

De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles

Rodrigo Medina Jara

Abogado, Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

y Magíster en Derecho Público

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Profesor Titular de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Doctorando en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

El objetivo del presente y breve artículo es el de entregar algunas claves de respuesta a los casos fronterizos que se presentan entre los grandes universos de defraudaciones (encabezados por las figuras de estafa y apropiación indebida) y los incumplimientos de contrato civil.

El tratamiento del problema será el que sigue:

1. En primer lugar, parece indispensable recordar los elementos principales que confluyen a la realización de una estafa. Cabe señalar que estos elementos son extensivos a todas las defraudaciones.

2. En segundo lugar, debemos entregar la respuesta que se ha dado en doctrina y en jurisprudencia, haciendo hincapié que el tema se ha tratado con algún grado de profundidad en Alemania y en España.

II. Los elementos de los delitos en cuestión

Se acostumbra establecer en doctrina como uno de los elementos definidores de la estafa al engaño.

1. La existencia del engaño

Para la doctrina, especialmente española, el engaño es el requisito fundamental de esta infracción delictiva, siendo por ello lo que lo diferencia de los otros delitos patrimoniales.¹

Puede definirse el engaño como la falsedad, la falta de verdad en lo que se dice y lo que se hace, la apariencia de verdad, la maquinación insidiosa desplegada sobre la voluntad del sujeto para producir el desplazamiento patrimonial.² También se lo ha definido como “aquella acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o con cualquier otro modo, algo que no es verdad.”³

Miguel Bajo Fernández lo define como “aquella mentira acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta capaz de producir error y acto de disposición”, y a su juicio en él deben concurrir tanto la apariencia de realidad y seriedad suficientes como una atención y referencias a las circunstancias concretas del engañado (como v.gr. si se trata de un enfermo mental o un genio).

La doctrina jurisprudencial española ha configurado el engaño tipificador del delito de estafa “como cualquier tipo de ardid, maniobra, maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio de otro”, y así ha extendido este concepto a “cualquier falta de verdad debida a simulación, cualquiera que sea su modalidad”.⁴ También se ha dicho que “el engaño propio de la estafa es la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero”.⁵

En Alemania, F. Haft lo define como aquel influir en el intelecto de otro, lo cual puede ser a través de palabras (expreso) o por hechos (concluyente), acción que requiere del elemento subjetivo de saber que se está engañando a otro.⁶ Por su parte, Bockelmann señala que el engaño será crear falsamente la apariencia de hechos o la alteración o contención de hechos verdaderos.

¹ “Espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa”, al decir del Tribunal Supremo español, en STS 18/10/93, 11/10/90, 12/11/90, 5/3/90, citadas en Almela Vich, Carlos; “El delito de estafa y el de apropiación indebida”, *Actualidad Penal*, XXXVI, 1998.

² *Ibidem*.

³ En VV.AA; *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 861.

⁴ STS español, Sala segunda, 2/11/2000, ponente Sr. Ramos Gancedo, fundamento 4º, citando sentencias de la misma Sala de 31 de enero de 2000, 11 y 15 de julio de 1991 y 18 de octubre de 1993, en *Diario La Ley*, año XXII, N° 5229, viernes 19 de enero de 2001.

⁵ STS español, 20/7/1978, citada por Magro Servet, Vicente, “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales de orden civil”, en *Diario La Ley*, año XXII, N° 5370, viernes 7 de septiembre de 2001.

⁶ González, Andrea, *Estafa e incumplimiento civil*, tesis inédita, U. Católica.

a. Requisitos del engaño

En doctrina y jurisprudencia se han señalado los que siguen como los requisitos del engaño para que produzca el error y la consiguiente disposición patrimonial:

- i. Que se trate de un engaño “bastante”, vale decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener “adecuada entidad para que la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial” y que “la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficiente”.⁷ En otro sector se ha manifestado que el engaño debe tener “la suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial”.⁸

Hemos podido advertir, al menos, dos posiciones para establecer la idoneidad del engaño:

- Para algunos, el engaño es “bastante” cuando es capaz de producir error en otra persona, no desde un punto de vista objetivo, es decir, no referido a una persona medianamente perspicaz, sino ateniendo al sujeto pasivo concreto y a las circunstancias concurrentes.⁹
 - Para otros, la idoneidad del engaño debe valorarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones personales de los sujetos afectados y las circunstancias todas del caso concreto (teoría objetivo-subjetiva).¹⁰ Es decir, la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia, pero que esta “idoneidad abstracta” debía complementarse con la suficiencia en el específico supuesto.¹¹
- ii. El engaño es antecedente y causante, en el sentido de que precede, ocasiona y mantiene una relación de causalidad con el perjuicio económico.¹²

⁷ STS español, Sala segunda, 3/4/2001, ponente Sr. Sánchez Melgar, fundamento 3º, en *Actualidad Penal* N° 35, 24 al 30 de septiembre de 2001.

⁸ STS español, Sala segunda, 22/12/2000, ponente Sr. Granados Pérez, fundamento 6º, en *Actualidad Penal* N° 20, 14 al 20 de mayo de 2001; SAP Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección segunda, 13/11/2000, fundamento 1º, en *Actualidad Penal* N° 19, 7 al 13 de mayo de 2001.

⁹ Almela Vich, Carlos; ob. cit.

¹⁰ STS, 3/4/2001, citada.

¹¹ STS, 24/3/99, citada en SAP 13/11/2000. También en STS 16/7/99 y 23/3/2000, mencionadas ambas por Magro Servet, Vicente; ob. cit.

¹² Almela Vich, Carlos; ob. cit.

iii. El engaño debe originar o producir un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.¹³

b. Tipos de engaño

Para el objeto de nuestro análisis, nos interesa señalar que existen engaños explícitos e implícitos. Los primeros resultan ser manifestaciones que no se corresponden a la realidad, mientras que los segundos son los que, según veremos, en España, se denominan “contratos criminalizados”, en los cuales el contrato mismo es el instrumento del engaño.¹⁴

III. Las soluciones

1. Los “contratos criminalizados” en España

Los autores en España señalan que es necesario trazar una línea divisoria entre el dolo civil y el dolo penal en los delitos contra el patrimonio, ya que el carácter de *ultima ratio* que asume el Derecho Penal impide dejar abierta la posibilidad de criminalizar todo tipo de conductas, debido a que el ordenamiento jurídico ya establece medios eficaces dentro de la vía civil para la resolución de los conflictos entre partes en forma de contrataciones.¹⁵

Como ha señalado la jurisprudencia en España, **la línea divisoria entre dolo penal y civil en los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificador del delito de estafa, es punible tal acción.**¹⁶

Por ello, aparecen como relevantes nuestras definiciones precedentes relativas al engaño, debido a que si la conducta del sujeto no cumple con los requisitos y elementos del engaño constitutivo de las defraudaciones, la sanción debiera dirigirse a aquellas de carácter civil.

Se han definido los “negocios jurídicos o contratos criminalizados” como aquellos negocios jurídicos de derecho privado –civil o mercantil– en los

¹³ STS, 3/4/2001, citada. González, Andrea; ob. cit.

¹⁴ VV.AA.; *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 864 y 865.

¹⁵ Magro Servet, Vicente; ob. cit.

¹⁶ STS español, 17/11/97 citada en Ibídem. También en Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 9/9/2000, fundamento 5º, en *Área Penal Aranzadi*.

que la apariencia del propio negocio constituye una operación de engaño, en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya.¹⁷

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español viene destacando que la habitualidad con la cual, en el tráfico mercantil, se producen situaciones fronterizas entre el delito de estafa y los ilícitos civiles ha obligado a la doctrina a buscar fórmulas de delimitación.

2. El dolo o voluntad del sujeto activo al contratar

Un aspecto esencial del tema lo da la **propia voluntad del sujeto activo de que se produzca el incumplimiento de lo inicialmente pactado.**

En este sentido, **existirá estafa cuando existe un dolo antecedente o coetáneo a la celebración del contrato que determina la voluntad de la otra parte. Por ello, existirá estafa y no incumplimiento contractual si el sujeto activo conocía desde el mismo instante de la suscripción del contrato que no podía cumplir las obligaciones que del mismo se generan a su cargo y pese a ello lo oculta a la contraparte, que llevada por la falsa representación de la realidad, cumple la prestación u obligación asumida con el consiguiente perjuicio propio y enriquecimiento del sujeto activo o de tercero. También existirá delito de estafa cuando, pese a poder cumplir la obligación asumida, es inequívoca la voluntad del sujeto activo de no efectuar el cumplimiento.**¹⁸

De esta manera, se ha estimado que se encuadra en el delito de estafa en la modalidad de "negocio jurídico criminalizado" la actividad del acusado de alojamiento en hoteles no obstante carecer de dinero sabiendo que no iba a pagar la factura y teniendo la facilidad que se le ofrecía al no tener que justificar su solvencia con antelación.¹⁹

Es decir, hay concurrencia de estafa en un negocio criminalizado cuando reunimos los elementos señalados en los acápites anteriores:

¹⁷ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Estafas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 62; STS español 4/5/2001, ponente Sr. Conde-Pumpido Tourrón, fundamento 2º, en *Actualidad Penal* N° 37, 8 al 14 de octubre de 2001.

¹⁷ Magro Servet, Vicente; ob. cit. En la STS español, de 3/4/2001 se expresa que "“la infracción criminal únicamente nacerá a la vía jurídica cuando el sujeto activo de expresado delito, con anticipada conciencia de que no podrá llevar a cabo la contraprestación a la que se haya obligado, construya ficticiamente las condiciones objetivas para que, aparentando una solvencia de la que carece, induzca al sujeto pasivo a realizar un determinado desplazamiento patrimonial”.

¹⁷ STS español, 2/11/2000, citada, fundamento 4º.

- a. Engaño, y
- b. Voluntad del sujeto al realizar la actividad contractual de tener serio propósito de no cumplir su parte del contrato.

3. Forma de probar esta voluntad

Se debe acudir para comprobar cuál fue la voluntad del sujeto activo a todos aquellos actos realizados antes, durante y después de la actividad contractual, es decir, todo el desarrollo del *iter criminis*.²⁰

De ahí que pueda advertirse numerosa jurisprudencia española que haga referencia a estos hechos. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de diciembre de 2000 rechaza condenar por estafa, por considerar que no existió desde su inicio la voluntad de un empresario de incumplir, dado que "tanto por la vía testifical como por la documental se ha acreditado que X funcionaba en el tráfico mercantil, que había fabricado máquinas y que las había instalado en centros de trabajo, así como que se habían invertido importantes cantidades de dinero en ello". En otra sentencia, ahora de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de julio de 2000, se asegura que "quedó acreditado por los indicios que una de las partes ocultó su verdadera intención de incumplir" y tales indicios son, por ejemplo, "que no llegara a iniciar los trabajos contratados, sino que ni siquiera llegó a adquirir el material"; "carecía de medios y organización para cumplir el contrato, pues reconoce que incluso carecía de personal que estuviese asegurado"; "dio apariencia de solvencia y seguridad", etc.

4. Los "comportamientos o actuaciones concluyentes" en Alemania²¹

La doctrina alemana señala que el engaño puede proceder de un engaño expreso ("*ausdrückliche Täuschung*") y también de un "comportamiento concluyente" ("*schlüssiges Verhalten*").

En tales comportamientos no se trata de que alguien explique o manifieste algo, sino si de acuerdo al entendimiento general el hecho relevante de alguna persona tenga un valor explicativo, esto es, sea explicativo de algo.

Siguiendo a Lackner, se aparentan concluyentes hechos cuando por expresa exteriorización del autor, estos necesariamente dan una conclusión y cuando

²⁰ Magro Servet, Vicente, ob. cit. En la STS español de 6 de julio de 1999 se afirma que "la dificultad estriba en demostrar esa intención inicial de no cumplir o ese conocimiento previo de no poder cumplir con la prestación prometida que ha de resolverse normalmente por la vía de inferencias (entre nosotros, presunciones). Estas inferencias, evidentemente, son los actos propios del acusado, siendo de gran importancia los posteriores a la celebración del contrato", citada en *ibidem*.

²¹ González, Andrea; ob. cit.

la aseveración de un hecho, a su vez implica la de otro, el que va aseverado con el primero.

Como ejemplos podemos señalar el caso de quien se sienta en un restaurante, ordena y no paga, siempre que desde un principio sepa que no puede pagar o no quiera hacer el pago y que efectúe un engaño para lograr que no se cobre la cuenta. Otro caso puede darse en la actuación de dos comerciantes que habitualmente aceptan el pago de sus obligaciones por medio de cheques a fecha que nunca han presentado problemas con su pago. Si se entrega un cheque a fecha y no se paga, se habrá roto una habitualidad.

Existirá sanción por comportamiento concluyente, en suma, cuando se rompe un curso natural de ciertos hechos de los que era dable esperar determinadas consecuencias. En el caso del hotel, era concluyente que de la presentación en un hotel, acompañada de ciertas circunstancias, se debía desprender la solvencia del viajante. En el segundo caso, la habitualidad en el comportamiento entre los comerciantes hacía posible deducir que esa conducta era esperable en el futuro.

Lackner exige los siguientes requisitos para que ello ocurra:

1. Que el autor tenga conciencia (dolo) de la explicación o significado del hecho relevante.
2. Que su comportamiento tenga en el tráfico comercial o cotidiano una significación de aseveración (o conclusión, en nuestro lenguaje) de hechos.
3. Que la "orientación de riesgo" ("*Orientierungsrisiko*") del negocio en cuestión es de tal naturaleza que el autor haya estado en la obligación de aclarar expresamente.

IV. Conclusión

Sea ocupando la fórmula alemana o la española, lo esencial es establecer que el ordenamiento ha establecido remedios suficientes para soluciones de asuntos o conflictos que deben encontrarse en el ámbito civil, reservando la vía penal para aquellas cuestiones donde se advierta un engaño que revista los caracteres de tal y que exista una voluntad del sujeto activo de incumplir, que conozca desde el mismo instante de la suscripción del contrato que no podía cumplir las obligaciones que del mismo se generan a su cargo y pese a ello oculta a la contraparte.

