIII, Pontificia Universidad Católica del Perú:  
[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdf/publicaciones/catalogo/el\\_bien\\_materia.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdf/publicaciones/catalogo/el_bien_materia.pdf)
- Choclán Montalvo, J. (2000). *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch.
- Código Civil Comentado. (1 de 5 de 2007). *Gaceta Jurídica*, VIII.
- De La Puente y LaValle, M. (2007). *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (2da ed., Vol. II). Lima: Palestra Editores SAC.
- De La Puente y LaValle, M. (2007). *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (2da ed., Vol. II). Lima: Palestra Editores SAC.

De la Puente y Lavalle, M. (1993). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Primera parte*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Decreto Ley N° 12760, C. C. (6 de 8 de 1975). Lima, Perú. Obtenido de [http://spij.minjus.gob.pe/graficos/legcomp/sudamerica/bolivia/codigo\\_civil.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/graficos/legcomp/sudamerica/bolivia/codigo_civil.pdf).

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. *Revista Derecho*, Vol. 21, N° 1, pp. 7-35.

*Dudas Legislativas.com*. (2017). Recuperado el 14 de 09 de 2017, de Elementos, clases y tipos de dolo: <http://dudaslegislativas.com/elementos-clases-y-tipos-de-dolo/>

Espinoza Espinoza, J. (2012). *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Vol. 3ra edición). Lima: Rhodas.

Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III. (reimp. de la 3° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2010.

Fernández Vilchez, R. (2010). Delito de estafa, negocios jurídicos criminalizados. *La Gaceta Jurídica*.

Galindo Garfias, Ignacio (1970). Dolo civil. Recuperado de: [www.méxico.leyderecho.org/dolo-civil/](http://www.méxico.leyderecho.org/dolo-civil/)

García Caveró, P. (2010). "La aplicación de trabajo tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima", en

nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial. Lima, Perú:  
juristas Editores.

García Pérez, M. (16 de 05 de 2005). *Portal Mayores*. Recuperado el 08 de 08 de  
2017, de Informes Portal mayores, Numero 33, El Contrato de compraventa:  
<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/garcia-compraventa-01.pdf>

Hava García, E. (11 de 11 de 2012). *El dolo: concepto, elemento y clases*. Recuperado  
el 15 de 09 de 2017, de <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>

Jescheck, Hans-Heinrich (1979). *Tratado de derecho penal. Parte general*. BOSCH;  
Barcelona.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). *Edición Homenaje Jorge Mosset Iturraspe*.  
Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

Lohamnn, J. (1986). *El negocio jurídico*. Lima: Studium.

López Barja de Quiroga, J. (2010). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*.  
Navarra, Editorial Aranzadi / Civitas.

Mantilla Nougues, M. y Rodriguez Pinzon, J. (1999). *Compendio de derecho  
penal. Parte general*. LEYER; Santa Fe de Bogotá.

Matos Barzola, A. E. (7 de 01 de 2010). *Derecho Perú*. Recuperado el 18 de 06 de  
2017, de Definición de Contrato:  
<https://derechoperu.wordpress.com/2010/01/07/definicion-de-contrato/>

Montenegro Monteza, F. (2015). ¿Cuándo existe el inmueble? Apuntes sobre la existencia del bien en un contrato inmobiliario de compra venta de bien futuro. En: Revista Círculo de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.187-198.

Muñoz Conde, F. (2001). Derecho Penal. Parte Especial. 13ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

Ninamango A., C. (17 de 04 de 2012). Derecho Penal 1.

Northcote Sandoval, C. (15 de 9 de 2012). *El contrato de compraventa de bienes*.

Recuperado el 06 de 12 de 2017, de VIII área de derecho empresarial:

[http://aempresarial.com/servicios/revista/263\\_41\\_WKVZAUFUAAOILLKPI MAJRTWTLXIDDVZNQYNLEILFWUQHFFQRF.pdf](http://aempresarial.com/servicios/revista/263_41_WKVZAUFUAAOILLKPI MAJRTWTLXIDDVZNQYNLEILFWUQHFFQRF.pdf)

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra Editores.

Osterling P. F. Comentario del artículo 1318. Cfr. La siguiente página electrónica:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf>

Peña Gonzales, O., & Almanza Altamirano, F. (2 de 2 de 2010). *Teoría del Delito"*

*Manual Práctico para la aplicación en la Teoría del Caso"*. Recuperado el

2017 de 9 de 29, de <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/libro-teoria-del-delito-oscar-pena.pdf>

- Romero, L. (2002). *Derecho de los contratos en el Código Civil Peruano. Tomo I. Teoría General de los Contratos*. Lima: Editora FECAT.
- Rogel, Carlos (2013). *El precio en la compra venta y su determinación*. Madrid: Editorial Reus.
- Romero, L. (2002). *Derecho de los contratos en el Código Civil Peruano. Tomo I. Teoría general de los contratos*. Lima: FECAT.
- Romero, L. (2003). *Derecho de los contratos en el Código Civil Peruano. Tomo III. Teoría general de los contratos*. Lima: FECAT.
- Rubio Correa, M. (2001). *Nulidad y Anulabilidad: La invalidez del Acto Jurídico* (2da ed., Vol. IX). Lima: Fondo Editores de PUCP. Recuperado el 1 de 3 de 2017
- Rives Seva, A. (2013). El delito de Estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. En: [https://porticolegal.economista.es/pa\\_articulo.php?ref=407](https://porticolegal.economista.es/pa_articulo.php?ref=407)
- Salinas, R. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (4ta edición ed., Vol. II). Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2015). *Delitos contra el Patrimonio* (4ta ed., Vol. I). Lima: Instituto Pacifico.
- Salinas, R. (2015). *Delitos contra el patrimonio* (Vol. 5ta. edición). Lima: Instituto Pacifico.
- Sentencia Tribunal Supremo Española 865-2014 (Española 04 de 03 de 2014).

- Sevilla Cacéres, F. (05 de 05 de 2017). *Mundojuridico.info*. Recuperado el 07 de 08 de 2017, de Los Elementos de la Estafa: <http://www.mundojuridico.info/los-elementos-del-delito-de-estafa/>
- Soler, Sebastián (1992). *Derecho penal argentino*. Tomo I. Editorial TEA; Buenos Aires.
- Soto Álvarez, C. (2005). *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*. México: Editorial Limusa.
- Torres Méndez, M. (2007). *Compraventa de bien futuro general. Compraventa de bien futuro conmutativa aleatoria. Compraventa de esperanza incierta*. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VIII (2ª ed). Lima; Gaceta Jurídica.
- Velasquez de Greiff, V., Guerrero, L., & Gastelbondo, M. (20 de 2 de 2016). *crated Using Pow Toom*. Recuperado el 07 de 12 de 2017, de Contrato de Compraventa, Universidad La Sabana: <https://www.youtube.com/watch?v=MI8vBFbK65M>
- Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manuel de derecho penal. Parte general*. Editorial Temis, Bogotá.
- Zamora-Pierce, J. (1992). *El fraude contractual (recopilación y comentarios de textos)*. En: *Revista Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*; N° 21; Universidad Nacional Autónoma de México; pp. 511-539.



Zielinski, D. (1990). *Dolo e imprudencia. Comentarios a los arts. 15 y 16 del Código*

*Penal Aleman* (Vol. 2do). (J. L. Palma, Ed., & M. A. Sancinetti, Trad.)

Buenos Aires: Hamurabi. Recuperado el 01 de 10 de 2016.

- **ANEXOS:**

**ANEXO 1: ENCUESTA**

La presente encuesta tiene por objeto conocer su opinión respecto al tema “El delito de Estafa y su relación con el incumplimiento contractual de la promotora en la compra –venta de bienes inmuebles futuros”.

En ese sentido se le solicita que examine las siguientes preguntas y marque con un aspa (x) únicamente la respuesta que considere correcta.

Abogado ( ) Magistrado ( )

1.- ¿Cree usted que el delito de Estafa también puede realizarse por medio de contratos civiles?

Sí ( ) No ( )

2.- ¿Cree usted que en la mayoría de los casos de incumplimiento contractual estaríamos ante un ilícito civil?

Sí ( ) No ( )

3.- ¿Cree usted que para la configuración del delito de Estafa, es necesario que la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, debe preceder al provecho ilícito y al daño?

Sí ( ) No ( )

4.- ¿Cree usted que la diferencia entre el Dolo Penal (que puede dar origen al delito de Estafa) y el Dolo Civil, en el caso de incumplimiento

de contrato, se encuentra en el momento inicial de la aparición del elemento del dolo, representado por la inducción en error a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta?

Sí ( ) No ( )

5. ¿Cree usted que para que se configure el delito de Estafa realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, es necesario que el engaño se manifieste antes o durante “*in contrahendo*” a la celebración del contrato?

Sí ( ) No ( )

6.- ¿Cree usted que ante el incumplimiento de un contrato realizado por medio de un contrato civil de compra-venta de bienes inmuebles futuros, se puede materializar también el delito de Estafa cuando el engaño se manifiesta “*subsequens*” (en forma posterior) a la celebración del contrato?

Sí ( ) No ( )

7. ¿Cree usted que se puede conocer el engaño “*in contrahendo*” de parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, mediante hechos objetivos que revelen la verdadera intención de no cumplir con las obligaciones contractuales asumidas?

Sí ( ) No ( )

8. ¿Cree usted que la contratación de un seguro obligatorio por parte de la empresa promotora que se dedica a la venta de bienes inmuebles futuros, puede incidir favorablemente en la disminución del delito de Estafa a través de esta modalidad?

Sí ( ) No ( )

## ANEXO 2: MATRIZ DE CONSISTENCIA

“El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo *antecedens* de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros”, año 2016, Lima.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOS Y TECNICAS
<p><b>PROBLEMA PRINCIPAL</b></p> <p>¿El delito de Estafa se configuraría ante el incumplimiento contractual con dolo <i>antecedens</i> de la promotora en la venta de bienes inmuebles futuros?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS</b></p> <p>- ¿La contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del dinero adelantado?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL:</b></p> <p>Determinar si el delito de Estafa se configuraría ante el incumplimiento contractual con dolo <i>antecedens</i> de la promotora en la venta de bienes inmuebles futuros.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <p>- Evaluar si la contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la devolución del</p>	<p><b>HIPÓTESIS PRINCIPAL</b></p> <p>El delito de Estafa se configura ante el incumplimiento contractual con dolo <i>antecedens</i> de parte de la empresa promotora, en la venta de bienes inmuebles futuros.</p> <p><b>HIPÓTESIS SECUNDARIAS</b></p> <p>- La contratación fraudulenta de bienes inmuebles futuros se ve estimulada ante la ausencia de una póliza de seguro de las empresas promotoras que garantice la</p>	<p style="text-align: center;"><b>VARIABLES</b></p> <p>- <b>Variable Independiente:</b></p> <p>El delito de Estafa</p> <p>- <b>Variable Dependiente:</b></p> <p>El incumplimiento contractual con dolo <i>antecedens</i> de parte de la empresa promotora en la venta de bienes inmuebles futuros.</p>	<p style="text-align: center;"><b>INVESTIGACIÓN:</b></p> <p>- <b>Diseño de la presente Investigación:</b></p> <p>Es un estudio descriptivo y correlacional. Es descriptivo porque describe los datos y características de la población o fenómeno de estudio. Es correlacional porque establece el grado de relación no causal existente entre dos o más variables. Primero se miden las variables, luego mediante pruebas de hipótesis correlacionales y la aplicación de técnicas</p>

<p>-¿La falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo <i>antecedens</i>, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado?</p>	<p>dinero adelantado. - Analizar si la falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo <i>antecedens</i>, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.</p>	<p>devolución del dinero adelantado.  - La falta de voluntad de cumplir con la contraprestación de parte de la empresa promotora que se manifiesta a título de dolo <i>antecedens</i>, permite configurar el delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.</p>	<p>estadísticas, se estima la correlación. Asimismo, es no experimental y transversal. Es no experimental porque no se manipula la variable independiente con algún experimento. Es transversal porque la toma de datos se ha recogido en un lapso específico de tiempo.</p> <p>-Técnicas e Instrumentos: - Técnica: Se utiliza la encuesta y el análisis documental.</p> <p>- Instrumento: Se utiliza el cuestionario.</p>
---	--	--	---