

CRÉDITOS FRAUDULENTOS: ¿NUEVA MODALIDAD DE ESTAFA A ENTIDADES FINANCIERAS?¹

Juan Diego Ugaz Heudebert

Sumilla: I. Introducción. II. Problemas de tipificación en casos de levantamiento ilegal de garantías. III. El delito de alzamiento de bienes. IV. Propuesta de *lege ferenda*. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en el Perú se ha incrementado la proliferación de organizaciones criminales que operan de manera violenta en distintas ciudades del país. Sin embargo, no todas actúan de esta forma, pues existen algunas que utilizan el derecho como instrumento para obtener beneficios ilícitos intentando revestir de legalidad sus actividades delictivas. Estamos así ante mafias destinadas a cometer los denominados «delitos de cuello blanco», en los cuales incluso participan abogados que aprovechan vacíos legales para defraudar a instituciones financieras y personas naturales, coludiéndose con notarios, fiscales, jueces y hasta medios de prensa.

1 Artículo preparado con la colaboración de Xaviera Brandon Velasco, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Una de las principales modalidades delictivas de estas organizaciones consiste en captar personas que se encuentran en una precaria situación económica y legal al haber solicitado créditos a instituciones financieras que no han podido pagar. Hay que tener en cuenta que resulta común que una institución financiera solicite a su potencial cliente el otorgamiento a su favor de una garantía respaldada por un bien inmueble para que, en caso no se cumpla con el pago del crédito, esta pueda cobrar la deuda impaga con dicha garantía.

En ese sentido, en caso el cliente no cumpla con el pago de su acreencia, el banco procederá a iniciarle un proceso civil de ejecución de garantía a fin de adjudicarse el bien inmueble hipotecado en su favor. Es en este momento que estas organizaciones criminales aparecen como salvadoras de estas personas, a quienes ofrecen soluciones legales para poder evitar que el banco pueda adjudicarse sus bienes.

Dentro de toda la gama de supuestas soluciones legales que estas ofrecen, aparece una que llama poderosamente la atención debido a las dificultades que existen para poder encuadrarla dentro de algún tipo penal. Como hemos mencionado, todo comienza cuando una persona natural o jurídica acude a una entidad financiera a fin de solicitar un crédito que será respaldado con una garantía hipotecaria, crédito que finalmente no es pagado.

Posteriormente y antes de que el inmueble sea rematado por la institución financiera, los deudores acuden a estos criminales a fin de evitar la adjudicación de su bien por parte de la institución financiera. La intervención de la mafia se inicia con la creación de una deuda entre el deudor del banco y un tercero, la misma que será honrada con el inmueble hipotecado a favor de la institución financiera.

En principio, la creación de esta deuda y su posterior pago no debería generar perjuicio alguno para la institución financiera, toda vez que, conforme a lo señalado por el artículo 1097 del CC peruano, la hipoteca va a seguir recayendo sobre el inmueble más allá de que este sea trasferido a un tercero.

Sin embargo y pese a lo antes señalado, estas organizaciones criminales han encontrado la manera de levantar la hipoteca constituida en favor de la institución financiera para evitar que el bien sea ejecutado. Tenemos así que, con la finalidad de poder levantar la garantía sobre el bien, estas mafias se encargan de que el tercero —a quien el deudor del banco le transfiere el inmueble para pagar una supuesta deuda— se encuentre ante un proceso de liquidación ante Indecopi.

Hay que tener en cuenta, además, que el proceso de liquidación del tercero al que se transfiere el inmueble siempre va a estar a cargo de una de las empresas liquidadoras controladas por estas organizaciones criminales. Esta situación permite que la mafia —a través de su entidad liquidadora— pueda decidir con respecto al futuro de los bienes de la persona que se encuentra sometida al proceso

de liquidación, la misma que ya ha ingresado a su masa concursal el inmueble previamente hipotecado a favor de la entidad financiera.

Pues bien, una vez ingresado dicho inmueble hipotecado a la masa concursal del tercero al que se transfiere el bien, la entidad liquidadora procede a venderlo nuevamente a otra persona natural o jurídica. En teoría y conforme a lo antes expuesto, la hipoteca de la institución financiera debería permanecer gravada en el inmueble pese a que este vuelva a ser trasferido. No obstante, estas organizaciones criminales sacan provecho de la «Ley general del sistema concursal» (ley 27809) a fin de poder levantar la hipoteca que hasta ese momento se encuentra inscrita en favor de la institución financiera.

Este respaldo jurídico se encuentra con la aplicación del artículo 83.2.g² de la mencionada ley, según el cual el liquidador tiene la facultad de solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesan sobre los bienes del deudor. Asimismo, las organizaciones criminales invocan también lo señalado por el artículo 85.1³ de la misma norma, el mismo que señala que la transferencia de cualquier bien del deudor, por parte del liquidador, generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien.

Resulta claro que las normas antes citadas fueron creadas con la finalidad de que la entidad liquidadora pueda vender los bienes que forman parte de la masa concursal de la persona sometida al proceso de liquidación a fin de pagar a sus acreedores. Sin embargo, la actuación de las entidades liquidadoras que forman parte de una organización criminal se aparta totalmente de la *ratio legis* de las normas mencionadas. Toda vez que en los casos en que participan las referidas entidades liquidadoras fraudulentas no existen acreedores de la persona que representan, debido a que todo el procedimiento concursal es simulado. Con ello, el dinero que se obtiene de la venta del inmueble a un tercero de buena fe es repartido

2 Son atribuciones y facultades del liquidador: «[...] Solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78».

3 La transferencia de cualquier bien del deudor, por parte del liquidador, generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien. El registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. «En tal supuesto, la persona que efectúe el trámite de levantamiento de las referidas cargas o gravámenes ante cualquier entidad registral a nivel nacional, no está afectada al pago de las tasas o derechos administrativos correspondientes».

entre la mafia y la persona que acudió a ellos para evitar que su bien inmueble sea ejecutado en favor de una institución financiera.

Como se puede ver, una vez culminado el actuar delictivo de la organización criminal, la entidad financiera será gravemente perjudicada debido a que no podrá ejecutar la garantía recaída sobre el inmueble del cliente, al haber sido transferido sin gravamen alguno a un tercero de buena fe.

El presente trabajo consistirá en desarrollar los problemas dogmáticos que entrañan este tipo de conductas para poder ser subsumidos en algún tipo penal, así como las soluciones que se proponen para que este tipo de conductas no queden impunes.

II. PROBLEMAS DE TIPIFICACIÓN EN CASOS DE LEVANTAMIENTO ILEGAL DE GARANTÍAS

A raíz de la creciente actividad de las mafias que utilizan el derecho como mecanismo para cometer actos ilícitos, se ha iniciado una serie de investigaciones y procesos penales por hechos delictivos similares a los descritos en la parte introductoria del presente trabajo.

El problema con estas investigaciones y procesos es que en ellos se ha encuadrado la actuación delictiva antes descrita como un delito de estafa, pese a que a mi entender este tipo de conductas no contienen los elementos objetivos ni subjetivos de dicho tipo penal.

Al respecto, tenemos que el delito de estafa presupone en su vertiente objetiva la concurrencia de cuatro hechos vinculados a título de causa-efecto: (i) el sujeto activo ha de desplegar un engaño; que debe resultar idóneo para (ii) producir en el agraviado una situación de error; a consecuencia del cual este ha de efectuar (iii) una disposición patrimonial; lo que (iv) le representa un perjuicio económico, a la vez que un beneficio para el autor del delito o para un tercero⁴.

En cuanto al elemento subjetivo, este delito es considerado como doloso; vale decir, se requiere la conciencia y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona. Además, se requiere que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro; es decir, con la intención de obtener un beneficio o una ventaja económica⁵.

Es más, en muchos casos la conducta de las organizaciones criminales suele ser denunciada como un delito de estafa en su modalidad de estafa contractual. La acción típica en el delito de estafa contractual consiste en el otorgamiento

4 Véase Quintero Olivares, 1999, pp. 517-521.

5 Bramont-Arias Torres & García Cantizano, 1996, p. 323.

de un contrato a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, sea sin existencia alguna (simulación absoluta), sea con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa). El resultado de la simulación comportará un perjuicio patrimonial al agraviado⁶. Este delito se consuma con el perjuicio causado al sujeto pasivo como consecuencia de la simulación del contrato plasmado en cualquier tipo de documento⁷.

Con respecto al elemento subjetivo de este tipo específico de estafa, hay que decir que es necesaria la presencia del dolo *ab initio*, en cuya virtud el autor es consciente de la imposibilidad material de cumplir los compromisos consignados en el negocio jurídico suscrito o tiene la intención de no cumplirlos, pese a lo cual induce o mantiene en error a la víctima haciéndole creer que ingresa a la relación contractual para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato. Es el llamado dolo precedente que caracteriza a la estafa contractual⁸.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la parte objetiva del delito de estafa, así se trate de una estafa contractual, requiere como primer elemento la presencia de un engaño realizado por el sujeto activo del delito. El engaño consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, que tendrá como consecuencia la inducción al sujeto pasivo de realizar un acto de disposición patrimonial⁹.

Existe a mí entender una problemática para poder determinar el engaño realizado por el sujeto activo del delito en los supuestos de levantamiento ilegal de garantías antes explicados. Es pertinente y relevante precisar en este punto que muchas de las personas que solicitaron los servicios de las organizaciones criminales a fin de que los ayudaran a evitar que sus bienes sean adjudicados por las entidades financieras han declarado ante las autoridades que cuando solicitaron el crédito no tenían la intención de incumplir con el pago de su obligación y que acudieron a las mafias (que ofrecen sus servicios a través de diversos medios de prensa) ante el inminente remate de su bien como consecuencia de un incumplimiento posterior —y no previsto— a la solicitud del crédito.

6 Herrera Moreno, 2011, p. 105.

7 Serrano Gómez & Serrano Maíllo, 2007, p. 430 y ss.

8 La modalidad de estafa contractual como constitutiva del tipo penal del artículo 196 del CP ha sido reconocida por la jurisprudencia peruana. Véase la ejecutoria superior recaída en el expediente 2769-97 (ponente Martínez Maraví), sentencia incluida en Rojas Vargas, 1999, p. 761: «Se encuentra plenamente acreditado que los procesados concertadamente y alternando unos y otros obtuvieron diversos créditos en artefactos en agravio de diversas casas comerciales, premeditando no pagarlos; verificándose por lo tanto la comisión del delito de estafa y responsabilidad penal».

9 González Rus, 2000, p. 432.

Queda claro entonces que estas personas no tuvieron desde un inicio el propósito de defraudar a la institución financiera, toda vez que solicitaron el crédito estando convencidos de que iban a poder cumplir con sus obligaciones. Esta circunstancia hace que sea incorrecto concluir que cuando la persona solicitó el crédito a la institución financiera actuó con engaño. De ser así, el solicitante del crédito debió haber acudido a solicitar el crédito con la firme convicción de incumplir con su obligación, haciéndole creer lo contrario al banco e induciéndolo a error para que le otorgue el crédito (disposición patrimonial). En pocas palabras, estamos en estos casos ante situaciones en las que cualquier ciudadano solicita un crédito que finalmente no puede pagar. La diferencia con cualquier otro caso es que en estos supuestos las personas afectadas acuden a una organización criminal para evitar que su bien inmueble sea adjudicado por parte de la institución financiera.

Bajo este supuesto, la entidad financiera no solo no fue engañada al momento en que otorgó el crédito, sino que tampoco fue inducida a error a fin de que realice una disposición patrimonial. De hecho, el error es una consecuencia de la acción engañosa, la cual ha causado una suposición falsa en el sujeto pasivo, debiendo así existir una causalidad entre engaño y error¹⁰. Volviendo a los supuestos materia de análisis, queda claro que la institución financiera no otorgó el crédito (disposición patrimonial) actuando bajo un supuesto de error, toda vez que la persona que solicitó el crédito no lo hizo engañando a la entidad financiera puesto que en dicho momento tenía la convicción de cumplir con su obligación. Fue ante una situación de adversidad que la persona acudió a una organización criminal a fin de evitar el remate del bien de su propiedad hipotecado en favor de la institución financiera.

Resulta evidente que en estos supuestos sí se cumplen el resto de elementos objetivos del tipo penal de estafa, toda vez que sí existe un desprendimiento patrimonial realizado por la entidad financiera, así como un grave perjuicio económico causado en su contra y un beneficio obtenido por el solicitante del crédito y por la organización criminal. Sin embargo, al no ser estos elementos una consecuencia de un acto previo de engaño y error, no se podrá configurar el delito de estafa¹¹.

Adicionalmente y desde el análisis del tipo subjetivo del delito de estafa, parece claro que en estos supuestos el sujeto activo tampoco actúa con dolo. En caso estuviéramos ante un supuesto de estafa simple, tendría que existir una intención del sujeto activo de engañar a la institución financiera a fin de que el crédito sea otorgado. En estos casos no existe engaño alguno debido a que el solicitante del préstamo se presenta ante la institución financiera; la cual, luego de revisar

10 Muñoz Conde, 2004, p. 428.

11 Peña-Cabrera Freyre, 2008, p. 348.

la solvencia económica y el historial crediticio del sujeto, decide si le otorga el crédito. Tenemos así que el actuar doloso del sujeto activo aparece en una fase posterior a la solicitud y otorgamiento del crédito.

Incluso si nos encontráramos ante un supuesto de estafa contractual, tampoco se cumpliría con el elemento subjetivo, ya que este requiere la presencia de un dolo *ab initio*, que en este caso consistiría en la intención inicial del solicitante de no cumplir con el pago de su crédito. Como ya hemos indicado, en estos supuestos la persona que solicita el crédito no tiene la intención de no cumplir con su obligación, de hecho en la mayoría de casos cumple con pagar las cuotas de su crédito hasta el momento en que por alguna razón ya no puede hacerlo, acudiendo entonces ante la organización criminal a fin de evitar que su bien inmueble sea rematado.

Vemos así que la figura de la estafa pierde fuerza en estas situaciones debido a que el actuar criminal, tanto de la organización delictiva como de quien solicita sus servicios, se inicia en una fase bastante posterior a la solicitud y aprobación del crédito.

III. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

El alzamiento de bienes es un delito regulado en la legislación española. Este delito se encuentra tipificado en el artículo 257 del CP español¹², dentro del capítulo de las insolvencias punibles.

Este precepto legal señala que se sancionará penalmente al que se alce con sus bienes realizando cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo, iniciado o de previsible iniciación. Hay que tener en cuenta que esta conducta será sancionada

12 «Artículo 257. 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1º. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2º. Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. 2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. 3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses. 4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250.5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal».

sin importar la naturaleza u origen de la obligación o deuda y aun cuando luego de cometido el delito se iniciara una ejecución concursal.

A fin de tener una mayor comprensión de este tipo penal, considero relevante definir el significado del término «alzamiento». Según la definición dada por la Real Academia Española, por alzamiento se entiende a: la desaparición u ocultación que de su fortuna hace el deudor para eludir el pago a sus acreedores. Es constitutivo de delito.

Históricamente, el alzamiento de bienes se encontraba relacionado con la fuga u ocultación del deudor con la finalidad de eludir toda responsabilidad patrimonial. Sin embargo, con el pasar de los años se amplió esta figura, siendo que al día de hoy abarca todos los actos de ocultación de bienes realizados por parte del deudor para impedir o dificultar que el acreedor cobre la deuda que tiene consigo. Hay que tener en cuenta que estos actos pueden ser físicos (escondiendo los bienes) o jurídicos (transfiriendo la titularidad de los mismos a favor de un tercero)¹³.

En el mismo sentido, la doctrina española establece la visión moderna de dicho delito de la siguiente manera: el sentido actual del alzamiento equivale a colocarse dolosamente en situación de insolvencia frente a los acreedores o agravar fraudulentamente la insolvencia sobrevenida de manera fortuita, mediante la ocultación física o jurídica de los bienes¹⁴. Así, el solo incumplimiento de la obligación no configura dicho delito.

En primer lugar, es necesario que exista una relación jurídicamente válida entre el deudor y el acreedor que motive al primero a actuar con la intención de perjudicar al cobro de la deuda. Así, esta relación jurídica puede ser de cualquier naturaleza u origen y no necesariamente tiene que estar vencida, simplemente debe ser válida. En ese sentido, si el deudor realiza actos para ocultar su patrimonio con la intención de impedir el cumplimiento de la deuda antes que esta venza, igual se considera la comisión del delito, ya que no es un requisito para la configuración de este que haya vencido la deuda.

Por lo tanto, la secuencia más común sería la de obligación – vencimiento – ocultación; pero también se acepta la de obligación – ocultamiento – vencimiento¹⁵.

Asimismo, es común la discusión doctrinaria sobre cuál es el bien jurídico protegido por este tipo penal. La mayoría coincide en que el bien jurídico protegido es el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor. El derecho de crédito del acreedor supone el derecho que ostenta dicha persona de poder exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación y,

13 Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu & Gonzáles Cussac, 1999, p. 490.

14 González Rus, 2000, p. 469.

15 *Ibíd.*, p. 470.

en caso de incumplimiento o mora, resarcir el daño ocasionado con su patrimonio. Una sección minoritaria de la doctrina española mantiene otra posición al respecto, sosteniendo que el bien jurídico protegido con la punición de las conductas integradoras de las diversas modalidades de las insolvencias es la existencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el éxito de las mismas¹⁶.

Por otro lado, el objeto material del delito de alzamiento de bienes son los bienes o derechos embargables que pertenecen al patrimonio del deudor. Tenemos así que el objeto material se compone de cosas o derechos embargables pertenecientes al patrimonio del deudor, quedando excluidas las expectativas¹⁷. Este razonamiento se fundamenta en que las simples expectativas, en tanto no son bienes, no pueden constituir el objeto material del delito de alzamiento de bienes¹⁸.

En cuanto al sujeto pasivo, si bien en el artículo 257 del CP español hace referencia a los acreedores, no es necesaria la presencia de un sujeto pasivo múltiple. Tenemos así que el sujeto pasivo sería el acreedor de la relación jurídica intersubjetiva válidamente establecida. Queda claro entonces que para que se configure el elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes basta con que se defraude a los acreedores, con independencia de que sean varios o solamente uno¹⁹.

Aunado a ello, el sujeto pasivo en este delito puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica y, a su vez, esta última puede ser pública o privada.

Con relación al sujeto activo, este es quien ostenta la calidad de deudor en la relación jurídica subjetiva y sobre quien el acreedor tiene el derecho de crédito.

Estando a lo dicho, el alzamiento de bienes es un delito especial ya que solamente puede ser cometido por quien ostenta la calidad de deudor contra quien tiene la de acreedor. En ese sentido, al tratarse de un delito especial, se presenta la interrogante con relación al supuesto en el que una tercera persona realiza el alzamiento de los bienes para favorecer al deudor e impedir así el pago de la deuda.

De un lado, se da el supuesto en el que una persona ajena a la relación jurídica entre el deudor y el acreedor actúa en nombre propio al momento de alzar los bienes. En ese caso, se aplicará las normas de autoría y participación en los delitos especiales. De esta forma, como el tercero actúa en nombre propio y no en nombre del deudor, aquel solo podrá ser considerado como partícipe

16 Véase, por ejemplo, Queralt, 1987, p. 432.

17 Polaino Navarrete, 2011, p.114.

18 Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu & Gonzáles Cussac, 1999, p. 489.

19 *Ibidem*, p. 488.

del delito mas no como autor, debido a que este no ostenta la calidad de deudor. En consecuencia, los que no posean la cualidad de deudores únicamente podrán responder a título de partícipes²⁰.

Por otro lado, existe la posibilidad de que un tercero actúe en nombre y representación del deudor. En este caso, se aplicará las normas sobre la representación establecidas en el artículo 31 del CP español. En ese sentido, en los casos en que el comportamiento de alzamiento lo cometa el sujeto que actúe en nombre o representación de otro, el artículo 31 del CP español permite castigar al administrador o al representante por el delito de alzamiento aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo²¹.

En ese sentido, el artículo 31 del CP español se asemeja a lo establecido en el artículo 27 del CP peruano, el cual regula el actuar en lugar de otro. Así, dicha figura se aplica en los delitos especiales, teniendo como finalidad delimitar la responsabilidad de quien, sin tener la calidad especial exigida en el tipo legal correspondiente (*extranei*), actúa como órgano de representación autorizado de una sociedad²².

Por lo tanto, en este caso el tercero que actúa en nombre o representación del deudor estaría actuando en lugar de quien realmente ostenta la calidad de este último. Es por ello que, en el momento en el que tercero actúa, este será considerado el *extraneus*, mientras que el deudor será el *intraneus*.

Asimismo, el delito de alzamiento de bienes es considerado un delito de peligro, tendencia o riesgo. Esto quiere decir que no se exige un resultado concreto debido a que ocultar los bienes del patrimonio del deudor tanto física como jurídicamente pone en peligro el derecho de crédito del acreedor imposibilitando o impidiendo el cobro de la deuda.

En cuanto al elemento subjetivo de este tipo penal, se requiere para su configuración la presencia del dolo. En este caso, el deudor de la relación jurídica subjetiva tiene que tener la intención de perjudicar económicamente al acreedor. Así, se requiere un especial elemento subjetivo del injusto, cual es el ánimo de perjudicar a los acreedores, entendido como el ánimo tendencial de eludir el pago o no reintegrar el crédito²³.

Conforme a lo antes mencionado, la simple insolvencia del deudor o la pérdida de los bienes durante la existencia de la deuda sin culpa del mismo

20 *Ibidem*, p. 492.

21 Robles Planas & Pastor Muñoz, 2006, p. 240.

22 Hurtado Pozo, 2005, p. 872.

23 Polaino Navarrete, 2011, p. 116.

no significa la realización del tipo penal. Para que se configure el delito de alzamiento de bienes, el sujeto activo debe actuar con la finalidad de perjudicar económicamente al acreedor o impedir que este no pueda cobrar la deuda tras el ocultamiento de los bienes pertenecientes al patrimonio con el que se iba a pagar la misma. Se entiende entonces que la insolvencia que aquí se requiere no es la superación del activo por el pasivo, sino la sustracción por parte del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, con independencia de si tiene o no la capacidad de satisfacerlas²⁴.

En cuanto a las modalidades de comisión del delito de alzamiento de bienes, son tres las tipificadas por el artículo 257 del CP español: (i) alzarse con los bienes, esto es, insolventarse por cualquier medio frente a los acreedores, bien a través de operaciones materiales (como la ocultación), bien a través de operaciones jurídicas (como la creación de hipotecas o donaciones); (ii) realizar actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones para impedir la eficacia de un embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio; y (iii) llevar a cabo actos de disposición o contraer obligaciones que disminuyan el patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente²⁵.

IV. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Luego de lo expuesto en el presente artículo, considero pertinente proponer la incorporación del tipo penal de alzamiento de bienes en el CP peruano a fin de evitar que algunas mafias sigan realizando un abuso del derecho con la finalidad de defraudar a instituciones financieras y personas naturales.

Hay que tener en cuenta que el actuar delictivo de las organizaciones criminales que utilizan el derecho para obtener beneficios ilícitos a través del *modus operandi* explicado viene siendo perseguido en el Perú como el delito de estafa, el mismo que no encuadra en las conductas típicas realizadas por estas mafias conforme ya se ha mencionado, hecho que considero podría generar impunidad. Hay que tener en cuenta al respecto que, si bien el delito de alzamiento de bienes y el delito de estafa tienen algunas similitudes, existe una diferencia fundamental en el elemento objetivo, toda vez que en el tipo penal de estafa se requiere la presencia de un engaño anterior a la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo, situación que no se presentaría en la modalidad delictiva materia de análisis.

Tomando en cuenta lo antes dicho, estimo que la conducta criminal descrita en este trabajo puede encuadrarse en el tipo penal de alzamiento de bienes

24 Queralt, 1987, p. 434.

25 Robles Planas & Pastor Muñoz, 2006, p. 238.

que se encuentra vigente al día de hoy en el CP español. En este orden de ideas, el delito de alzamiento de bienes en el Perú debería sancionar a quien ostente la calidad de deudor dentro de una relación jurídico obligatoria cuando alce sus bienes con la finalidad de evitar el cobro de la deuda por parte del acreedor.

En cuanto a las modalidades de alzamiento de bienes que podrían ser sancionadas penalmente, creo que este delito podría realizarse de diversas maneras: (i) transfiriendo los bienes a título gratuito, a través de una donación, o a título oneroso, a través de una compra-venta a terceros involucrados con la comisión del delito en mención; (ii) simulando deudas con terceros, así como procedimientos concursales en asociación con empresas liquidadoras que son parte de estas organizaciones criminales; y (iii) cualquier otra modalidad utilizada para que el deudor pueda alzar sus bienes con el objetivo de defraudar económicamente al acreedor.

Por otro lado, queda claro que el sujeto activo sería el deudor que alza los bienes y el sujeto pasivo sería el acreedor de la relación jurídico patrimonial. Sin embargo, se debe delimitar también cuál sería la participación de las organizaciones criminales que ayudan al deudor a alzarse con sus bienes en perjuicio del acreedor.

A fin de absolver esta interrogante, hay que tener en cuenta que el delito de alzamiento de bienes es un delito especial, lo cual significa que el único que podría tener la calidad de autor es el deudor, más allá de que terceras personas involucradas lo ayuden a cometerlo. En ese mismo orden de ideas, los terceros tampoco podrían ser considerados coautores del delito.

Estando a lo dicho, considero que los terceros que ayudan al deudor a alzar los bienes tendrían la calidad de cómplices. De acuerdo a lo establecido por el artículo 25 del CP, se considera cómplice a quien dolosamente ayuda a un tercero (en este caso al deudor) en la ejecución de un hecho punible previsto en un tipo legal. En este caso, es el deudor quien tiene el dominio del hecho mas no los terceros, ya que estos simplemente colaboran en la realización del delito.

Asimismo, los actos que realizan los terceros que ayudan al deudor deben tener una relación directa con la realización del delito. En los casos materia de análisis, las empresas liquidadoras criminales son indispensables en el desarrollo del delito de alzamiento de bienes, ya que sin ellas sería imposible poder levantar las hipotecas recaídas en los bienes del deudor, con lo que el acreedor sí podría cobrar su deuda.

Ante estas circunstancias, no caben dudas de que los miembros de las organizaciones criminales que colaboran con el deudor a fin de que alce sus bienes deben ser considerados como cómplices primarios en la medida en que su participación resulta imprescindible para la comisión del delito. En ese sentido, según lo indicado en el primer párrafo del artículo 25 del CP peruano, el cómplice primario es aquel sin el cual el delito no se hubiere perpetrado.

De esta manera, conforme al primer párrafo del artículo 25 del CP, los cómplices primarios recibirán la misma pena que el autor. En ese sentido, si es que se considera como cómplices primarios a los miembros de las organizaciones criminales que colaboran con el deudor a fin de que se alce con sus bienes, se va a evitar que se genere impunidad toda vez que los miembros de estas mafias podrán ser castigados con una pena tan drástica como la impuesta al deudor.

V. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, existen organizaciones criminales que utilizan el derecho para cometer ilícitos penales y defraudar tanto a personas jurídicas como naturales.
2. Debido a la falta de regulación en el CP peruano, la conducta realizada por las organizaciones criminales se encuadra y persigue como un delito de estafa.
3. El *modus operandi* utilizado por estas organizaciones criminales no se puede subsumir dentro del tipo penal de estafa al no existir engaño y error antes de la disposición patrimonial realizada por la institución financiera.
4. La actividad criminal descrita se puede tipificar como delito de alzamiento de bienes, actualmente regulado en el artículo 257 del CP español y que no tiene vigor en la legislación penal peruana.
5. Los miembros de las organizaciones criminales pueden ser considerados como cómplices primarios del delito de alzamiento de bienes cometido por el deudor.