

DR 15 38

Derecho penal, parte especial, el delito de estafa, continuación, por José María Estampa Braun. Entre las consideraciones más relevantes que en torno al delito de estafa se pueden hacer, colmira sobre todo a ofrecerles un concepto actual de la problemática que este delito comporta en la realidad criminológica, aparte de las ya referidas de la estafa de crédito, de la estafa procesal, de la incidencia del juego causal de los distintos elementos que componen esta figura, etcétera, me parece que es importante insistir de una manera, diré monográfica, en la difícil distinción que en la práctica se viene operando entre una serie de hechos cuya depuración, análisis y consecuencia pertenece al derecho privado y otra serie de conductas que por estar tipificadas en la esfera del delito de estafa, abren el umbral del derecho penal, dejan de ser incumplimientos contractuales u obligacionales y se transforman en supuestos incardinados en el hecho del injusto, de la estafa genérica o de cualquiera de sus modalidades. Digo que en la práctica el trazado divisorio entre la antijuridicidad civil y la antijuridicidad penal es complicado porque se está dando hoy el fenómeno muy advertido de querer extrapolar conductas o actitudes que pertenecen al ámbito del derecho privado a la esfera del derecho penal, porque las querellas, el ejercicio de las acciones penales y de las correspondientes pretensiones de resarcimiento tienen para aquel que pretende conseguir un resultado fácil el aliciente de ser procesos más rápidos, más intimidantes, más baratos y de posible impacto sobre el contrario sin esperar a la larga tramitación de un proceso civil.

Pensemos en el promotor de viviendas, en el comprador de pisos, en el que contrata una obra importante para que sea ejecutada por una empresa constructora de obras que puede no estar conforme ni con el piso que se le realiza, ni con la obra que se ejecuta, ni con la mercancía que en definitiva se le da. Entre el empresario y el constructor de una obra se realiza normalmente un contrato de ejecución de obra. Alguien concierta con otro, el que este otro, por ejemplo, plantee, realice y desarrolle una urbanización, una infraestructura para que sobre la misma se puedan luego construir viviendas o cualquier otro tipo de construcciones de otra especie.

Supongamos que esa persona que contrata con el otro la ejecución de una obra, al final no está muy conforme con la realización del contratista, por entender que en la misma se han observado una serie de irregularidades, de deméritos, de alteraciones incluso, lo que es usual, entre el precio concertado en el momento de proyectarla y el precio real. En vez de dirimir estas diferencias en el ámbito del derecho privado, donde se van a ver las consecuencias que la institución o el contrato jurídico privado celebrado entre las partes de ejecución de obras puedan tener, las consecuencias, digo, que puedan derivarse de este contrato concertado libremente entre las partes, en lugar, digo, de acudir a la contienda del pleito declarativo o de otra especie en el proceso civil correspondiente con la seguridad de las instancias que a tal efecto el derecho procesal civil consagra, hoy existe y no ha existido siempre la incitación a que estos temas se puedan entrever o considerar a efectos de interponer una querella, como supuestos, aunque sean indiciarios o eventualmente de posible calificación definitiva en su momento, de estafa. No se va a decir que el contratista incumplió, se va a decir que el

contratista ha entregado una obra con una serie de defectos en la sustancia, en la calidad o en la esencia de esta obra.

Se va a decir que este contratista fingió, por ejemplo, tener una solvencia de la que carecía y que como consecuencia de no disponer de los medios económicos o materiales necesarios, pues no ha podido llevar a cabo la obra proyectada. Se van a incluso promulgar diversas leyes que ahora no hacen al caso para evitar que los evidentes fraudes que en esta materia se dan puedan seguir proliferando estableciendo un sistema de aseguramiento y cauciones que supongan una cierta reparación para aquel que contrata o el que compra a plazo futuro una vivienda y se ve defraudado. Pero el hecho de que se den estas situaciones o que se den estas leyes que tienden, repito, a proteger al adquirente de futuro de un determinado piso no puede suponer el que estos contratos de ejecución de obra con resultados discutibles y discutidos o estas discrepancias respecto al precio final de una obra sean llevadas al ámbito de la estafa si no se determina a vinicio la existencia de un propósito defraudatorio inicial que la jurisprudencia viene denominando dolo incontraendo.

La existencia o no del dolo inicial por parte del que concierta un negocio jurídico de carácter privado para engañar en definitiva a la parte que con él conviene ese negocio jurídico aparentemente lícito es la que va a determinar si estamos dentro del posible ámbito de las previsiones genéricas del delito de estafa o si por el contrario el enjuiciamiento de estos hechos corresponde al derecho civil. Supongamos el contratista desaprensivo que sabiendo que no va a poder realizar ninguna de la obra que se le encomienda cobra anticipadamente una cantidad animado desde el primer momento por el propósito de percibir esta cantidad de no realizar la obra de quedarse con aquella suma de defraudar en definitiva al incauto contratante que pensó que le realizaría su casa su urbanización sus pisos o lo que fuere. Supongamos en la actitud de quien desde el primer momento con este dolo en el momento de contratar con este dolo incontraendo lo único que busca es a través de una petencia lucrativa absolutamente injusta engañar al contrario para conseguir de él el acto de disposición patrimonial consistente en la suma de una cantidad de dinero lucrarse con la misma y no realizar aquello a lo que aparentemente se obligó.

Inicialmente esta persona está intentando engañar al otro esta persona está realizando una ejecución del delito de estafa sin lugar a dudas porque ha fingido una apariencia de solvencia de crédito de negociaciones de las cuales carece. Supongamos que éste también desde el principio piensa en que va a alterar la cantidad la calidad o la sustancia de los materiales con objeto de que en vez de el costo que inicialmente se pactó él pueda realizar la obra por un precio para él mucho más bajo con el consiguiente perjuicio para el que la concertó suponiendo que se iban a utilizar unos materiales que luego no se utilizaron. Supongamos repito que esa actitud de engañar en la calidad en la cantidad o en la sustancia de los materiales era la que animó a aquel que concertó la realización de la obra desde un primer momento.

Hay otro dolo incontraendo respecto a aquel que va a determinar que su conducta en vez de

dilucidarse en el campo de las recíprocas obligaciones que surgen del contrato de ejecución de obra pueda ser reconducida al ámbito del derecho penal porque si está animado por ese propósito defraudatorio está incidiendo en una de las previsiones que el delito de estafa genérica establece para que este delito se da. Hay que tener en cuenta naturalmente que no toda entrega defectuosa de cosas en las que varíe o se altere su sustancia cantidad o calidad va a dar lugar al delito de estafa. Es merecer tener en cuenta y lo digo con criterios prácticos que el propio artículo 528 n° 1° del código penal para establecer este tipo de modalidad de defraudación o de estafa sin utilizar los términos con una acepción específica muy determinada sino para que nos entendamos a Vinicio inicialmente está diciendo el que defraudare a otro en virtud de las cosas que le entregare por un título obligatorio alterando su sustancia cantidad o calidad pero usa el término defraudación el cual supone esa actitud subjetiva inicial de buscar con un propósito doloso un enriquecimiento injusto la línea entre la antijurisdicción penal que es el delito de estafa en estas situaciones que estamos analizando y la antijurisdicción civil que sería la contienda sobre los derivados corolarios consecuencias del contrato de ejecución de obra debe ser pues centrada en el criterio único práctico de la existencia y prueba de un dolo incontraendo como ha significado la jurisprudencia del tribunal supremo en una serie de fallos reiterados que me parece sirven con este criterio de practicidad para ofrecer un punto concreto en el que el jurista o el técnico de la aplicación del derecho se pueda basar para establecer esta complicada compleja y nunca aclarada frontera entre la ilicitud civil y la ilicitud penal