

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Trabajo Final de Graduación para optar por el título de
Licenciatura en Derecho.

Comprobación de las defraudaciones en los contratos de
construcción mediante la determinación del delito idóneo y del límite
con la antijuridicidad civil.

Allan Mauricio Quesada Gómez

Director
Luis Alonso Salazar Rodríguez

2011

Dedicado al más grande tesoro que se me ha otorgado: mi familia. Gracias
Dios por bendecir tanto mi vida

Índice General

Introducción.....	1
1. Justificación e importancia del tema.....	1
2. Objetivos.....	2
3. Metodología.....	3
4. Hipótesis.....	3
5. Estructura.....	4
Capítulo I.....	5
El delito de Estafa y otras defraudaciones.....	5
Sección I.....	5
Reseña Histórica.....	5
A.- Derecho Romano.....	5
B.- Edad Media.....	6
C.- Época moderna.....	8
D.- Desarrollo en la legislación penal costarricense.....	9
Sección II.....	13
La estafa.....	13
A.- Generalidades.....	13
1. <i>Concepto</i>	13
2. <i>Estafa como Delito contra el Patrimonio</i>	14
3. <i>Estafa como Defraudación</i>	18
B.- Elementos del tipo objetivo.....	21
1. <i>Los Sujetos</i>	23
2. <i>El Engaño</i>	26
3. <i>El error</i>	31
4. <i>La disposición patrimonial</i>	35
5. <i>El perjuicio patrimonial</i>	37
C.- Elementos del tipo subjetivo.....	39
1. <i>El dolo</i>	40
2. <i>La intención de obtener un beneficio patrimonial antijurídico</i>	41
D.- Grado del delito: consumación y tentativa.....	42
E.- Participación.....	45

Sección III.....	46
El Fraude en la entrega de cosas.....	46
A.- Generalidades	47
B.- Elementos del tipo objetivo.....	48
C.- Elementos del tipo subjetivo.....	51
D.- Grado del delito: consumación y tentativa.....	52
Sección IV.....	52
Análisis práctico de la relación entre ambas figuras.....	52
Capítulo II.....	58
El Contrato de Construcción.....	58
Sección I.....	58
Generalidades del Contrato de construcción.....	58
A.- Evolución.....	58
B.- Concepto, características y delimitación.....	59
C.- Elementos constitutivos.....	64
1. <i>Elementos subjetivos</i>	64
2. <i>Elementos objetivos</i>	67
3. <i>Elementos formales</i>	69
Sección II.....	70
Derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes.....	70
1. <i>Constructor o contratista</i>	70
2. <i>Propietario o comitente</i>	72
3. <i>Consultor</i>	73
Sección III.....	74
Responsabilidad de los sujetos intervinientes.....	74
1. <i>Constructor o contratista</i>	75
2. <i>Propietario o comitente</i>	80
3. <i>Consultor</i>	82
Capítulo III.....	84
Defraudaciones en la construcción.....	84
Sección I.....	84
Determinación de vicios en la construcción.....	84
Sección II.....	89
Diferenciación y limitación con el incumplimiento contractual.....	89

Sección III.....	94
Análisis de aptitud entre defraudaciones.....	94
Sección IV.....	99
Examen jurídico del desarrollo de una estafa en la construcción.....	99
1. <i>Iter criminis</i>	99
2. Otras consideraciones.....	105
Sección V.....	105
Utilidad y realidad de la estafa en la construcción.....	105
Conclusiones.....	109
Bibliografía	112

Resumen

1. Justificación

El campo de la construcción y edificación se encuentra en auge, se ha pasado de 5.416.297 metros cuadrados autorizados para construcción en el 2009 a 7.240.767 en el 2010, tanto en nuestro país como en otras partes del mundo. Este incremento obedece a factores como el avance económico, crecimiento demográfico y el avance en técnicas.

Como parte del auge de la construcción, aparecen más personas interesadas en participar en esta actividad y surgen nuevas relaciones relevantes para el Derecho. Pero el auge también puede significar aumento de complicaciones o conflictos, o el surgimiento de formas de antijuridicidad.

La necesidad de responsabilidad en la construcción, la ruina de obras, el incumplimiento o negligencia de constructores, la protección del patrimonio de víctimas, todos son temas significativos con vigencia actual. Al darle exposición al tema del establecimiento y desarrollo de delitos en el sector de la construcción se está fortaleciendo la seguridad y se previenen factores causantes de impunidad.

2. Hipótesis

La intención es 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.

3. Objetivo

El objetivo principal consiste en comprobar la existencia y el contenido de las defraudaciones en la construcción, determinando la figura idónea, y su aplicación a casos de comisión u ocultamiento doloso de vicios en la ejecución de contratos de construcción de obra determinada; desarrollando su posible *iter criminis* y la diferencia con el incumplimiento contractual civil, mediante fuentes actualizadas.

4. Metodología

El trabajo implica una metodología de tipo teórico - práctica. La práctica consistió en la búsqueda, en diversos medios, de fuentes de información y fundamentación. Por ejemplo, la determinación del estado jurisprudencial del tema, además de asesorías y entrevistas. Como parte de la metodología teórica está el análisis y comparación de casos y opiniones, de información bibliográfica, y de otros resultados obtenidos. Además, la sistematización de la información obtenida, la estructuración de ideas, y la comprobación de teorías.

5. Conclusión

Con respecto a las formas defrautorias, el artículo 219 penal cumple una buena labor porque prevee todos los elementos constituyentes del delito, con el orden y presupuestos debidos y un grado de flexibilidad útil; en cambio el artículo 219 ha caído en un estado de desuso.

Es sumamente apreciable la maleabilidad del contrato de construcción de obra, evidenciada con las diversas combinaciones entre sus sujetos intervinientes, las modalidades para el pago del precio, y las ciertas estipulaciones o cláusulas variables.

Es posible una exploración exitosa entre las áreas, así como el establecimiento de las responsabilidades penales estudiadas en el contexto de la obra; yendo más allá de la antijuricidad civil si se sigue ciertos criterios esclarecedores.

Quesada Gómez, Allan. Comprobación de las defraudaciones en los contratos de construcción mediante la determinación del delito idóneo y del límite con la antijuridicidad civil. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2011. P. vii y P. 115

Director: Luis Alonso Salazar Rodríguez

Palabras claves:

- 1. Estafa*
- 2. Fraude en la entrega de casos*
- 3. Contrato de Construcción*

Introducción

1. Justificación e importancia del tema

El campo de la construcción y edificación se encuentra en auge, se ha pasado de 5.416.297 metros cuadrados autorizados para construcción en el 2009 a 7.240.767 en el 2010¹, tanto en nuestro país como en otras partes del mundo, debido a factores como el avance económico, crecimiento demográfico y el avance en técnicas.

Como parte del auge de la construcción, aparecen más personas interesadas en participar en esta actividad y surgen nuevas relaciones relevantes para el Derecho. Es debido a esta relevancia que la actividad constructora se ve afectada por las regulaciones del ordenamiento jurídico, regulaciones que son importantes para el orden y la armonización de los intereses en juego.

Pero el auge también puede significar aumento de complicaciones o conflictos, o el surgimiento de formas de antijuridicidad. Además de los inconvenientes propios de la construcción, como la dificultad de detectar problemas en la edificación, o un grado de confianza sobre el constructor y su labor producto de tal dificultad, además del riesgo de pérdida o no finalización, o la intervención de factores naturales o de ciencia.

La necesidad de seguridad y responsabilidad en la construcción, la pérdida o ruina de obras, el incumplimiento o negligencia de constructores, la protección del patrimonio, todos son temas significativos con vigencia actual.

Cualquier conducta antijurídica debe producir la respectiva reacción del ordenamiento, la búsqueda del restablecimiento del *status quo*. Pareciera que los problemas del sector tienen una principal relevancia en la rama civil del ordenamiento, pero no es tan conocido qué sucedería con una antijuridicidad grave o una violación a un punto esencial de nuestro sistema normativo, al punto en que la reacción civil empieza a ser insuficiente y se puede considerar la penal. Tales violaciones se ven facilitadas por la inseguridad, el desconocimiento, o la misma falta de regulación o represión.

¹ Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. *Estadísticas de la Construcción*. Consultado el 20 de febrero de 2010 en <http://www.cfia.or.cr/estadisticas.htm>.

El estudio de estos momentos de insuficiencia, de la configuración de responsabilidad penal, o específicamente de actividades defraudatorias, es un tema difuso que se debe esclarecer. Existe originalidad en examinar una propuesta de solución para tales niveles de antijuridicidad, pero un punto importante es determinar la disposición ideal que el Derecho Penal puede aportar. El tema se debe concentrar en ciertos delitos, y los que tienen en su corazón el fraude serán de mayor utilidad para el trabajo a desarrollar.

Hay que darle exposición al tema del establecimiento y desarrollo de delitos del género de las defraudaciones en el sector de la construcción, así se colabora en otorgarle seguridad al sector y facilitar la identificación de hechos que normalmente pasan impunes. En muchos casos sobre construcciones puede existir el fraude si se profundizara en su análisis, pero es común que se resuelva en otros medios ignorando este hecho; y casos que sí son denunciados pueden terminar desechados por considerarse que sólo existe una antijuridicidad civil.

La problemática en la investigación es la factibilidad y comprobación de una defraudación en el ambiente civil de la construcción. El saber si verdaderamente se puede llegar a configurar tal responsabilidad, y determinar cuál fue el delito establecido.

2. Objetivos

El objetivo principal consiste en comprobar la existencia y el contenido de las defraudaciones en la construcción, determinando la figura idónea, y su aplicación a casos de comisión u ocultamiento doloso de vicios en la ejecución de contratos de construcción de obra determinada; desarrollando su posible iter criminis y la diferencia con el incumplimiento contractual civil, mediante fuentes actualizadas.

Pero para alcanzarlo se debe cumplir un camino con ciertos pasos, ciertos objetivos menores o específicos:

- A) Analizar los principales elementos y contenidos de ciertos delitos defraudatorios, especialmente de la estafa y fraude en la entrega de cosas por ser mejores candidatas, para una más amplia comprensión y facilitar su aplicación.

- B) Evaluar la figura del contrato de construcción de obra, sus generalidades y las obligaciones y responsabilidades de las partes, así como sus posibles vicios.
- C) Examinar la relación entre el incumplimiento contractual y la estafa u otras defraudaciones, para aclarar el límite entre lo civil y lo penal en los casos escogidos.
- D) Evaluar la diferencia de aptitud entre la estafa y fraude en la entrega, para esclarecer la opción ideal.
- E) Desarrollar la aplicación de la figura defraudatoria más conveniente al campo de la construcción, explicar su desarrollo y el camino a su consumación, para confirmar la factibilidad.

3. Metodología

El trabajo implica una metodología de tipo teórico - práctico. La práctica consistió en la búsqueda, en diversos medios, de fuentes de información y fundamentación. Por ejemplo, la determinación del estado jurisprudencial del tema, además de asesorías y entrevistas para esclarecer aspectos como el estado del sector costarricense de la construcción o los manejos de los delitos escogidos. Como parte de la metodología teórica está el análisis y comparación de casos y opiniones, de información bibliográfica, y de otros resultados obtenidos por medios prácticos o ideológicos. Además, la sistematización y valoración de la información obtenida, la estructuración de ideas, y la comprobación de teorías.

4. Hipótesis

La intención es 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 de criterios claros que colaboran a descartar una mera antijuridicidad civil.

5. Estructura

El trabajo se dividió de acuerdo con los objetivos pretendidos y variables existentes. En el primer capítulo se desarrolla lo relacionado a los delitos candidatos a aplicarse, dándole mayor importancia a sus elementos configurativos, subjetivos y objetivos, a su consumación, y a la relación y delimitación entre los delitos.

En el segundo capítulo se encuentra la figura del contrato de construcción, sus generalidades contractuales, sus variaciones, los sujetos intervinientes, y las obligaciones y responsabilidades de estos.

El tercer capítulo es esencial, por unión de planteamientos y análisis de resultados. Primero se explicarán los vicios posibles en la construcción, luego se plantearán criterios para la correspondiente delimitación civil-penal, se estudiará la aptitud entre los delitos escogidos, se desarrollará el delito escogido dentro del contexto de la construcción, más un análisis realista sobre tal aplicación.

Capítulo I

El delito de Estafa y otras defraudaciones

Sección I

Reseña Histórica

Es importante iniciar el estudio de estas figuras, que busca conseguir una mejor comprensión y manejo, con un análisis histórico sobre sus orígenes y evolución. A pesar de que existen varias formas de defraudación, para su estudio es mejor concentrarse en las más importantes, de acuerdo con los objetivos del presente trabajo.

Se puede encontrar importantes antecedentes del fraude y sus diferentes manifestaciones, en codificaciones de la antigüedad como la ley babilónica de Hammurabi, el Avesta persa, el Corán, los códigos de Manú y Yajnavalkya, entre otros; pero se le da una mayor relevancia al Derecho Romano porque brinda conceptos básicos que ayudan a una delimitación jurídica de estos delitos, en la actualidad.

A.- Derecho Romano

Los antecedentes más importantes del Derecho de Roma son el *crimen furti*, el *crimen falsi* y sobre todo el *stelliontus*.

1) *Crimen Furti*: Es un concepto muy amplio de *furtum*, que cubría cualquier forma de lesiones a la propiedad, incluso las perpetradas con fraude. De esta forma, se consideraba como *furtum* a una apropiación indebida, una sustracción del uso, o una violación de la posesión realizada con astucia y engaño, como el hacerse entregar dinero mediante la simulación de ser acreedor o heredero.²

2) *Crimen Falsi*: La *Lex Cornelia de Falsis* castigaba originalmente las falsificaciones monetarias y testamentarias, pero con el tiempo se amplió los alcances de la ley a la falsificación de todo tipo de documentos; de aquí

² Finzi, Conrado A. (1978). La Estafa y otros Fraudes. Buenos Aires, Argentina : Ediciones Depalma. Pág. 15.

surge el *falsum*, que se considera un delito público por ser la fe pública el objeto de la lesión. El *falsum* crea una noción genérica en torno al engaño, por esto comprende delitos que tienen el engaño como elemento común. Según Francisco Castillo, por *crimen falsi* se entendía la realización de una cosa o su modificación, de tal modo que adquiriera la apariencia de otra, el delito implica una modificación de la verdad; se consideraba como *crimen falsi* casos de fraude como el uso de nombre falso, la simulación de calidades personales, o la venta de una misma cosa a diversas personas.³

3) *Stellionatus*: En la época imperial surge el *crimen extraordinarium stellionatus*, castigando las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente. Tiene un carácter de subsidiaridad, ya que involucraba los engaños, destinados a obtener un beneficio patrimonial indebido, no incluidos en las especies de fraude ya previstas, y, en general, que no pudieran ser subsumidos en otros tipos penales. El *stellionatus* incluía hipótesis como: el vender o permutar dolosamente una cosa ya obligada a otro ocultando este hecho, el transferir al acreedor como propia una cosa donada al hijo sin la voluntad de este, dar en prenda una cosa ajena; entre otros.

Finzi explica que todos estos casos implican una lesión al patrimonio ajeno, y de ahí su carácter de delito patrimonial y, como tal, privado. También señala que el objeto es el patrimonio, y el delito se consume con el efectivo daño patrimonial ajeno, pero la tentativa era impune⁴.

El *stellionatus* romano tenía elementos objetivos, el engaño y la lesión patrimonial, pero además requería de un elemento subjetivo, o sea el dolo dirigido a producir esa lesión. Esta figura alcanzó un gran desarrollo en el Derecho Romano, algunos autores lo consideran incluso el antecedente histórico inmediato de la estafa moderna.

B.- Edad Media

En cambio, en la Edad Media no se hizo un aporte significativo en materia de estafa. De hecho en esta época se produce una confusión entre los conceptos de fraude y falsedad. Esta confusión se daba por considerar que la

³ Castillo González, Francisco. (2001). El Delito de Estafa. (1ª edición). San José, Costa Rica : Editorial Juritexto. Pág. 31

⁴ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 18.

falsedad era solo un medio de comisión de la estafa, y, como una engloba a la otra, no se separaron durante mucho tiempo. Finzi explica que la confusión inició entre las figuras del *falsum* y *stellionatus*, o sea los conceptos precursores de la falsedad y el fraude, sobre todo en las características y elementos jurídicos de ambos ⁵

Esta confusión se puede observar en distintos cuerpos jurídicos de la época, por ejemplo los estatutos y las constituciones italianas tuvieron este problema. En el derecho español se puede encontrar esta confusión, por ejemplo en códigos como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, y las Partidas. En el derecho germánico se confundían con frecuencia la falsedad y el fraude. La confusión causaba ciertos errores, como el reprimir simples falsificaciones como si fueran defraudaciones, o el reprimir hechos que hoy serían considerados estafa como si fueran solo falsedad.

Esta confusión entre estafa y falsedad perdura en el Derecho Penal europeo hasta el siglo XIX, gracias al trabajo de juristas y autores que comienzan a hacer distinciones que ordenan estas figuras delictivas. Por ejemplo Von Feuerbach habló de un concepto general: la falsedad, con dos especies: el falso y la estafa. Dice que en el falso hay modificación de una cosa, a diferencia de la estafa, donde hay mentiras y acciones engañosas que ocasionan un perjuicio patrimonial.⁶

También es conocida la labor del jurista Cucumus. Él propuso que el objeto del fraude no era el patrimonio económico del sujeto pasivo, sino la lesión al derecho a la verdad en sí mismo; planteó que la estafa no requiere de un perjuicio económico real, sino una alteración efectiva de la verdad con la finalidad de causar el perjuicio económico.

Ayudados con estos pensamientos, a pesar de mantenerse cierta confusión, se logra un avance pues se reconoce el engaño como elemento común, y el objeto de protección como elemento diferenciador: en caso de la estafa el patrimonio, en caso de falsedad la fe pública. Autores posteriores establecieron la naturaleza del fraude como figura independiente, y sus elementos que lo diferencian modernamente.

⁵ *Ibíd.* Pág. 18

⁶ Castillo González, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 38.

C.- Época moderna

En general, durante el siglo XIX la legislación sobre estafa no presentó un carácter unitario, pero se terminó aceptando los criterios modernos, básicamente los elementos del engaño o ardid y el perjuicio patrimonial, importantes para su caracterización y ubicación.

En la codificación francesa, por ejemplo, un antecedente muy significativo es la Ley de julio de 1791, donde se tipificó la estafa como un delito independiente.

Este antecedente sirvió luego para el Código Penal Napoleónico de 1810, de gran influencia en el derecho occidental; en su artículo 405 se establece la estafa mediante una enumeración de sus diferentes medios de comisión, al parecer lo que se pretendía con este sistema era evitar dar una definición extensa y compleja, pero ha sido criticado por el peligro de dejar fuera algunas formas de fraude.

A pesar de estas críticas, hay que reconocer que con el artículo 405 de este Código desaparece la confusión, nacida en la edad media, entre la estafa y una simple falsedad; además es el primero en atribuirle a la estafa un carácter patrimonial, estableciendo como bien jurídico protegido al patrimonio.

Después de ese Código Penal francés de 1810, varios países europeos elaboraron su propia codificación penal, esto se puede considerar una consecuencia positiva ya que en el pasado lo que se tenía era un sistema de estatutos dispersos.

Otra codificación influyente fue la alemana, en especial el Código Penal prusiano de 1851, en la que luego se basó el Código Penal alemán de 1871 (que establece la estafa en el artículo 263), código que está actualmente vigente.

Varios autores han comentado que a partir de los Códigos francés y alemán surgen dos diferentes sistemas para legislar estos delitos, sistemas que podemos encontrar en las legislaciones modernas.⁷

El primero consiste en un criterio casuístico, iniciado con el Código Penal francés, según este criterio se debe regular la estafa enumerando taxativamente las diferentes hipótesis con las que se puede cometer el delito.

⁷ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. (2002). Derecho penal parte especial. (16° edición). Argentina : Editorial Abeledo Perrot. Pág. 480.

Este sistema influyó en el derecho occidental, pero también ha sufrido de críticas.

Al segundo sistema se le puede llamar conceptual o genérico, consiste en la preferencia de usar un criterio más genérico, en lugar de la enumeración taxativa, creando una definición genérica y abstracta que permita abarcar varias modalidades del fraude. Esta corriente inició en la codificación alemana, específicamente en Código Penal prusiano de 1851, y luego pasó al Código Penal alemán, su artículo 263 aplica el sistema, pues en lugar de dar una enumeración de las formas para cometer estafa, simplemente dice “mediante apariencia de hechos falsos o mediante deformación o supresión de hechos verdaderos”.⁸

Se usa una definición sencilla pero también flexible como para incluir diversas variantes. Este sistema conceptual o genérico influye en las legislaciones de diferentes países, como Italia y Colombia. El Código Penal costarricense actual, usa como modelo este sistema en su artículo 216. Casos como las legislaciones de España y Argentina son especiales, porque utilizan una mezcla de ambos sistemas: hacen un listado de los casos punibles, pero también se incluye una fórmula genérica para tener la posibilidad de aplicar el delito a otras hipótesis.

D.- Desarrollo en la legislación penal costarricense

La estafa y muchas otras figuras del género de defraudación han estado tipificadas a lo largo de los años en la legislación costarricense, sobre todo en nuestros códigos penales.

1) *Código General de 1841*: La primera legislación penal de nuestro país estaba incluida en el Código General de 1841 de Braulio Carrillo. La segunda sección del Código era la penal, y su capítulo IV se titulaba “De las estafas i engaños”, en su artículo 637 se encontraba la referencia a la estafa, estableciendo que se cometía mediante “artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa ú otro embuste semejante”⁹. Este código trata de dar un concepto

⁸ Código Penal Alemán citado por Finzi, Conrado A. *Op. Cit.* Pág. 37.

⁹ Código General del Estado de Costa Rica. Ley del 30 de julio de 1841. Artículo 637.

genérico, por lo que sigue la corriente conceptual o genérica, pero el concepto que da este código es abandonado por los Códigos Penales siguientes.

2) *Código Penal de 1880*: La siguiente legislación penal fue el Código Penal de 1880, promulgado durante el gobierno de Tomás Guardia y redactado por Rafael Orozco. El aparte VIII del Título noveno se llama “Estafas y otros engaños”, en su articulado (del 492 al 498) se encuentran antecedentes de varias defraudaciones.

El artículo 492 habla de defraudación en la sustancia, cantidad o calidad de cosas que se entreguen, por lo que podría considerarse un antecedente del delito de fraude en la entrega de cosas. La estafa era regulada en el artículo 493, según el cuál lo cometía “el que defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.”¹⁰

El 493 utilizaba el sistema casuístico, pero usa una fórmula genérica al final (“cualquier otro engaño semejante”), creando una mezcla de los sistemas, parecido a como lo hacen las legislaciones argentina y española.

3) *Código Penal de 1918*: El código que sigue es el Código Penal de 1918 emitido en la administración Tinoco y redactado por el penalista José Astúa Aguilar. El artículo 360 regula la estafa copiando al código anterior. Este Código de 1918 regulaba independientemente distintas defraudaciones, por ejemplo el artículo 361 da una lista de defraudaciones especiales reiterando la sanción del 360; esta lista fue usada por los códigos penales siguientes, prácticamente sin cambios importantes. Algunos incisos de esta lista son antecedentes de delitos que existen en nuestra legislación actual, otros incisos dejaron de usarse.

Algo muy importante para destacar, se encuentra en el inciso 12 de ese artículo 361, este dice:

“El empresario o constructor de una casa, puente, muelle, u otra obra cualquiera, que al ejecutarla cometiere fraude, ya en el sistema acordado, ya en la calidad de los materiales convenidos, poniendo en peligro la seguridad de las personas o en riesgo de pérdida sus bienes, y el vendedor de materiales de

¹⁰ Código Penal. Ley del 27 de abril de 1880. Artículo 492.

construcción que con iguales circunstancias o perspectivas de posible daño, cometiere fraude en la entrega de los materiales suministrados.”¹¹

Vemos como en esta época se regulan los casos con base en la construcción, pero no aplican una figura ya existente sino creando una defraudación especial, creando un fraude en la construcción, figura que no se usa en el Código Penal actual.

4) *Código Penal de 1924*: El siguiente código, es el Código Penal de 1924, este regula la estafa en su artículo 382, en la misma forma que los 2 anteriores, y en el 383 se encuentra la lista de defraudaciones especiales.

5) *Código Penal y de Policía de 1941*: La siguiente legislación penal fue el Código Penal y de Policía de 1941, promulgado durante la administración de Calderón Guardia. Regula la estafa en el artículo 281, siguiendo el sistema del Código de 1918 y de 1924, solo que mediante un cambio importante en la cuantía de las penas; después da la lista de defraudaciones especiales en el artículo 282, pero agregó seis incisos nuevos.

Es interesante destacar como, por ley N° 4891 de 1971, se mantienen vigentes ciertos artículos, especialmente los referentes a responsabilidad civil y reparación.

6) *Código Penal de 1970*: Por último está el Código Penal de 1970, todavía vigente. Las defraudaciones están tipificadas en la Sección IV del Título VII llamado “Delitos contra la Propiedad”.

El artículo 216, que contiene la estafa, originariamente describía estafa como el inducir “a una persona en error por medio de artificios o engaños” para obtener un beneficio patrimonial. Mediante una reforma hecha en 1982 la redacción se cambió a la siguiente: “El que, induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial, con perjuicio de otro, será sancionado de la siguiente forma...”

Se puede ver, desde el inicio del proyecto del Código, una intención de abandonar el sistema casuístico utilizado en los Códigos anteriores y adoptar un sistema genérico.

¹¹ Código Penal. Decreto N. 15 Senado de Costa Rica, 29 de noviembre de 1918. Artículo 361.

En 1988 el artículo 216 sufre una reforma muy importante, a través de la Ley sobre la Modernización del Sistema Financiero de la República, con la reforma la redacción queda de la siguiente manera:

“Quien, induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizados para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado...”¹²

Con esta reforma se adopta un sistema genérico plenamente, pues se amplía considerablemente el tipo penal de la estafa mediante un concepto con un alto grado de abstracción y de flexibilidad, con la intención de abarcar varias hipótesis defraudatorias dentro del delito, varias modalidades de fraude. Según Castillo la reforma de 1988 estuvo influenciada por el sistema genérico de la codificación alemana, ya que una estafa así concebida es mucho más clara, además de que ayuda a cerrar viejas discusiones y a llenar huecos en la represión de la estafa, debido a modalidades defraudatorias no previstas.¹³

La demás defraudaciones del Código de 1970 no sufrieron una reforma tan importante como la estafa, por ejemplo el 219, que establece el fraude en la entrega, originalmente decía:

“Será reprimido con prisión de seis meses a seis años el que defraudare en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que debe entregar o de los materiales que debe emplear, cuando se trate de piedras o metales preciosos, objetos arqueológicos o artísticos o sometidos a contralor oficial.”

Pero con la reforma de 1982 se cambió las penas impuestas, quedando la redacción actual, sin sufrir una ampliación y manteniéndose como un tipo de defraudación específico. La estafa sí fue ampliada, y la reforma le permite entrar en los criterios modernos con respecto a sus elementos y consumación, aspectos que serán evaluados.

¹² Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley N° 4573 del 4/5/1970. Artículo 216.

¹³ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 47.

Sección II

La estafa

Después de haber desarrollado la trayectoria histórica de figuras defraudatorias, para una finalidad práctica, se entrará de lleno al análisis de una de las figuras candidatas a aplicarse en los casos objeto de este trabajo, esta candidata es la estafa. Es importante desarrollar este delito lo suficiente como para facilitar su aplicación y utilización, pues representa un gran paso en la presente investigación

En primer lugar se analizará las generalidades de este delito, en especial lo referente a concepto, ubicación y naturaleza.

A.- Generalidades

1. Concepto

A pesar de ser la estafa uno de las defraudaciones más conocidas, la creación de un concepto no es tan sencillo como pareciera. Tal vez la forma más sencilla de hallar un concepto de estafa es leer el tipo penal redactado en la legislación penal de un determinado país.

Sin embargo, en doctrina se pueden encontrar intentos de otros tipos de definiciones, pues tal labor es un ejercicio muy útil. Por ejemplo, el autor Fontán Balestra sostiene:

“El concepto de estafa se estructura, pues, con un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo...”¹⁴

Existen otras definiciones interesantes, por ejemplo la que ofrece el autor Antón Oncea, quién habla de 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

¹⁴ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 483.

de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.”¹⁵

Es obvio que estos conceptos tienen aspectos en común, que constituyen los elementos básicos de la estafa, necesarios en cualquier concepto que se conciba.

En resumen, se puede definir estafa como la figura delictiva donde el autor causa un daño de carácter patrimonial, pues éste realiza un engaño que induce a error a la víctima para que disponga de un bien y lo remueva del patrimonio afectado. Es importante que los componentes de la estafa se den en orden, siguiendo una secuencia causal.

Cabe destacar que los conceptos de estafa se pueden influenciar por el sistema casuístico o por el genérico, sistemas explicados anteriormente. Según el primero, habría que enlistar los diferentes casos en los que se comete una estafa. Pero una opción muy popular, y compartida para los efectos del presente trabajo, es la tendencia hacia la elaboración de un concepto genérico de estafa capaz de incluir varias formas de ésta.¹⁶

Un ejemplo de un buen concepto de estafa que sigue esta tendencia, es el que se encuentra en el artículo 216 de nuestro Código Penal. Como ya es conocido, la redacción actual de este artículo existe gracias a la reforma de 1988, la cual le concede un concepto genérico suficientemente flexible como para aplicarse en distintas hipótesis. Este artículo, junto con los elementos de la estafa desarrollados por la doctrina y jurisprudencia, son de suma importancia para los estudios de la figura.

2. Estafa como Delito contra el Patrimonio

Un elemento para empezar el estudio, es el que necesita todo delito, el bien jurídico tutelado; éste incluso nos ayudará a entender la naturaleza del delito. El bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio, la estafa causa daño al patrimonio ajeno, y por lo tanto no existirá a menos que surja una verdadera lesión o un peligro para éste bien jurídico.

¹⁵ Antón Oneca, José. Citado en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. (1992). El delito de estafa: Aspectos legislativos y jurisprudenciales de su reforma. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica. Pág. 126.

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco. (2007). Derecho Penal Parte Especial. (16° edición). España : Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 421.

La naturaleza patrimonial de la estafa puede ayudar a establecer otro aspecto, su clasificación o ubicación dentro del Derecho Penal. En la clasificación donde el bien tutelado es el elemento agrupador, la estafa se encuentra ubicada de los llamados Delitos Patrimoniales o Delitos contra el Patrimonio.

Es necesario hacer una aclaración en este punto, pues existe una discusión doctrinaria sobre el término que se debe utilizar. La corriente tradicional considera mejor llamarlos Delitos contra la Propiedad, pero una corriente moderna considera el término “propiedad” inapropiado, ésta corriente habla de Delitos contra el Patrimonio.

Tradicionalmente, los delitos patrimoniales han sido incluidos en muchas legislaciones penales, dentro de algún capítulo o sección titulada “Delitos contra la Propiedad”, pues se consideraba que el bien jurídico que se protegía era la propiedad. Esta posición influyó la legislación penal costarricense, al punto que nuestro Código Penal actual conserva tal título.

Muchos de los alegatos a favor de ese título, coinciden en decir que tal nombre se usa debido a la organización y fundamentos constitucionales del Estado, pues la Constitución Política lo que protege es la propiedad privada. El autor Sebastián Soler utiliza este argumento, él opina que es un error:

“...asignarle al término propiedad el concepto de dominio que se encuentra recogido en el Código Civil, dado que existe un concepto que es jerárquicamente superior y es el recogido en la Constitución Política...”¹⁷

Tal posición implica que propiedad será el mejor término, dependiendo del sentido con que se usa, de si se le otorga un concepto amplio. Fontán Balestra comenta que todo depende del sentido e interpretación que se le dé a la palabra propiedad; dice que el sentido civilista del término propiedad es limitado, limita la variedad de derechos y facultades que incluye el concepto de propiedad. En cambio, en su forma de derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, se incluye un contenido más amplio, y es jerárquicamente superior.¹⁸

Esta corriente, de basarse en el sentido constitucional de la propiedad, se puede encontrar no solo en Soler y Fontán Balestra; tiene otros seguidores

¹⁷ Soler, Sebastián citado en Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 16.

¹⁸ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 401.

como el colombiano Luis Carlos Pérez, quién apoya a la propiedad como el bien tutelado pues existen importantes fundamentos en su favor, refiriéndose a los principios y derechos amparados en la constitución de su país, la cual “no garantiza el patrimonio económico sino, exactamente, la propiedad privada...”¹⁹

Se pueden encontrar otros autores y juristas, por ejemplo Laura Damianovich apoya que en legislaciones penales se use el título “Delitos contra la Propiedad”, pues protege el derecho de propiedad entendido como un derecho constitucional inviolable.²⁰

Esta corriente de pensamiento presenta un buen argumento, y es importante basarlo en un análisis del concepto propiedad, de su uso y sentido en las respectivas constituciones, y de cuáles derechos o facultades se incluyen y cuáles se excluyen; esto implica desarrollar un fundamento que sea más que una simple forma de justificar el uso del término.

Una corriente moderna, que se ha expandido, ataca la posición tradicional de usar “propiedad”, pues se podría causar una confusión ya que el término no comprende todo lo que se encuentra protegido penalmente, se le acusa de ser insuficiente pues existen tipos penales que no solo suponen un ataque a la propiedad, sino que se pueden aplicar en defensa de otros derechos. Los seguidores de esta corriente apoyan el uso de la frase “Delitos contra el Patrimonio”, pues con éste se da a entender que lo tutelado no solo es el dominio, sino también otros derechos como posesión, usufructo, uso, e incluso la tenencia.

Patrimonio es un mejor término por una precisión técnica, usar el término “Propiedad”, intentando incluir este grupo de derechos patrimoniales subjetivos, puede causar confusión o inexactitud, debido a que es ampliamente conocido que propiedad alude principalmente al derecho real de propiedad, al ámbito del dominio. El Derecho Penal no solo debe salvaguardar el dominio, sino el patrimonio en general; por eso muchos autores, como Giuseppe Maggiore, consideran que usar “Delitos contra el Patrimonio” es un indudable progreso, una mejor técnica.²¹

¹⁹ Pérez, L. C. (1988). Derecho Penal Parte General y Especial. (segunda edición). Colombia : Editorial Temis. Pág. 344.

²⁰ Damianovich de Cerrado, Laura citada en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 19

²¹ Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 45.

En doctrina clásica, la propiedad ha sido ubicada dentro de los derechos patrimoniales, específicamente en el grupo de derechos reales, caracterizado como el derecho real más completo implicando dominio sobre la cosa y gozando de las ventajas que ésta pueda suministrar.²²

En cambio la noción de patrimonio es definida como una universalidad jurídica cuyo carácter existe en independencia de los movimientos que presenten sus componentes, pues de todos modos existirá el patrimonio como entidad. A partir de tal idea, los autores Colin y Capitant consideraron que el patrimonio está conformado por “todos los derechos con valor pecuniario pertenecientes a un hombre, y todas las obligaciones que representan un valor pecuniario y que han contraído con otra persona. Los derechos constituyen el activo del patrimonio, las deudas el pasivo.”²³

En obras más contemporáneas se nota una cierta influencia de tal concepción, por ejemplo Ghersi explica el derecho patrimonial como las relaciones en las cuales un ente jurídico (persona física o ideal) es parte, y en donde se le concede facultades sobre bienes, se convierte en portador de patrimonio. Con respecto a la noción de patrimonio, Ghersi la construye con los siguientes elementos:

“...a) el derecho emergente de la relación jurídica; b) el deber de respeto a los derechos de los demás (individual y colectivamente), y c) los bienes y servicios sobre los cuales recaen ese derecho y ese deber.”²⁴

La tendencia de usar “Delitos contra el patrimonio” se extiende por diferentes autores, y en diferentes legislaciones penales. También existen posiciones intermedias, por ejemplo Castillo González expresa que son delitos “contra la propiedad” los que implican una apropiación: como el hurto (simple y agravado), el robo (simple y agravado), la apropiación indebida, entre otros. Son delitos “contra el patrimonio como tal”, la administración fraudulenta, la estafa, y las otras formas de defraudación.²⁵

El Código Penal costarricense usa el título “Propiedad”, pero no hay seguridad de que es debido a nuestra Constitución, como lo argumentaría la

²² Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (cuarta edición). Madrid, España : Editorial Reus. Pág. 229.

²³ Ibíd. Pág. 305.

²⁴ Ghersi, C. A. (2002). Derecho civil Parte general. (tercera edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Astrea. Pág. 296.

²⁵ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.

posición tradicionalista. El artículo 45 de la Constitución protege el derecho de propiedad, pero hay que analizar qué se quiere decir con propiedad.

Primero hay que reconocer su concepción como derecho real de propiedad (dominio), y a las facultades que lo componen, como la posesión, usufructo, defensa, transformación, entre otros (según 264 del Código Civil). Pero faltaría considerar que algunas facultades pueden conformar un derecho por sí mismas, y que existen otras manifestaciones patrimoniales. Es difícil proteger estos derechos patrimoniales hablando únicamente de propiedad, así se observa la utilidad de un término que haga referencia a esta universalidad de derechos.

Además, es muy interesante que a pesar del uso del término propiedad en el Código Penal, se pueden encontrar varias sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en donde se expresa que la estafa y las otras defraudaciones protegen el patrimonio, por ejemplo la 2004-213 del 12 de marzo del 2004, y la 2009-894 del 14 de agosto del 2009.

En conclusión, hay que unirse a la correspondiente tendencia y afirmar que "Patrimonio" evita las confusiones, y manifiesta que el bien tutelado son los derechos patrimoniales subjetivos. Por eso, "Delitos contra el Patrimonio" es un buen término para referirse a los delitos estudiados en el presente trabajo.

3. Estafa como Defraudación

Concluida la discusión, y considerando que la estafa se encuentra dentro de los Delitos contra el Patrimonio, se puede avanzar más en su clasificación y ubicación. El Código Penal está dividido en 3 libros, el segundo ("De los Delitos") contempla los delitos patrimoniales, en el título VII; pero debería existir una clasificación dentro de este grupo de delitos, que vaya más allá del bien jurídico tutelado, clasificación que permitiría organizarlos mejor.

Por ejemplo, el español Muñoz Conde ofrece una clasificación de los delitos patrimoniales que se podría aplicar a nuestro título VII. El autor habla de delitos de enriquecimiento, compuesto por tres grupos:²⁶

1. De apoderamiento: que implica la sustracción material de un bien mueble (hurto, robo), o el usurpar un inmueble o derecho real (usurpación).

²⁶ Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 420.

2. Defraudaciones: donde el apoderamiento se obtiene mediante fraude, ya sea que éste tenga un papel rector o esencial (estafa), o solo tenga un papel accesorio o derivado de la acción principal (apropiación indebida, administración fraudulenta).

3. De explotación o negocio: maquinaciones para alterar el precio de cosas (usura, receptación)

También habla de un grupo de delitos sin enriquecimiento, donde el patrimonio se ve afectado de otras formas, sin que el autor busque un beneficio patrimonial, por ejemplo los daños.

Esta propuesta de Muñoz Conde encaja con la forma en que están organizados los delitos patrimoniales en el Código, pues aunque el título VII no la manifiesta expresamente, sí se pueden agrupar, en forma teórica, de acuerdo con características en común.

El grupo que más nos interesa es el de Defraudaciones, pues en éste es donde se puede localizar la estafa. El título de delitos patrimoniales posee una sección llamada “Estafa y otras defraudaciones”, esta es la sección IV; del nombre que le asignaron a la sección se debe deducir que la estafa es una forma de defraudación, y que además existen otras.

Parece que el objetivo con esta sección es agrupar y regular los delitos que se encuentran dentro del género llamado Defraudaciones. Si este es el caso, entonces la sección IV se pudo llamar simplemente “Defraudaciones” y no “Estafa y otras defraudaciones”, pues la sección regula las defraudaciones, y al decir “Defraudaciones” se incluye la estafa, el término es comprensivo y suficiente.

De acuerdo con la clasificación de Muñoz Conde, “defraudación” es una denominación genérica que se le aplica a los delitos en donde la lesión patrimonial es producida mediante fraude. Este concepto es apoyado por otros juristas, Fontán Balestra explica que partiendo de que “defraudación” no designa una figura delictiva sino un género o grupo de estas, entonces se puede afirmar que son defraudaciones los ataques a la propiedad cometidos mediante fraude.²⁷

Carlos Creus plantea lo mismo, él define defraudación como

²⁷ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 479.

“...toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquélla o se aprovecha de éstas.”²⁸

Existen dos especies de defraudación²⁹, la primera son las defraudaciones realizadas mediante fraude, o sea las defraudaciones donde el engaño tiene un papel esencial para producir el apoderamiento, por ejemplo la estafa. La segunda especie corresponde a las figuras de abuso de confianza, donde el fraude es accesorio, por ejemplo los delitos de Administración Fraudulenta y Apropiación Indebida. La primera especie se encuentra en la sección IV y la segunda en la sección V.

La diferencia es que en las defraudaciones mediante fraude, la víctima entrega el bien patrimonial a raíz del engaño que lo ha hecho caer en error, o sea la voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo, por el fraude. En los abusos de confianza, la víctima entrega el bien en forma válida y lícita, pero después el agente se aprovecha de la confianza depositada por la víctima, para apoderarse del bien. En los abusos de confianza, el dolo y la actividad fraudulenta son posteriores a la entrega del bien.

En la primera especie de defraudación, el engaño es una parte importante de la secuencia causal del delito, y el mejor representante del grupo es la estafa; pero también están los otros fraudes de la sección IV como el estelionato, el fraude de simulación, el fraude en la entrega de cosas, entre otros. Estos fraudes especiales están íntimamente relacionados con la estafa, sobre todo cuando la estafa está regulada mediante un concepto genérico que permita abarcar varias hipótesis. De hecho, autores hablan de estos fraudes como formas especiales de estafa, pero que se tipifican independientemente por tener alguna particularidad en alguno de sus elementos, que hace necesario separarlos de la estafa genérica. Conrado Finzi, por ejemplo, comenta que se tipifican como autónomos por presentar ciertas características materiales particulares, pero caben dentro de la órbita conceptual de la estafa.³⁰

²⁸ Creus, C. (1997). Derecho Penal parte especial. (6ª edición, Tomo I) Argentina : Editorial Astrea. Pág. 462.

²⁹ Ibíd. Pág. 463.

³⁰ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 99.

Este es el caso de la sección “Estafa y otras defraudaciones” del Código Penal, pues el artículo 216 establece una estafa amplia, pero los artículos posteriores crean fraudes especiales que están regulados individualmente, y no dentro de la estafa, por poseer ciertas características particulares que los diferencian; particularidades como por ejemplo: la protección a algún bien en específico, una modalidad de fraude especial, el requerirse un determinado sujeto pasivo o activo, etc.

En resumen, aparte de los Delitos contra el Patrimonio, la estafa también se puede ubicar dentro de las Defraudaciones, género conformado por delitos cuyo elemento en común es el fraude. Las defraudaciones, a su vez, tienen dos especies básicas, la estafa y los demás fraudes especiales, y los delitos basados en abuso de confianza. Esta afirmación se encuentra fundamentada no solo en la doctrina, sino también en la misma jurisprudencia; por ejemplo en la sentencia N° 659 del 21 de Junio del 2007 del Tribunal de Casación Penal, en esta sentencia el Tribunal admite que el género de las defraudaciones tiene dos especies: la estafa y los abusos de confianza; además se explica la diferencia entre ambos, diciendo que en el primero el dolo es anterior al traslado del patrimonio, y en el segundo el dolo es posterior. Otro ejemplo es la sentencia N° 1032 del 27 de Agosto del 2004 de la Sala Tercera, en donde la Sala realiza estas mismas afirmaciones, y además profundiza en la diferencia entre la estafa y la apropiación indebida, la cual es una defraudación por abuso de confianza.

El conocer la naturaleza patrimonial y defraudatoria de la estafa complementa el estudio de sus generalidades (concepto, ubicación, etc.), ahora es necesario profundizar en sus elementos y complementos, lo que se realizará en las líneas siguientes.

B.- Elementos del tipo objetivo

El estudio de los elementos constitutivos de un delito es importante e interesante, implica tomar y dividir el delito, analizar sus componentes, analizar a partir de qué punto se encuentra consumado; este tipo de análisis permitirá

aplicar mejor el delito de estafa, y aprovechar su flexibilidad para aplicársele a diferentes hipótesis.

Se analizará la estructura básica del delito de estafa, dada principalmente por el tipo penal plasmado en la respectiva legislación, pues el tipo ofrece la descripción concreta y definitiva del delito, es el núcleo material del delito; además se analizarán otros componentes teóricos necesarios según la teoría del delito. Se iniciará con los elementos del tipo objetivo, el cual es el campo del tipo penal que describe las conductas externas necesarias para realizar el delito; y después se pasará al tipo subjetivo de la estafa.

La estructura de la estafa, por lo menos su tipo objetivo, ya ha sido desarrollada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, talvez una de las explicaciones más sencillas dadas por la Sala es la que dice:

“El estudio del tipo penal de la estafa lo podemos dividir en dos grandes partes, a saber el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El tipo objetivo de la estafa está constituido por cuatro elementos: (a) Un ardid o engaño, que se define -en el texto- como la simulación de hechos falsos o deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; (b) Un error en el sujeto pasivo -la persona engañada-, sea que la maniobra de los hechos engañados lo induzca a error o lo mantenga en él; (c) Un acto dispositivo del engañado; y, (d) Un perjuicio económico. Estos cuatro elementos deben estar en relación de causalidad, de modo que el ardid debe producir un error, el error un acto dispositivo y, este un perjuicio económico.”³¹

De este párrafo donde la Sala enumera los elementos del tipo objetivo, se deducen ciertas características especiales del delito de estafa. Podemos ver como la acción descrita se le puede aplicar a diferentes hipótesis, pues el ingenio de los estafadores hace que las formas de estafar vayan evolucionando y cambiando.

Otra característica especial es ser un delito de auto lesión, pues el autor del delito debe convencer a la víctima para que ésta realice el traslado del patrimonio, es la víctima la que dispone del patrimonio a diferencia de otros delitos como los de apropiación.

³¹ Sala Tercera. Sentencia 580-f-96 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1996.

La característica más importante que se puede encontrar es, quizá, que se trata de un delito de concatenación causal, esto significa que los elementos están encadenados, uno produce el otro, formando una secuencia que culmina en la consumación del delito.

Debe existir una relación causal entre cada elemento, como lo explica Carlos Creus³², relación que no existiría si un elemento es ocasionado por un factor externo, y no por el elemento anterior; por ejemplo si la disposición del patrimonio se realiza no por el error, sino por otro factor como una deuda pre-existente.

Autores costarricenses también han destacado la importancia de una relación de causalidad entre el engaño inicial y el perjuicio final, y del orden en que estos deben ocurrir. Salazar Rodríguez ofrece una convincente explicación sobre tal importancia expresando que:

“...no basta la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, para tener acreditada la comisión del hecho punible, sino que además, esos elementos deben coexistir lógicamente y estar determinados espacio-temporalmente, pues en derecho, al contrario que en las matemáticas, el orden de los factores sí altera el producto.”³³

La Sala es muy clara sobre cuales son los elementos que componen el tipo penal, establecido en el artículo 216 del Código Penal, pero es importante hacer un estudio un poco más profundo de estos elementos, para que sean claros y manejables.

1. Los Sujetos.

Como en todo delito, existe un sujeto activo y uno pasivo. El primero de ellos es el autor de los elementos descritos en el tipo penal, y por lo tanto la que puede ser castigada. Cabe recordar que existe lo llamado como autoría mediata, que sucede cuando el sujeto activo comete el hecho punible a través de otras personas.

³² Creus, C.. Derecho Penal parte especial. Tomo I, Argentina, Editorial Astrea. 6° edición, 1997, pág. 468.

³³ Salazar Rodríguez, Luis Alonso. “Análisis dogmático del delito de estafa (comparación con el delito de apropiación y retención indebida)”. En: Llobet Rodríguez, Javier. Justicia Penal y Estado de Derecho: homenaje a Francisco Castillo González. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. Primera edición, 2007. Pág. 643.

Mientras tanto, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado por el Derecho penal, que se ve perjudicado por las acciones del sujeto activo.

Considerando el artículo 216 del Código Penal, donde está descrito el delito de estafa, es correcto decir que el sujeto activo para tal delito puede ser cualquiera; debido a que la redacción amplia y abstracta del 216 también afecta la descripción del sujeto activo, por eso no se indica algún requisito que deba cumplir. Aunque hay que recalcar que se ve como algo normal el que las legislaciones penales usen la fórmula “el que” o “quien” para describir el sujeto activo de la estafa, sin que sea necesario una cualidad específica, y así dejar abierto este elemento.

Debido a que cualquiera puede ser sujeto activo de una estafa, la doctrina no profundiza mucho en este tema, aunque sí existen ciertos detalles importantes de mencionar. Uno de estos detalles, por ejemplo, es la inteligencia como una de las posibles cualidades personales de un estafador, pues la estafa podría ser realizada en una forma más efectiva y reprochable por alguien con cualidades en persuasión e inventiva.

Con la reforma de 1988, realizada mediante la Ley 7107 del 22/11/1988, al artículo 216 fue ampliado y mejorado, y con respecto al elemento del sujeto activo, se introdujo un nuevo párrafo que plantea un supuesto agravante de la estafa:

“Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público.”

Existe un agravante si el sujeto activo cumple con estas condiciones específicas, aunque el agravante fue creado por una alarma en la opinión pública durante la época de la reforma (1987-1988). Para autores como Finzi la existencia de cualidades agravantes del sujeto activo es normal, como por ejemplo el ser abogado, procurador o administrador.³⁴

³⁴ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 33.

Normalmente, se pone como excepción a las cualidades agravantes la de ser funcionario público, pues este elemento ocasionaría que el hecho caiga en otro grupo diferente de delitos, llamados Delitos contra los Deberes de la Función Pública.

Con respecto al sujeto pasivo, si se parte de que el bien protegido en la estafa es el patrimonio, entonces el titular del mismo será el sujeto pasivo. El sujeto pasivo no tiene que cumplir algún requisito especial, además de una capacidad general de discernimiento cuya ausencia impide ser engañado efectivamente en el sentido previsto por ley, como en el caso de incapaces³⁵. Pero es importante analizar algunas situaciones especiales, como la posibilidad de fraccionamiento entre el sujeto pasivo del engaño y el sujeto pasivo del perjuicio; o sea cuando el sujeto que recibe la conducta engañosa no sea el mismo que el sujeto perjudicado patrimonialmente en el delito. Un caso en donde se puede apreciar tal fraccionamiento es en la figura llamada doctrinalmente como “Estafa Procesal”.

Por estafa procesal se puede entender una modalidad fraudulenta cometida en un proceso, el autor despliega acciones engañosas dirigidas al juez o jueces, llevándolos a error y ocasionando un fallo patrimonialmente perjudicial para otro sujeto³⁶. Como se observa, el engaño es dirigido a una persona y el perjuicio a otra.

Aunque la figura de la estafa procesal es aceptada por la doctrina, no está reconocida expresamente en el Código Penal de Costa Rica. La jurisprudencia ha resuelto esta situación aclarando que es un tipo de estafa que cumple con todos los requisitos y que por lo tanto está prevista en la estafa genérica del artículo 216.³⁷

De acuerdo con ésta jurisprudencia, la estafa procesal, donde existe una particularidad en el elemento del sujeto pasivo, no significa un cambio significativo en el tipo de estafa pues sigue siendo abarcada y castigada por la estafa del artículo 216; posición compartida para los efectos del presente trabajo.

³⁵ Creus, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 473.

³⁶ Sala Tercera. Sentencia 1123-06 de las 9:20 horas del 10 de noviembre de 2006.

³⁷ Consultar, por ejemplo, Sala Tercera. Sentencia 2009-1275 de la 10:35 horas del 2 de octubre del 2009.

2. El Engaño

Considerado como el elemento característico de la estafa, como su alma; se ha llegado a opinar que el engaño le da fisionomía propia a la estafa y que constituye la principal diferencia con las demás formas de delitos contra el patrimonio³⁸. Este elemento consiste en la conducta engañosa desplegada por el sujeto activo y dirigida hacia el ofendido, induciéndolo en un error o falsa concepción de la realidad, conformando la base de la naturaleza fraudulenta de la estafa.

El jurista Muñoz Conde explica este elemento con base en una definición dada por Antón Oncea, quien habla de una simulación o disimulación capaz de inducir a error a otras personas. Muñoz Conde apoya esta definición y le agrega que se puede realizar mediante la afirmación de hechos falsos, o mediante la simulación de hechos verdaderos.³⁹

En el primer lugar de la secuencia de elementos de la estafa se encuentra la acción engañosa realizada por el agente o autor del delito; éste despliega una serie de actos que distorsionan la realidad y le dan una falsa apariencia, ocasionando que otras personas caigan en error. Como se puede apreciar, es muy importante el requisito de un nexo causal entre el engaño realizado por el sujeto activo y el error del pasivo, por la secuencia causal que se debe seguir en la estafa.

Cabe la aclaración de que normalmente se ha equiparado el término engaño con ardid, aunque el uso del segundo ha ido disminuyendo. Lo importante es que la acción constituya el fraude, aunque se han propuesto diferencias entre los términos.

Con ardid se podría entender maniobras o artificios, mientras que el engaño son las aseveraciones contrarias a la verdad. Carlos Creus lo explica de una manera fácil de entender; para Creus el fraude puede estar integrado por ardid o por engaños, esto significa que con ambos se pueden perpetrar las acciones que constituyen un fraude. Ardido es cuando se utilizan maniobras o artificios para engañar, pero para el engaño es suficiente hacer afirmaciones o negaciones contrarias a la verdad⁴⁰. Entendiendo esta explicación se le

³⁸ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 36.

³⁹ Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 423.

⁴⁰ Creus, Carlos. Op. Cit. Pág. 466.

puede dar un mejor uso a los términos, pero basta con recordar que la conducta engañosa debe ser razonablemente suficiente para producir un error en la víctima.

La acción de engañar está bien descrita en el artículo 216 penal, hay que destacar que la definición dada en el 216 puede aplicarse a un gran número de conductas, debido a que el artículo crea una estafa abierta y abstracta, algo ya explicado. Según el 216 la acción de engañar consiste en “la simulación de hechos falsos” y “la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos”.⁴¹

Se puede decir que, en general, simular hechos falsos es presentar como genuino un hecho inexistente. Deformar hechos verdaderos es sustraerle o cambiarle detalles esenciales; y ocultar es no poner a la otra persona en conocimiento de hechos importantes, necesarios para conocer la realidad. Esta definición no limita los medios para engañar, solo hay que aplicársele al caso que se esté atendiendo, lo que la convierte en una mejor opción que enlistar los ardidés uno a uno.

La definición del artículo 216 muestra un dato muy importante, el objeto con el cual se va a formar el engaño; pues según nuestra legislación, el engaño debe recaer sobre hechos. Se debe entender que hecho es todo aquello perceptible por los sentidos, y que, por lo tanto, es comprensible y susceptible de ser probado en un proceso. Puede ser, por ejemplo, una relación jurídica, un acontecimiento, un estado, una acción; lo importante es que el ardid se realice mediante los hechos, deformándolos o cambiándolos.

El jurista costarricense Castillo González le da importancia a esta afirmación sobre la composición de la conducta engañosa, alegando que es perfectamente deducible del Código Penal, y por lo tanto sólo es posible engañar mediante hechos (ya sean externos, internos, pasados, o presentes), pero nunca mediante: juicios de valor, opiniones, ni acontecimientos futuros.⁴²

Estos juicios y acontecimientos futuros se excluyen porque no manifiestan hechos que sean perceptibles y comprobables. Por ejemplo, vender un producto como “el mejor del mundo” o como “el producto del futuro”, en el primer caso solo hay una opinión, una valoración personal, en el segundo

⁴¹ Código Penal. Ley N° 4573 del 4/5/1970. Artículo 216.

⁴² Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 88.

se expresa un evento futuro que no es falso ni verdadero, solo probable o improbable. Estos casos no pueden constituir un engaño.

Es importante conocer otro punto acerca del elemento engaño, este punto es una discusión que se puede encontrar en doctrina y jurisprudencia: la discusión sobre su idoneidad. Se discute con cuál clase de engaño puede haber estafa, si puede ser una simple mentira o un ardid complejo; discusión que ha creado diversos criterios entre los autores.

Quizás uno de los criterios más estrictos es la que exige un *mise en scène*, criterio apoyado por la doctrina francesa y por el jurista Francesco Carrara. *Mise en scène* significa “puesta en escena”, o sea el estafador despliega una serie de actos, maniobras y artificios, muy efectivos para realizar el engaño; los simples engaños no serían una estafa, porque se opina que no es necesario proteger al incauto y al confiado.

Gran parte de la legislación y doctrina modernas no exigen el *mise en scène*, pero todavía se habla de otros requisitos de idoneidad. Por ejemplo, un criterio expresa que si bien no se puede exigir un *mise en scène*, la acción por lo menos debe tener la virtud de engañar a una persona de inteligencia media, a alguien con la diligencia y cuidado del ciudadano promedio. Es interesante como esta posición se puede encontrar en ciertas sentencias, relativamente antiguas, y en algunos autores, donde se alega que la estafa protege a las personas que tienen la diligencia mínima de proteger sus intereses, y no al incauto o al excesivamente confiado.⁴³

El problema de la propuesta es que un engaño puede ser idóneo para una persona, pero no para otras. Implica juzgar el error de la víctima con fórmulas preestablecidas como “diligencia media” o “inteligencia media”, sin tomar en cuenta las particularidades de cada caso; fórmulas que no están descritas en el tipo penal de todos modos. Además, es criticable las manifestaciones de este criterio de ofrecer protección solo a las personas con “diligencia media” o “inteligencia media”, pues se dejaría indefensos a los llamados incautos o descuidados, cuando son estos los que necesitan más protección; considerando que la estafa es puede ser suficientemente flexible como para ofrecer la protección.

⁴³ Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 164.

Una tercera posición, más abierta, consiste en expresar que para la idoneidad del engaño no importa si es un *mise en scène* o un engaño sencillo; importa si tuvo éxito, si generó un error en el destinatario. El jurista Conrado Finzi promueve el no limitar el engaño pues:

“La naturaleza del artificio que se ha empleado para producir el error no tiene trascendencia jurídica alguna, de manera que mal han hecho y hacen las legislaciones y la doctrina cuando han tratado y tratan de determinar esa manifestación externa de la maniobra fraudulenta.”⁴⁴

El autor, con este argumento, tiende a apoyar que la idoneidad requerida para el engaño sea más flexible y objetiva. Otros autores reconocen expresamente que lo importante es el resultado, y por lo tanto habrá idoneidad cuando se tenga éxito en generar el error en la víctima; por ejemplo, Fontán Balestra ha manifestado que:

“Si el ardid satisface la objetividad necesaria, ha existido perjuicio patrimonial, la acción está destinada a lograr la prestación, y medió relación causal entre ella y el error que decidió a la víctima, habrá que aceptar, como principio, que el medio es idóneo.”⁴⁵

El jurista Castillo González parece seguir este criterio, pues explica que el 216 del Código Penal no exige que el engaño tenga una gravedad en específico, por eso es suficiente cualquier engaño que induzca en error al ofendido.⁴⁶

Sin embargo, un criterio sobre la suficiencia de la producción del error podría ser complicado de aplicar⁴⁷, considerando, primero, la gran diversidad de casos que podrían representar una estafa y que tal vez en algunos existan particularidades que generen variaciones en la gravedad del engaño. Además la fórmula que se use debe servir para separar un engaño suficiente, de un engaño que representa un dolo civil, o una simple mentira no eficaz, y por lo tanto si existe alguna idoneidad.

Aparte de las anteriores, existe otra posición, una más útil y razonable para los efectos del presente trabajo. Este nuevo criterio le da más importancia

⁴⁴ Finzi, Conrado A. *Op. Cit.* Pág. 36.

⁴⁵ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. *Op. Cit.* Pág. 487.

⁴⁶ Castillo González, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 84.

⁴⁷ Salazar Rodríguez, Luis Alonso. *Op. Cit.*, pág. 639, afirma la superación de la tesis de la autonomía del error, que plantea la suficiencia de la simple concurrencia de un error.

a lo subjetivo, no exige algo tan rígido como la *mise en scène*, pero la idoneidad del engaño dependerá de las características del caso concreto, en especial del sujeto pasivo, por lo que se requiere un criterio más depurado.

El español Muñoz Conde expresa este criterio al opinar que el engaño (en abstracto) debe ser “bastante” como para, racionalmente, producir un error en otra persona. Pero hay que tener en cuenta, adicionalmente, la personalidad del sujeto pasivo, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, y cualquier otro factor que ayude a determinar si el engaño fue suficiente como para ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo.⁴⁸

Según este criterio, la efectividad del engaño es de cierta naturaleza relativa, pues influyen circunstancias como la educación de la víctima, su capacidad psicológica, y otras. Por este motivo, es importante analizar la suficiencia del engaño con cuidado.

“Tiene, pues, razón Gómez Benítez (p. 338) cuando niega autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, ya que lo que importa es la idoneidad del comportamiento engañoso en sí, lo que debe valorarse de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva.”⁴⁹

Además, la importancia de lo subjetivo hace que sea difícil el establecer un criterio tan generalizable como los otros mencionados. Pero, como es apreciable, no hay una necesaria separación entre lo objetivo y lo subjetivo, incluso otros autores también los han complementado; por ejemplo el argentino Donna lo hace proponiendo un criterio de 2 niveles para el análisis de la idoneidad.⁵⁰

A pesar de que en la jurisprudencia se pueden encontrar diversas posiciones, existen sentencias donde los juzgados han apoyado este criterio, expresando que la eficacia y naturaleza del engaño depende del destinatario y del caso concreto; por ejemplo la 282-F-90 de la Sala Tercera dice expresamente: “El criterio seguido altamente por la jurisprudencia patria ha sido el de considerar existente el artificio o engaño cuando éste ha sido idóneo en el

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 425.

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 425. Adicionalmente, Salazar Rodríguez, Luis Alonso. *Op. Cit.*, pág 639, establece: “La valoración causal del engaño, esto es, su suficiencia o bastanza para determinar el error del otro sujeto pasivo se hace hoy no sobre las tesis extensivas de la equivalencia de condiciones sino sobre la más restrictiva doctrina de la causalidad adecuada.”

⁵⁰ Donna, Edgardo Alberto. (2007). *Derecho Penal Parte Especial*. (segunda edición, Tomo II-B). Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 371.

caso concreto para inducir en error al ofendido, y producir de ese modo un perjuicio patrimonial.”

Al final, la idoneidad del engaño en el caso respectivo la determinará el juez, con base en los factores ya explicados, y utilizando sobre todo, la sana crítica racional.

Pero, en todo caso, el sujeto pasivo debe tener una capacidad mínima jurídica, pues tanto doctrina como jurisprudencia coinciden que en casos de menores de edad o de enfermos mentales no habría estafa, sino otro delito patrimonial como el hurto. También es importante que el engaño de la estafa vaya más allá de un dolo civil o incumplimiento contractual, límite que se explorará en su momento.

Algunos autores realizan una advertencia, que la idoneidad del engaño tiene una especial importancia en los casos de tentativa, pues en las estafas consumadas es bastante claro que, de una forma u otra, el ardid fue suficiente, pero en tentativas la idoneidad nos ayuda a excluir la posibilidad de una tentativa de delito imposible, o sea a determinar si la estafa no se consumó por la inidoneidad de los medios, o si no se consumó por circunstancias ajenas al autor.⁵¹

Para terminar lo referente al elemento engaño se puede afirmar que, a pesar de no ser necesario, la severidad del *mise en scène*, la simple mentira no es suficiente para constituirlo, a menos que se vea acompañada de hechos o maniobras externas, o que el sujeto activo estuviera jurídicamente obligado a decir la verdad. De la misma manera, si un silencio fue determinante en la generación del error, no existiría estafa si el actor no posee un deber jurídico de hablar. Ambas son afirmaciones aceptadas por gran parte de la doctrina.

3. El error

El siguiente elemento del tipo objetivo es el error, es importante no confundirlo con el engaño realizado por el sujeto activo. La conducta fraudulenta realizada por el sujeto activo debe inducir a la víctima en un error, en una falsa percepción de la realidad.

⁵¹ Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. cit. Pág. 487.

Para Edgardo Alberto Donna, error es un “estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial.”⁵²

El error se encuentra en un lugar central de la cadena de elementos de la estafa, debe ser producido por el engaño, y a su vez debe causar el desplazamiento del patrimonio. O sea, la producción del error en el sujeto pasivo servirá para medir el éxito del engaño; además el error debe provocar la determinación de la víctima de entregar el patrimonio.

Sin error no habría estafa, por ejemplo si alguien distrae a un cajero, valiéndose de cualquier ardid, para apoderarse del dinero; en tal caso hay hurto y no una defraudación, pues la voluntad del cajero nunca interviene en el desplazamiento del bien. Por eso, el error debe ser el puente entre el engaño y el acto dispositivo patrimonial, puesto que sin una relación causal entre estos elementos no habría estafa.

El artículo 216 del Código Penal habla de “inducir a error”, lo que quiere decir que el autor de la estafa debe influir en la psiquis de la víctima y causarle la falsa representación de la realidad, mediante la acción engañosa. Se discute si además de inducir a error, habrá estafa cuando se aprovecha un error ajeno ya existente. En nuestro caso la solución es fácil, pues el artículo 216, siguiendo la doctrina alemana, incluye dentro del tipo penal de la estafa el mantener en error.

Mantenimiento en error ocurre cuando el autor de la estafa colabora a que el sujeto pasivo no salga de la falsa representación de la realidad que ya posee. De acuerdo con Castillo Gonzalez, el mantener en error requiere que el autor realice acciones positivas dirigidas a prolongar o a aumentar el error que ya poseía la otra persona, o que tenga la obligación jurídica de aclararle la verdad de los hechos, y no lo haga; en cuyo caso habría una estafa de comisión por omisión.⁵³

Un ejemplo de mantener en error es el realizar un pago erróneo, el beneficiario de este adquiere la obligación de decir la verdad, y se vuelve en agente de estafa cuando decide aprovecharse y mantener en error al sujeto pasivo que realizó el pago, o cuando realiza acciones para empeorar el error.

⁵² Donna, Edgardo Alberto. Op. cit. Pág. 361.

⁵³ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 147.

Nuestro Código Penal, entonces, equipara el mantener con el inducir el error, pues no existe alguna diferencia práctica, ambas son formas del delito que se deben reprimir.

El error consiste en una idea o representación falsa de la realidad, como ya se mencionó. Esta representación falsa podría ser total o parcial, pero hay que distinguir el error de una ignorancia fáctica, pues ignorar significa la ausencia completa de cualquier representación o idea.

La Sala Tercera de la Corte Suprema ha explicado estos puntos acerca del error, por ejemplo ha dicho:

“El ardid puede inducir o mantener en error a la persona (esta parte del texto reconoce una obligación de lealtad entre las partes, la cual implica verdad), sin embargo, es necesario distinguir entre lo que se denomina como ignorancia fáctica (de los hechos) y el error, este último es una falsa representación de la realidad, mientras que el que ignora no tiene ninguna representación.”⁵⁴

Aquí la Sala afirma que se castiga tanto el inducir como el mantener en error, y que este último implica una obligación de decir la verdad, de sacar a la persona de su error. Además, la Sala explica la diferencia entre error y la sola ignorancia.

La ignorancia por sí misma, no puede configurar un delito de estafa, puesto que no es producto de un engaño. Sin embargo, recordemos que en los casos donde también exista un deber de hablar, de informarle la verdad al sujeto pasivo, ya sea por buena fe, por lealtad, o por mandato legal; en estos casos sí podríamos cometer estafa por mantener a la víctima en su error.

Por ejemplo, un guarda de un tren cree que todo está bien, sin conocer que se subió un pasajero sin pagar; el guarda no está siendo inducido ni mantenido en error, simplemente sufre de ignorancia, no tiene ninguna idea de la realidad.

Pero si el guarda le pregunta al pasajero si tiene boleto, y este contesta afirmativamente, contrario a la verdad; esta acción sí podría adecuarse al tipo

⁵⁴ Sala Tercera. Sentencia 580-f-96 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1996.

penal de la estafa puesto que se está manteniendo el error del guarda, mediante una acción positiva.⁵⁵

Es importante conocer esta modalidad de la estafa, de mantenimiento en error, prevista en nuestro Código Penal. Es en esta modalidad donde la ignorancia podría llegar a tener alguna importancia, si está acompañada de las condiciones necesarias, porque gran parte de la doctrina y jurisprudencia concuerdan en que la ignorancia por sí sola difícilmente va a configurar una estafa.

Con respecto al grado de intensidad que requiere el error, el jurista Castillo González propone que el error, como una falsa representación de la realidad, puede ir desde suponer que el hecho falso es cierto, hasta suponer que es posible, pasando por la duda de si el hecho es falso. Castillo explica:

“Quién creyó que lo que dijo el autor es posible que sea cierto y a consecuencia de ello, realizó el acto dispositivo, se encuentra en error. Puede ser que quien reconoció la posibilidad de que lo dicho por el autor fuera falso sea menos digno de protección que quien creyó su veracidad. Sin embargo, ello no es razón suficiente para no protegerlo penalmente...”⁵⁶

De esta forma, Castillo defiende que el error necesario para la estafa puede ser de diferentes grados de intensidad, puede ser que la víctima se encuentre segura, o que crea que existe una posibilidad, o que tenga duda de si es falso o cierto.

¿Quién puede ser un sujeto susceptible de error?, es obvio que el primer requisito es que sea un ser humano. En general, cualquier persona con la capacidad de representarse hechos falsos, a raíz del engaño del sujeto activo, y de tomar una disposición patrimonial con base en ese error; poco importa que sea olvidadizo, confiado, o fácilmente influenciado.

Para la producción de un error en el sujeto pasivo de la estafa, este requiere de cierta capacidad mental que le permita actuar con discernimiento y libertad. Por este motivo, parte de la doctrina exige que el sujeto pasivo tenga una capacidad mínima jurídica de discernir y de disponer de las cosas patrimoniales. Se discute qué sucede en casos de incapaces, como menores de edad o enfermos mentales, que no poseen esa capacidad; gran parte de la

⁵⁵ Ejemplos dados por Frank. Citado en Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 59.

⁵⁶ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 140.

doctrina lo resuelve diciendo que no habría una estafa, sino otro delito patrimonial como un hurto, puesto que no poseen la capacidad suficiente, pero sí perciben un perjuicio patrimonial.⁵⁷

Sin embargo, esta opinión mayoritaria podría tener sus problemas, no es correcto negar a priori esta capacidad mínima solo mediante criterios generales sin analizar las particularidades del caso; puesto que solo debería importar el ser capaz de realizar las exigencias concretas de la figura delictiva, y cualquier persona podría llegar a cumplir esas exigencias, solo habría que determinarlo viendo el caso en concreto.

Esta posición es apoyada por Castillo González, quien comenta que la exigencia de la capacidad de ser sujeto de engaño y error “debe verse caso por caso, sin que puedan establecerse normas generales, como las que derivan de la edad civil”⁵⁸. Otros autores como Edgardo Donna expresan una opinión parecida, según la cual lo importante es si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto un grado de madurez y sanidad mental suficiente para entender los componentes de la figura delictiva, en este caso el engaño y el error⁵⁹. Ambos autores prefieren analizar el caso concreto, buscando una capacidad de ser estafado, en lugar de usar criterios generales como los de edad o de capacidad jurídica.

4. La disposición patrimonial

El siguiente elemento del tipo objetivo es el acto dispositivo patrimonial, siguiendo la secuencia causal, este acto debe darse con motivo del error en que ha caído el ofendido o engañado; este elemento conecta el error con el perjuicio patrimonial final.

El engañado, a consecuencia del error, realiza un acto de disposición patrimonial, o sea la entrega de una cosa o la prestación de un servicio, disposición que causa un perjuicio para sí mismo o para un tercero. Para

⁵⁷ Romero, Gladys. Citado por González Fonseca, José Manuel. Estafa de Construcción. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992. Pág. 32.

⁵⁸ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 143.

⁵⁹ Donna, Edgardo Alberto. Op.Cit. Pág. 365.

Muñoz Conde da lo mismo que la disposición consista en un hacer (realizar un pago, por ejemplo) o en un omitir (renunciar a un crédito, por ejemplo).⁶⁰

La estafa es un delito de auto lesión, pues es el mismo derechohabiente quien realiza el desplazamiento del patrimonio. Esta es una característica muy importante de la estafa y la diferencia con otros delitos patrimoniales, como por ejemplo los delitos de apoderamiento, en donde el autor se apodera, por sí mismo, del patrimonio del sujeto pasivo. En la estafa, en cambio, es el mismo sujeto pasivo quién dispone del patrimonio, sacándolo de su esfera de dominio y entregándolo al autor de la estafa; el engañado realiza la disposición patrimonial en forma voluntaria, aunque con una voluntad viciada por el engaño.

El autor de la estafa, en lugar de apoderarse él mismo del patrimonio ajeno, utiliza al engañado como un instrumento, instrumento que le va a entregar el beneficio patrimonial que busca. Por eso se habla de disposición patrimonial, y no de apoderamiento.

Es interesante ver cómo el acto dispositivo patrimonial es un elemento no escrito en el tipo penal de la estafa, en parte porque es la sección de la estafa que realiza el sujeto pasivo y no el autor. Castillo González explica como la disposición patrimonial no se menciona en la redacción del artículo 216 del Código Penal, pero se presupone ya que es un elemento natural de la estafa, elemento que tiene como función limitar este delito a los casos de auto lesión del engañado⁶¹. Así por ejemplo, un robo donde se utilizó un engaño no sería estafa, puesto que el engañado no realizó ningún acto dispositivo, fue el autor del robo quién se apoderó del patrimonio.

La disposición patrimonial puede presentarse de diferentes formas, como un acto positivo (la más conocida), o como un acto negativo; el negativo se puede manifestar como una omisión o una tolerancia, por ejemplo.

La disposición patrimonial mediante acto positivo es aquella donde existe un comportamiento activo, el engañado realiza un comportamiento en donde dispone del patrimonio. El acto positivo puede ser un hecho, como la simple entrega de una cosa, puede ser un negocio jurídico, o incluso puede ser un acto administrativo, cuando se trata de un funcionario.

⁶⁰ Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 426.

⁶¹ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 157.

Con respecto a los actos negativos, tenemos por un lado la disposición patrimonial por omisión, cuando el engañado omite realizar una acción, como el hacer valer un derecho o una pretensión a tiempo. El jurista argentino Donna da el ejemplo de un acreedor que no cobra su crédito porque el estafador le hizo creer con un falso recibo o cuenta, que ya se lo había cancelado, o que había renunciado al crédito.⁶²

También existen los casos de disposición patrimonial por tolerancia, cuando la víctima acepta que un tercero o el autor de la estafa dispongan del patrimonio, permite que tome la cosa y se la lleve. Esta conducta no corresponde a un hurto ya que el bien no es sustraído contra la voluntad del sujeto, sino que éste autoriza que sea tomado, motivado por el engaño del estafador.

Sin importar la forma del acto dispositivo patrimonial, lo importante es que tenga como resultado la disminución de un patrimonio, este resultado debe darse de manera inmediata y directa.

Es importante aclarar algo con respecto a la persona que realiza la disposición patrimonial; para que haya delito de estafa es necesario que la persona engañada realice el acto de disposición, pero no es necesario que también sea el perjudicado. Esto quiere decir que la persona que sufrió el engaño va a realizar el acto de disposición patrimonial, y lo va a realizar sobre patrimonio propio o ajeno. Por eso, el perjudicado podría llegar a ser un tercero y no el engañado, como en el caso de la llamada estafa procesal.

5. El perjuicio patrimonial

El último elemento del tipo objetivo. De acuerdo con el tipo penal de la estafa, este elemento consiste en la existencia de una lesión o daño al patrimonio, como consecuencia inmediata del acto de disposición del engañado. Es por el perjuicio patrimonial que la estafa se clasifica como un delito patrimonial, además al ser un delito de resultado necesariamente requiere que se produzca.

Este elemento consiste en la producción de una lesión apreciable desde un punto de vista patrimonial, o sea desde el punto de vista de los valores con

⁶² Donna, Edgardo Alberto. Op.Cit. Pág. 378

significado económico; esta lesión es producida por la disposición patrimonial, siguiendo la secuencia causal de la estafa. La lesión es imprescindible para la consumación de la estafa, ya que el bien jurídico protegido es el patrimonio y para la realización efectiva de un delito se requiere la lesión al bien tutelado.

El autor Donna define perjuicio patrimonial como:

“... disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo, consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran. Para determinarlo, se debe comparar la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición patrimonial determinado por el error.”⁶³

Para el autor argentino Dayenoff, aparte de exigir una naturaleza patrimonial, esto significa que ocasione una disminución en el valor económico, también se requiere que el perjuicio sea real y concreto, no basta un daño potencial.⁶⁴

Se ha discutido el cómo determinar si hubo perjuicio; tal vez el método más aceptado se llama: teoría de los saldos totales. Esta teoría es una forma de valorar el daño patrimonial, según la cual habrá un daño cuando el patrimonio disminuye en su valor económico como consecuencia del acto dispositivo que realiza el engañado. Para determinar si ocurrió el daño patrimonial, la teoría de los saldos totales propone comparar y contabilizar el patrimonio que existe antes y después del acto dispositivo, incluyendo todos los activos y pasivos que lo componen y componían.

Si al comparar el patrimonio antes y después, encontramos una situación económica negativa, sin que exista una positiva que la compense, entonces existe un perjuicio patrimonial. Por lo tanto, sólo existirá un perjuicio efectivo hacia el patrimonio en tres casos:

- Si ocurrió una disminución de activos.
- Si ocurrió un aumento de pasivos.
- Si el derechohabiente perdió una ganancia que hubiera incrementado su patrimonio.

⁶³ Ibíd. Pág. 391.

⁶⁴ Dayenoff, David Elbio. (2005). Delitos contra la propiedad. Arts. 162 a 185 del Código Penal. Manual teórico-práctico. Argentina : Editorial García Alonso. Pág. 48.

De acuerdo con este método, existirá un perjuicio si, al comparar el patrimonio, hacemos alguno de esos tres descubrimientos. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a reconocer este método, por ejemplo en la sentencia, antes mencionada, N° 580 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1996.

Aunque se debe advertir que en la doctrina existe una discusión sobre la forma de determinar el perjuicio, discusión en la que se han formado 2 posiciones⁶⁵. La primera, la posición dominante, apoya la valoración objetiva, o sea determinar si hubo perjuicio basándose en criterios como el valor económico y monetario.

La segunda posición, la minoritaria, apoya la valoración subjetiva, pues se ha expresado que aunque el criterio económico es útil, hay que considerar las circunstancias del caso concreto; por ejemplo las necesidades e intereses del ofendido. Según este criterio, aunque no exista una pérdida económica, también hay que considerar otros detalles como la falta de utilidad subjetiva o la insatisfacción de intereses.

De las dos posiciones, la primera tiene el argumento más fuerte y razonable, ya que el resultado típico de un delito de estafa sólo puede ser la lesión al bien tutelado, y el bien tutelado en la estafa es el patrimonio. Es suficiente constatar que hubo un perjuicio patrimonial, una pérdida de valor económico.

C.- Elementos del tipo subjetivo

El tipo penal no solo cuenta con el tipo objetivo, cuyos elementos fueron explicados anteriormente, también es necesario la realización del tipo subjetivo. El tipo subjetivo está compuesto por elementos interiores, personales, mientras que el tipo objetivo es más externo.

El primer elemento de carácter subjetivo es el dolo, necesario para el delito de estafa. También se discute sobre ciertos otros elementos subjetivos necesarios para el delito de estafa, algo que será analizado.

⁶⁵ Ver Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág.190. También se puede encontrar en Donna, Edgardo Alberto. Op.Cit. Pág. 393.

1. El dolo

El dolo es el principal elemento subjetivo, se puede definir como la voluntad del agente de realizar el hecho descrito en el tipo penal, implica su deseo de obtener el resultado típico.

Una definición más completa de dolo es aportada por el autor Salazar Rodríguez, quién califica dolo como realizar la acción típica y antijurídica conociendo y queriendo la misma; se aprecia como se le otorga un importante enfoque al elemento volitivo y al elemento cognitivo, enfoque que el autor apoya doctrinaria y jurisprudencialmente. Por lo tanto, dolo, como elemento subjetivo, implica ejecutar los elementos del tipo objetivo del delito con conocimiento y voluntad, entendiendo y queriendo lo sucedido.⁶⁶

Asimismo, para Finzi dolo es la voluntad de realizar los hechos que constituyen un delito de estafa. Además, al ser la estafa un delito doloso, entonces no puede existir una estafa culposa; por ejemplo el erróneo alegato de no haber tenido conciencia de que los hechos y circunstancias afirmados eran inválidos, y que por eso no sabía que se estaba induciendo en error a alguien más. Esto significa que en una estafa, cuando se ejecuta, es necesario que el estafador tenga el conocimiento de la verdad, que sepa lo que está realizando.⁶⁷

Sólo podremos afirmar la existencia de la estafa cuando sus elementos son ejecutados en forma de una cadena intencional, existiendo dolo al ejecutar cada elemento; y la cadena debe estar dirigida a la obtención de un beneficio patrimonial antijurídico. O sea, la intención de estafar supone empezar con el engaño y llegar hasta el perjuicio, siendo también necesaria la intención de obtener beneficio patrimonial antijurídico, aunque no se exige que esta intención se cumpla.

Se excluye la posibilidad de una estafa mediante culpa, pero hay que tener claro cuál es el tipo de dolo que se exige. Es obvio que el dolo debe ser directo, por el nivel de intencionalidad exigido; pero también se ha llegado a afirmar que podría bastar con un dolo eventual, tal afirmación se puede

⁶⁶ Salazar Rodríguez, Luis Alonso. (2006). El dolo en los delitos de peligro. (primera edición). San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.

⁶⁷ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 87.

encontrar incluso en algunas sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema.⁶⁸

Aunque existen autores que rechazan esta posibilidad, muchos otros lo reconocen como una posibilidad razonable. Por ejemplo, que el agente reconozca la falsedad de algún hecho, y quiere presentar tal falsedad, prevé la posibilidad de que otras personas caigan en error, y acepta las consecuencias.

Castillo explica, opinión compartida para los efectos del presente trabajo, que el dolo respecto a los elementos del tipo objetivo de la estafa puede ser directo o eventual. Pero advierte que existen casos en que el dolo eventual puede no ser suficiente para configurar una estafa, en especial los casos donde el agente de la estafa simula hechos internos actuales y propios, pues en tales casos se requiere el nivel de intencionalidad de un dolo directo.⁶⁹

Ahora bien, aparte del dolo, también se habla de otro elemento del tipo subjetivo, este elemento consiste en la búsqueda de un beneficio.

2. La intención de obtener un beneficio patrimonial antijurídico

Este elemento consiste en un ánimo de obtener un incremento patrimonial antijurídico. Se puede exigir puesto que el artículo 216 del Código Penal dice que el autor de la estafa busca un beneficio patrimonial antijurídico para sí mismo o para un tercero.

Esto significa que, además del dolo, también es necesario que el autor de la estafa actúe con la intención de obtener esta forma de beneficio, pero no que no se exige el cumplimiento de esta intención.

Autores alegan que no habrá estafa si no existe la correspondiente intención de obtener un provecho antijurídico, Finzi da el ejemplo de alguien que trama un fraude pero no con un ánimo de lucro, sino con la intención de evitar un fraude.⁷⁰

Es importante no confundir intención con motivos, ya que puede suceder que el autor de la estafa tenga motivos inconscientes (como venganza por

⁶⁸ Ver por ejemplo la sentencia, ya mencionada, 580-f-96 de las 9:05 horas del 11 de octubre de 1996.

⁶⁹ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 210.

⁷⁰ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 87.

ejemplo) que coexistan con su intención de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. El tipo penal sólo exige la intención.

La exigencia de una intención de enriquecimiento no es un elemento único de la estafa, por ejemplo el artículo 214 (extorsión simple) habla de “procurar un lucro injusto”. Pero hay que tener presente las diferencias entre “injusto” y “antijurídico”.

Para que exista estafa la intención debe consistir en obtener un beneficio antijurídico, Castillo explica muy bien lo que se debe entender por antijurídico cuando dice:

“De acuerdo con la doctrina dominante, el beneficio es antijurídico, cuando el autor no tiene sobre él una pretensión jurídica fundada conforme al derecho material; esto es, conforme al derecho privado o conforme al derecho público.”⁷¹

Primero, no confundamos esta antijuricidad con la antijuricidad general que forma parte de la teoría del delito. Segundo, el beneficio que busca el estafador debe ser injusto, no está fundamentado en algún derecho, y le causa un perjuicio al legítimo propietario del patrimonio.

Esta forma de ánimo que posee el autor de la estafa, conforma el tipo subjetivo, junto con el muy importante dolo.

D.- Grado del delito: consumación y tentativa

Debido a la naturaleza de la estafa, por ejemplo la de delito de resultado admite un momento de consumación y uno de tentativa; se procederá a analizar estos grados de realización del delito.

La estafa se consumará cuando se ejecuten sus elementos obligatorios, objetivos y subjetivos, produciendo el daño al bien tutelado, o sea el patrimonio de la víctima.

Del texto del Código Penal (artículo 216) se puede interpretar que la consumación de la estafa ocurre con el perjuicio patrimonial, con la lesión al patrimonio ocasionada por su desplazamiento; incluso si el perjuicio se produce parcialmente. Esta forma de explicar el momento de consumación de la estafa es bastante aceptada; por ejemplo Fontán Balestra lo repite de una manera

⁷¹ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 226.

directa y concisa: “La estafa se consuma en el momento de tener lugar el perjuicio patrimonial.”⁷²

Se debe advertir que, debido a que la estafa es un delito de resultado cortado, se distingue entre consumación formal y consumación material.

El momento de consumación formal es el del perjuicio patrimonial, a la ley le parece suficiente que ocurra el perjuicio para que haya una estafa. Existe consumación material cuando el autor obtiene el beneficio patrimonial antijurídico que pretendía para sí mismo o para un tercero; aunque no interesa si ocurrió esta consumación material, pues a la ley le basta con la consumación formal.

Gran parte de la doctrina advierte sobre el resultado cortado en la estafa. Incluso la Sala Tercera ha entrado a explicar esta consumación, por ejemplo ha dicho:

“La exigencia de finalidades posteriores permite, en algunos delitos que sí la contemplan expresamente, por ejemplo la estafa, el fraude de simulación o la extorsión, delitos todos que afectan al patrimonio en su globalidad, distinguir entre dos momentos de consumación: la formal, que se da con la ocasión del perjuicio patrimonial causado, y la consumación material, que se da cuando el agente obtiene la finalidad deseada, específicamente el beneficio patrimonial antijurídico, sea para sí o para un tercero. No obstante, basta la consumación formal para que el delito se tenga como consumado, para los efectos penales correspondientes, pudiendo darse o no la consumación material.”⁷³

Aparte de la consumación, también es importante analizar cuándo sucede el grado de tentativa. Siguiendo lo establecido por el Código Penal, “hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente”.⁷⁴

Según esta definición habrá tentativa cuando el delito se encuentre en el momento del *Iter Criminis* (el camino del delito) llamado actos de ejecución, o sea el momento donde se puede identificar la ejecución del plan del autor del

⁷² Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 491.

⁷³ Sala Tercera. Sentencia 420-F-95 de las 10:00 horas del 21 de Julio de 1995.

⁷⁴ Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley N° 4573 del 4/5/1970. Artículo 24.

delito, y donde también se puede identificar la cercanía del peligro que corre el bien tutelado; pero no hay consumación por causas ajenas al sujeto activo.

El autor Tolomei, al explicar tentativa, expone que si consta la intención de apoderarse ilegítimamente de una cosa ajena para obtener un beneficio, entonces las maniobras y artificios que el agente usó como medios para ese fin, también merecen castigo.⁷⁵

En la jurisprudencia nacional se puede encontrar un aporte muy valioso en la discusión sobre la tentativa en el delito de estafa, aporte que consiste en la siguiente explicación:

“Es cierto que para la existencia de la tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico, de los cuales pueda también deducirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor...

En otros términos, habrá tentativa (el inicio de los actos de ejecución) cuando el autor esté desarrollando su plan para afectar el bien jurídico, de manera muy próxima y eficaz para lesionar ese bien, al extremo de producir una afectación de la disponibilidad que el titular debe disfrutar de ese bien jurídico.”⁷⁶

Considerando estos elementos aportados, es correcto deducir que el momento de tentativa en la estafa se debe encontrar dentro de su ejecución, y hay que tomar en cuenta factores como los hechos que deben ocurrir de acuerdo con el plan del autor y el tipo penal, así como el reconocimiento del peligro para el bien jurídico y su diferencia con el perjuicio que consume el delito, y la importancia de “engañar” como el verbo básico en su ejecución.

La tentativa de estafa se encuentra en actos de ejecución del autor, actos donde se pueda extraer su voluntad de causar la lesión patrimonial, actos cercanos a producir tal lesión creando un peligro comprobable y con efectos sobre el patrimonio. No es cualquier acción engañosa la que encamina los hechos hacia la tentativa de estafar⁷⁷, ésta comenzará si las acciones engañosas fueron efectivas pues introdujeron al sujeto pasivo en el error que

⁷⁵ Tolomeo. Citado por Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 90.

⁷⁶ Sala Tercera. Sentencia 580-96 de las 9:05 horas del 11 de Octubre de 1996.

⁷⁷ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 234.

representa un peligro inmediato para el bien patrimonial, por ser suficiente para dar inicio, de una forma u otra, con la disposición patrimonial. Es en este punto donde debe ocurrir la interrupción oportuna que impida el perjuicio típico y la consumación del delito.

En resumen, la tentativa implica cercanía y aptitud para lesionar el bien jurídico, y en la estafa tal momento se encuentra al inicio de los actos de disposición patrimonial producidos por el engaño efectivo, éste es el instante central de la ejecución del delito debido a que ya fue propiamente iniciada y el peligro de la lesión patrimonial es adecuadamente próximo; además es el momento donde más se requiere la interrupción ajena al autor para evitar el daño. Un ejemplo sería el caso en que la víctima asume, producto del engaño, la obligación de realizar una prestación pero antes de cumplir logra salir del error gracias al descubrimiento de la falsedad creada o a la interrupción realizada por alguna autoridad estatal.

Otro tema es el de la penalidad, las penas están claramente establecidas en el artículo 216, pero la forma en que lo hace permite que hablemos de una estafa mayor y otra menor. Será mayor cuando el monto estafado exceda de 10 veces el salario base, será menor cuando no lo haga.

E.- Participación

Con respecto a autoría y participación, el delito de estafa no presenta mayores dificultades, los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal se aplican plenamente, siendo autor el sujeto que realizó los hechos tipificados, incluso por medio de otros, teniendo el respectivo control y la necesaria intención.

La modalidad de coautoría también se incluye dentro de la participación en la estafa. Según el art. 45 el coautor realiza el hecho en conjunto con el autor, adquiriendo un nivel de participación importante. El coautor deberá tener los mismos requisitos necesarios para ser autor, según el tipo penal, en la estafa esto significa aspectos subjetivos como la intención de obtener el beneficio patrimonial. Como tal beneficio puede estar dirigido para el autor mismo o para un tercero, sería posible un caso de coautoría donde uno de los coautores busca el beneficio para el otro.

Con respecto a la autoría mediata, la doctrina ha aceptado la posibilidad de que ésta ocurra en la estafa, como el caso del autor que engaña a la víctima por medio de un tercero que actúa, a su vez, también por engaño. Es importante diferenciar esta forma de autoría mediata con casos como el de estafa procesal, en donde el tercero (el juez) no actúa en lugar del autor sino que sirve como sujeto pasivo del engaño.⁷⁸

En la estafa también se prevé la posibilidad de instigación y complicidad, siendo posible que tal participación llegué hasta el momento de consumación material.

Sección III.

El Fraude en la entrega de cosas.

Aparte de la estafa, también es necesario profundizar en otra figura delictiva importante para el presente proyecto, conforme los objetivos planteados; específicamente en el fraude en la entrega de cosas.

Al igual que con la estafa, se estudiará para facilitar el manejo y aplicación de la figura. Cabe destacar, que este delito es una forma especial de defraudación, del grupo que tiene en su núcleo al fraude. Pero como es especial, entonces todavía está conectada con su figura madre o genérica, o sea la estafa.

Esto quiere decir que comparten elementos, pero que el Fraude en la entrega posee circunstancias específicas que lo diferencian. Por eso, al estudiar este Fraude, debemos diferenciar cuando un elemento es genérico (compartido por la estafa), y cuando es específico del Fraude. No debemos desconectar una figura especial con su genérica, pues para configurar el delito de Fraude en la entrega se necesitan tanto los elementos genéricos como los particulares.

⁷⁸ Vives Antón, Tomás S., et al. (1999). Derecho Penal Parte Especial. (tercera edición). Valencia, España : Editorial Tirant lo Blanch.

A.- Generalidades

El fraude en la entrega está establecido en el artículo 219 del Código Penal. Con base en esta norma, se puede definir al fraude en la entrega de cosas como el defraudar en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que se deba entregar o de los materiales que se deba usar.

Es una buena definición, el uso del verbo “defraudar” se mantiene la conexión con la figura genérica, y después se explica las particularidades de esta forma de fraude. El problema del artículo 219 es que limita, considerablemente, los casos a los que se le puede aplicar este delito.

Se pueden encontrar muchas otras parecidas a la anterior, pero que no establecen una limitación como la de la última frase del 219. Por ejemplo, la legislación penal argentina castiga al que “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio”.⁷⁹

Con base en la norma, el argentino Dayenoff explica que la conducta castigada consiste en entregar una cosa diferente de la debida, exigida como contraprestación de un contrato u obligación, perpetrando el hecho con un ardid o engaño.⁸⁰

Otro tema a considerar es la denominación del delito, según nuestra tradición jurídica se denomina “fraude en la entrega de cosas”. Pero algunos autores usan otras denominaciones; por ejemplo “estafa en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas” o “defraudación en el cumplimiento de contratos u obligaciones sobre la entrega de cosas debidas”⁸¹. Aunque no importa tanto su denominación, mientras esta sea acorde con el contenido del delito.

Sobre el tema de su ubicación y clasificación, es correcto afirmar que corresponde a un Delito contra el Patrimonio, específicamente a una defraudación. Por este motivo, se encuentra ubicado en el título del Código Penal de “Delitos contra la Propiedad”, como parte de la sección “Estafa y otras defraudaciones”, es deducible que corresponde a una de las “otras defraudaciones”. Ya se ha explicado la familia de los delitos patrimoniales, así

⁷⁹ Congreso de la nación Argentina. Código Penal. Ley 11.179. Artículo 173.

⁸⁰ Dayenoff, David Elbio. Op. Cit. Pág. 52.

⁸¹ Navarro, Guillermo Rafael. (2007). Casos especiales de estafas y otras defraudaciones. (primera edición). Argentina : Editorial Hammurabi.

como el género de las defraudaciones; este fraude se encuentra dentro de esta clasificación, al igual que la estafa genérica.

Si se clasifica al fraude como delito patrimonial, es entendible que el bien jurídico tutelado es el patrimonio. El ofendido recibe una cosa con un valor económico menor al debido, pues se cambió su sustancia, calidad o cantidad, lo que ocasiona el perjuicio al patrimonio.

El autor Donna hace una advertencia al respecto, comenta que es cierto que este fraude lesiona el patrimonio, pero en la mayoría de casos la escasa cuantía de las lesiones y la tolerancia de los ofendidos ocasionan que sea poco perseguido⁸². Es una advertencia válida, pues existen pocos o casi ningún caso de fraude en la entrega en nuestra jurisprudencia; es posible que sea por una escasa cuantía, aunque se debe considerar que la cuantía defraudada puede variar mucho. Otra razón puede ser la confusión de este fraude con una estafa o un simple incumplimiento contractual, aplicándolos en su lugar.

A pesar de esto, se ha de aclarar que la modalidad de fraude en la entrega de cosas es un delito vigente y existente, conforme a la doctrina y la legislación, mientras no sea derogado.

B.- Elementos del tipo objetivo

El primer elemento son los sujetos. El sujeto activo puede ser cualquiera, con tal de que entregue algo indebido, engañando a quien lo recibe y causando un perjuicio patrimonial. Aunque se menciona que debe ser una persona capaz de contratar, de ejercer el comercio.⁸³

Hay que considerar que no será sujeto activo del fraude el empleado o dependiente, que desconoce si está entregando lo debido, y desconoce las intenciones de su patrono. Pero podría ser coautor la persona que realiza las maniobras con respecto a la entrega de la cosa, cuando el contrato fue celebrado por alguien más; dependiendo de las circunstancias del caso, de su control sobre el hecho.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, que haya sido capaz de establecer una relación jurídica con el sujeto activo, a partir de la cual le exige

⁸² Donna, Edgardo Alberto. Op.Cit. Pág. 406.

⁸³ Navarro, Guillermo Rafael. Op. Cit. Pág. 25.

la entrega de una cosa determinada, como una contraprestación. Para el autor Navarro, el sujeto pasivo puede ser tanto una persona física como una jurídica (él le llama ideal), en este último caso el receptor engañado es quien actúe en representación de la persona⁸⁴. Al igual que en la estafa, no es necesario que la persona engañada sea la misma que recibe la lesión a su patrimonio.

Otro elemento es el objeto, este delito tiene por objeto una cosa, es decir un objeto corporal susceptible de tener un valor económico; el fraude consiste en su entrega, pero con una sustancia, calidad o cantidad diferente a la convenida. Cuando se dice sustancia se refiere a la naturaleza o esencia de la cosa; la calidad se refiere a tener eficacia mejor o peor; y cantidad se refiere al número o medida.

Es necesario analizar qué sucede con el engaño, un elemento importante para este tipo de defraudación. Hay que advertir que existe la posición de que no es necesario que ocurran maniobras o artificios, pues basta el incumplimiento de la obligación; pero la posición dominante (y la más razonable) es la imprescindible inclusión del engaño en su estructura típica.⁸⁵ El argumento es que la conducta engañosa es parte de la naturaleza de un fraude, y si el mero incumplimiento constituyera el delito, se estaría cruzando lo penal con la civil, específicamente con el incumplimiento contractual.

Por eso se exige la realización de un ardid o engaño. El autor debe realizar acciones que distorsionen la realidad y provoquen un error en el sujeto pasivo, así él pagará un precio con la falsa creencia de estar adquiriendo una determinada cosa, cuando la verdad es que el autor lo está defraudando con respecto a su sustancia, calidad o cantidad.

El fraude debe recaer, específicamente, sobre esas características. Así por ejemplo, engaña en la cantidad el joyero que pone quilates falsos, o engaña en la sustancia el que entrega una cosa de metal haciéndola pasar por oro, cuando estaba obligado a entregar oro verdadero.

Para que exista un fraude, la diferencia entre lo pactado y lo entregado debe ir acompañada de maniobras que lleven a error al receptor de la cosa,

⁸⁴ Ibíd. Pág. 26.

⁸⁵ Ver Navarro, Guillermo Rafael. Op. Cit. Pág. 28. También se puede consultar: Dayenoff, David Elbio. Op. Cit. Pág.53; y Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. Op. Cit. Pág. 497

impidiéndole percibir la diferencia. El mero incumplimiento, en donde ni siquiera se pretende ocultar la verdad, cae más en el campo civil que en el penal.

Cabe aclarar que, si bien en la estafa genérica el engaño puede abarcar varias opciones, en el presente fraude existe una modalidad específica de engaño, basada en la entrega de la cosa y compuesta por los términos antes descritos. De hecho, se puede afirmar que su modalidad de engaño es una de las particularidades que la diferencian de la estafa genérica, y fundamentan su tipificación separada.

Es obvio que si existe este elemento también existe el error, la falsa apreciación de la realidad por parte del sujeto pasivo, por eso es mejor avanzar con el siguiente.

En este fraude existe un desplazamiento del patrimonio, pues el ofendido le realiza un pago al agente para adquirir la cosa, aunque motivado por el error en sus características. Se ha señalado que otra particularidad de este delito es que el autor del delito no sólo recibe sino que además entrega, pero entrega lo que no debiera.

Como todo delito patrimonial, existe un perjuicio, importante para la consumación del delito. Es necesario un perjuicio, un daño efectivo al patrimonio de la víctima; la diferencia de valor entre lo pactado y la recibido debe causarle un detrimento económico a la víctima. Aunque cabe recordar la advertencia hecha por Donna sobre la escasa cuantía de estos casos.

Existen otros elementos de tipo objetivo, particulares del fraude en la entrega, que se deben mencionar. Una de ellas es la existencia de una relación subyacente, un contrato o título obligatorio que no se exige en la estafa genérica.

La cosa es entregada en virtud de esa relación; el autor del fraude es una persona obligada jurídicamente a causa de un contrato u otro título. Además, la entrega fraudulenta es una violación a los términos del mismo, pues el contrato debe especificar o describir lo que haya que entregar; el sujeto activo debe entregar lo pactado.

Son títulos obligatorios, para el Derecho Civil, los actos que crean derechos u obligaciones a las partes. En este caso son de especial importancia los que pueden crear una obligación de entregar, como la compraventa, el arrendamiento, la permuta, entre otros.

Aparte de obligatorio, el título debe ser oneroso, pues en un título gratuito no habría perjuicio. También debe ser válido, pues un contrato o título nulo no es apto para configurar el delito; aunque Navarro expresa que si el título es anulable (relativamente nulo) podría haber responsabilidad penal si conservó su validez durante la consumación del delito.⁸⁶

Existe un último elemento, no establecido por la doctrina, sino especificado por el artículo 219; es la limitación del fraude a casos de “piedras o metales preciosos, objetos arqueológicos o artísticos, u objetos sometidos a contralor oficial”⁸⁷. El que se deba exigir o no tal elemento, es algo que se verá en su momento.

C.- Elementos del tipo subjetivo

Con respecto al tipo subjetivo, el dolo es esencial en este fraude, al igual que lo es en la estafa. Para que exista un fraude en la entrega de la cosa, el sujeto activo debe estar consciente de la diferencia entre lo entregado y lo que debía entregar, pues él planea disimular esta diferencia mediante engaño; con la intención de obtener un beneficio de la transacción.

A partir de la anterior podemos sacar dos conclusiones. Primero, este fraude sólo es concebible mediante dolo directo, el autor debe tener conocimiento de lo que está entregando, y la voluntad de entregarlo, mediante maniobras engañosas, perjudicando a la víctima. No es suficiente la culpa, como los casos de equivocación al preparar y entregar la cosa; este error no es suficiente para constituir el elemento subjetivo del fraude.

Donna apoya la necesidad de un dolo directo, pero hace la interesante observación de que el dolo debe ser actual al momento de la entrega de la cosa, siendo indiferente si existía o no al celebrarse el contrato⁸⁸. Esto puede denominarse como otra de las particularidades del fraude.

Otra conclusión es que, aparte del dolo, también es necesario un ánimo de obtener un lucro injusto; específicamente la voluntad de beneficiarse económicamente con la transacción, mediante las maniobras ya conocidas. Aunque interesa más si se perjudicó, efectivamente, a la víctima.

⁸⁶ Navarro, Guillermo Rafael. *Op. Cit.* Pág. 27.

⁸⁷ Asamblea Legislativa. *Código Penal*. Ley N° 4573 del 4/5/1970. Artículo 219.

⁸⁸ Donna, Edgardo Alberto. *Op.Cit.* Pág. 413.

D.- Grado del delito: consumación y tentativa

Para la consumación del delito se requiere que ocurra el daño al bien jurídico tutelado, o sea el patrimonio. Podemos localizar este momento durante la entrega de la cosa, pues ahí el autor cuenta con la intención necesaria y ya ha realizado las maniobras respectivas, además cuando la víctima acepta la cosa llegó al punto donde la transacción le está causando una disminución a su patrimonio.

La forma en que el artículo 219 describe el delito también nos permite afirmar la consumación con la entrega de la cosa, pues es en el momento de la entrega donde se defrauda al sujeto pasivo.

Este momento también permitirá determinar la tentativa. Si la tentativa requiere el inicio de los actos encaminados a la ejecución del delito, entonces en el fraude habrá tentativa cuando el autor empieza a desplegar las maniobras tendientes a efectuar la entrega de la cosa, tendientes a ocultar los vicios. La mera celebración del contrato, no implicará tentativa pues no se han ejecutado actos encaminados a efectuar el fraude.

Sección IV.

Análisis práctico de la relación entre ambas figuras

Es conveniente terminar este capítulo conectando las dos figuras estudiadas, examinando su relación, sus diferencias y semejanzas; y, sobre todo, dejando claro el tipo de casos en que conviene más aplicarlas, además del porqué son las mejores opciones para los efectos del presente trabajo.

Conforme a los casos objeto de estudio, es mejor centrarse en los delitos patrimoniales para buscar una solución a la problemática; siendo de especial utilidad el género de las defraudaciones. Como ya se explicó, tanto la estafa como el fraude en la entrega provienen de la familia de delitos patrimoniales, o sea que fueron creados con el principal propósito de proteger el patrimonio.

Se encuentran específicamente en el género de las defraudaciones. Dentro de las defraudaciones está el grupo de delitos en los que el fraude es

de vital importancia en su conformación. La figura central o representativa de este grupo es, por supuesto la estafa.

Como la estafa y el fraude en la entrega son especies de un mismo género comparten elementos que los asemejan, son elementos propios de su familia, como el perjuicio, el engaño, y otros ya explicados.

Pero la conexión entre estos dos delitos es un poco más complicada que la de especies de un mismo género. Las otras defraudaciones de este grupo son especiales y concretas, al punto de ser consideradas derivaciones de la estafa (figura central o genérica); pero cada fraude especial debe poseer algún rasgo característico que justifique su separación de la estafa.

El fraude en la entrega de cosas es una de las formas especiales de defraudación, tipificadas independientemente de la estafa por poseer particularidades en su configuración. En la sección anterior se enlistaron los elementos compartidos por la estafa y el fraude en la entrega, pero además se señalaron las particularidades que los separan. Particularidades como la exigencia de una relación (contrato o título), el hecho de que el autor esté realizando un desplazamiento, que deba entregar algo, la forma distintiva del perjuicio patrimonial, y el hecho de que no es necesario un dolo directo desde el inicio.

Pero todos estos rasgos se pueden encuadrar dentro de la característica principal, la particularidad que, probablemente, se utiliza más para justificar su existencia como delito separado: su modalidad especial y específica de fraude, compuesto por la forma específica de engaño, por lo que involucra, y por lo específico de su resultado.

En la estafa, el engaño es abstracto y amplio, pues se puede realizar simulando hechos falsos o deformando u ocultando los verdaderos; buscando generar un error, y un daño al patrimonio, daño que puede tomar muchas formas, al igual que las maniobras del engaño. Por lo tanto, la estafa genérica sirve para aplicarse a muchas modalidades de fraude, se busca abarcar diferentes hipótesis.

El fraude en la entrega sólo sirve para una hipótesis en específico: el fraude realizado con base en la entrega de una cosa, debido a una obligación contractual, con el objetivo de causar un perjuicio mediante la disminución en su valor. Este fraude sólo se podrá constituir en esta situación, mientras que la

flexibilidad de la estafa genérica es una ventaja, pues incluso se podrán abarcar casos de fraudes nuevos y originales.

Entendida su conexión, y sus diferencias, es posible hacerse la siguiente pregunta: ¿la justificación para separar el fraude en la entrega es suficiente?, ¿la forma en que está regulado el fraude sirve para evitar que sea abarcado por la estafa genérica?; esta interrogante es válida, sobre todo después de la reforma de 1988 que le otorgó al artículo 216 el nivel de abstracción actual, conservando la limitación del artículo 219.

La necesidad de estar tipificado y tener una particularidad distintiva, son importantes para el fraude en la entrega, específicamente para evitar que sea abarcado por la estafa genérica. Hechos como la escasa existencia de casos en la jurisprudencia son argumentos en contra, pero debemos recordar que a pesar de esto en nuestra sociedad se dan casos que en su naturaleza son fraudes en la entrega, pero tal vez existe una confusión, o una dificultad de aplicar la norma.

Castillo analiza la relación entre estos delitos, estudiando si la tipificación independiente está justificada. Para el caso del estelionato y del fraude de simulación, por ejemplo, el autor comenta que son ilícitos penales eficaces que operan en un ámbito diferente a la estafa.

Pero al analizar el fraude del 219 llega a la conclusión de que no es necesario, puesto que:

“La acción descrita en el tipo penal del artículo 219 Cód. Pen. está comprendida en la acción descrita en el tipo penal de la estafa general, conforme a la reforma de noviembre de 1988. En efecto, en las hipótesis descritas por el artículo 219 Cód. Pen., siempre habrá la simulación de un hecho falso o el ocultamiento o la deformación de un hecho verdadero.”⁸⁹

Pero con el autor también se puede observar que aunque el tipo penal del 216 pueda abarcar varias hipótesis, esto no significa que tiene que abarcar la de defraudaciones especializadas, sólo hay que buscar el fundamento de su separación y ver si tal fundamento sigue siendo válido para el respectivo contexto. Se denota esta posición, pues el autor entra a analizar otros fraudes

⁸⁹ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 27.

de la conocida Sección IV, muchos de los cuales los encuentra vigentes y con separación fundamentada.⁹⁰

Algo que también va quedando claro es que si una defraudación especial dejara de existir, los casos no estarían desprotegidos pues se puede intentar abarcarlos con la estafa genérica; incluso si las figuras estaban efectivamente separadas.

Para el autor Navarro, el fraude en la entrega de cosas es un tipo especial de estafa que “bien puede suprimirse del catálogo represivo si, como en la ley española actual, se acuña un tipo más amplio”⁹¹. Advierte que el ampliar el tipo de la estafa genérica puede ser un peligro para la eficacia del fraude en la entrega. Pero después de realizar esta advertencia, expresa su opinión de que es legítimo y válido regular este fraude como un tipo especial o impropio de estafa, pues tiene rasgos que la separan, su consumación se consigue con una dinámica distintiva; pero lo hace basado en la legislación penal de su país, Argentina .

En relación con el artículo 219 hay que decir, primero que nada, que todavía está vigente en nuestra legislación, pues no ha sido expresamente derogado. Lo que sí se podría alegar es que ha caído en una ineffectividad práctica, en un desuso; y aunque no existe un vacío pues todavía contamos con la flexibilidad de la estafa genérica, es interesante analizar cuál es el problema con nuestro fraude en la entrega, considerando que en otras legislaciones existe como un tipo independiente sin problema alguno.

Un problema es confundir los casos de fraude en la entrega, con estafa e incluso con un simple incumplimiento contractual. Pero este problema puede ser más profundo, volviéndose la principal causa del desuso; ya que la confusión puede recaer en los elementos, forma de consumación, o la naturaleza de un fraude en la entrega, errores que afecten su aplicación.

Es necesario asegurarse que el 219 tipifica el fraude en la forma correcta, asegurarse de que la descripción dada en nuestra legislación es adecuada y completa.

Ya se había mencionado que la legislación argentina describe este tipo de fraude como el defraudar en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas

⁹⁰ Ibíd. Pág. 26

⁹¹ Navarro, Guillermo Rafael. Op. Cit. Pág. 25.

que se entregan en virtud de contrato o de un título obligatorio. Pero no es la única legislación que lo regula con una norma simple y efectiva, el Código Penal de Chile lo describe utilizando esa misma frase.⁹²

Existen otras legislaciones con este fraude; por ejemplo el Código Penal de Ecuador castiga a quien engaña a un comprador acerca de la identidad, naturaleza, o cantidad de la cosa que se entrega⁹³. Sin embargo, en las ordenamientos donde no se prevé este fraude es común que se aplique la estafa genérica en su lugar, esto pasa sobre todo en países latinoamericanos.

Considerando que los anteriores son ejemplos de ordenamientos donde existe una estafa amplia y un fraude en la entrega como una defraudación especial; entonces hay que analizar si en nuestra legislación existe alguna diferencia o problemática en comparación.

Si se entra en materia más especializada que la abarcada en nuestro Código Penal; ciertamente el Derecho del Consumidor podría estudiarse como un posible factor que afecte la utilización del Fraude en la entrega, pero por el momento es más interesante notar que la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, al tipificar figuras delictivas especializadas, crea una modalidad verdaderamente utilizable en campos de “entrega de cosas”.

Tal figura se encuentra en el artículo 63 de la ley y consiste en la especialización de la forma de estafa del artículo 216 Penal, especializado para la protección del consumidor contra el comerciante que ofrezca o promocióne un bien sin cumplir lo pactado valiéndose de engaño para ello. A pesar de implicar una aplicación delimitada, este tipo vale incluso como un detalle a considerar en el tema de estudio.

Si se entra al Derecho comparado, legislaciones concuerdan en la modalidad del fraude en la entrega, o sea defraudar en la sustancia, calidad o cantidad y así causar el perjuicio. El artículo 219 de nuestro Código comparte la misma modalidad, pero una diferencia perceptible es la limitación a aplicarse sólo en casos de metales preciosos, entre otros, limitación que se encuentra al final del 219.

⁹² Congreso Nacional de Chile. Código Penal. Ley 18742. Artículo 467.

⁹³ Asamblea Nacional de Ecuador. Código Penal. Artículo 564.

Parece que en otros países se prefirió no limitar el fraude, además es difícil encontrar doctrina que apoye una limitación así. Si este delito no tuviera el límite tendría una cierta maleabilidad, se podría aplicar a diferentes campos como la construcción, la compra de bienes muebles valiosos, y no sólo los previstos. Un fraude así es más eficaz, además su separación de la estafa sería un poco más perceptible.

En conclusión, existen dos opciones perceptibles: una es derogar efectivamente el fraude del 219 si la intención es reconocer la suficiencia de la estafa genérica; la otra es reformar los elementos del 219 que dificultan su eficacia, estableciendo un verdadero fraude en la entrega. Esta decisión es de política criminal, aunque no es una decisión preocupante puesto que contamos con la estafa del artículo 216, una figura delictiva superior.

Capítulo II. El Contrato de Construcción.

Ya evacuado lo referente a las defraudaciones, ahora corresponde abarcar el campo de la construcción, específicamente del sector privado, otro componente importante del tema de la investigación. Es claro que, así como el capítulo anterior fue de materia penal, el presente se enfocará ampliamente en lo civil. Conforme a lo planeado, se estudiará la figura contractual que puede nacer en este, profundizando en sus elementos, efectos y responsabilidades.

Sección I. Generalidades del Contrato de construcción.

A.- Evolución.

Durante el siglo XIX y parte del XX, la forma más común de este contrato de obra fue la construcción de casas y habitaciones⁹⁴. Sin embargo esta figura fue evolucionando con el paso del tiempo, como es natural; evolución fundamentada en las transformaciones del Derecho Contractual y de los ordenamientos jurídicos, además de las transformaciones económicas y tecnológicas en la sociedad.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se notaron los cambios, se incrementó la construcción en cantidades masivas, no sólo de viviendas, también de edificios, inmuebles en propiedad horizontal, entre otros. Aumentan los proyectos masivos, que involucran “megacontratos” en donde se prevé todo lo necesario, como financiamiento, construcción, servicios, etc⁹⁵. También se incrementó el número de ordenamientos que entró a regular este campo.

⁹⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. (2003). Contratos Parte Especial. (Tomo II). Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 61.

⁹⁵ Ibíd. Pág. 61.

Actualmente estos contratos pueden alcanzar una gran complejidad e importancia.

B.- Concepto, características y delimitación.

Es correcto afirmar que el contrato de construcción es un acuerdo donde una de las partes se obliga, respecto a la otra, a la construcción de una obra de arquitectura e ingeniería, a cambio del pago de un precio. Esta es apenas una definición general, en las líneas siguientes se profundizará más en su concepto, características, y delimitación.

De acuerdo con la definición anterior, es posible clasificar este acuerdo como un contrato de obra con un objeto determinado: la edificación material de una obra arquitectónica⁹⁶. Hay que explicar ciertos puntos del género de los contratos de obra, para luego adentrarnos en el de construcción, el cuál es una de sus especies.

Es obvio que un acuerdo se puede clasificar como contrato de obra cuando implique la ejecución de una obra. Aunque es más adecuado definir contrato de obra como el convenio en donde una parte, a cambio de remuneración, se compromete a realizar una actividad creadora dirigida a obtener un resultado específico. Este resultado puede ser de orden material, por ejemplo el realizar una obra de arquitectura o ingeniería; aunque también puede ser de tipo intelectual, por ejemplo ejecutar una obra artística.

Este género contractual está previsto en nuestro Código Civil, en el título VI del libro IV; título que lleva el nombre “Del arrendamiento de obras”.

No hay que confundir el contrato de obra con el de servicios; en el contrato de obra el contratista se compromete no sólo al trabajo sino también a obtener un resultado determinado, en el contrato de servicios el contratista sólo ofrece su trabajo, independientemente del resultado.

Dentro de este género se puede ubicar el contrato de construcción, y su influencia se puede percibir en las características y naturaleza del mismo; por ejemplo el constructor no sólo se va a obligar a realizar la obra, también se compromete al resultado.

Consecuentemente, el contrato de construcción consiste en un convenio de obra, en donde una persona (contratista, constructor) se compromete a la

⁹⁶ González Fonseca, José Manuel. Op.cit. Pág. 75.

edificación, reparación o demolición de una obra de arquitectura e ingeniería; en cambio la otra (comitente, propietario) se obliga a pagar la remuneración debida. Este es un concepto adecuado y comprensible; las definiciones planteadas en la doctrina siguen estos mismos lineamientos.

Lorenzetti, por ejemplo, lo define como un contrato de obra material caracterizado por su objeto, el cual es la construcción de un edificio. Para el autor es normal que la obra sea de duración prolongada, y que incluya el realizar refacciones o ampliaciones, además de obras conexas como los planos.⁹⁷

Hay que aclarar ciertos puntos sobre las denominaciones que se usan para esta forma contractual. En algunas partes de la doctrina o la jurisprudencia se usa la denominación de contratos de locación (o arrendamiento) de obra, aunque este es un término desactualizado, por lo que es mejor denominarlos como contratos de obra, género antes explicado. Los autores argentinos Garrido y Cordobera definen locación de obra como la obligación recíproca entre dos partes, en donde una ejecutará una obra y la otra pagará un precio⁹⁸. En este concepto se puede observar la equivalencia entre los términos locación de obra y contrato de obra; siendo más adecuado y moderno el segundo.

Con respecto a la construcción, aunque las partes tienen libertad para conformar y denominar su contrato, en la práctica se les denomina simplemente “contratos de construcción”. Para los efectos del presente trabajo ese término es suficiente y adecuado, e incluso podría ampliarse a “contratos de construcción de obra determinada”.

Sin importar la denominación, este tipo de contrato es ampliamente reconocido. Nuestro Código Civil lo regula dentro del título “Del arrendamiento de obras”, en un capítulo llamado “De las obras por ajuste o precio alzado” (artículo 1183 en adelante). El título posee un lenguaje no muy actual pues usa el término arrendamiento de obra, aunque esto no es un problema preocupante; lo referente a precio alzado se verá más adelante.

⁹⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op.cit. Pág. 63.

⁹⁸ Garrido, R. F. y Cordobera González de Garrido, R. (1984). Contratos típicos y atípicos. Buenos Aires, Editorial Universidad. Pág. 24.

Aparte de la legislación, también lo podemos encontrar en la jurisprudencia; por ejemplo la Sala Primera define este tipo de contratos como:

“...aquel mediante el cual un sujeto (locador o constructor) se obliga a una prestación de hacer, edificar, a cambio de un precio, el cual será pagado por el dueño de la obra. En Costa Rica el locador debe estar incorporado al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos o, en su defecto, si se trata de un empresario no adscrito, deberá contar con un profesional responsable, quien se encuentre colegiado.”⁹⁹

En esta sentencia la Sala añade la intervención de un profesional en ingeniería o arquitectura a los elementos constitutivos del contrato de construcción. De esta manera, si la parte contratista o constructora no es un profesional en el campo entonces deberá contratar uno.

Establecido el concepto de los contratos de construcción, hay que proceder con su caracterización. Un contrato de construcción posee las siguientes particularidades:

- 1) *Es bilateral*: genera obligaciones para los dos partes.
- 2) *Es principal*: No depende de otros contratos, es auto suficiente.
- 3) *Es consensual*: Sus efectos propios se producen con el acuerdo de voluntad de las partes.
- 4) *Es oneroso*: Existe una utilidad para ambos contratantes, a cambio de la prestación de una de las partes existe la contraprestación de la otra.
- 5) *Es conmutativo*: Las prestaciones de las partes nacen al momento de perfeccionamiento del contrato, no interviene la aleatoriedad.
- 6) *No formal*: Puede ser celebrado verbalmente o por escrito.
- 7) *Tracto Sucesivo*: El constructor posee una obligación de hacer, y la va a cumplir con una ejecución sucesiva. Pero hay que considerar que la obligación del comitente o propietario es de dar, pues sólo debe pagar el precio, y la puede cumplir en forma instantánea.

Estos aspectos permiten complementar la noción sobre los contratos de construcción; pero también hay que realizar una delimitación de la figura, y así evitar la confusión. Primero hay que esclarecer la posible relación con la

⁹⁹ Sala Primera. Sentencia N° 1000-F-2005, de las 15 horas del 21 de diciembre del 2005.

compraventa; pues es claro que el contrato de construcción tiene esencialmente la naturaleza de un contrato de obra, pero se ha alegado que existen casos mixtos, como cuando el contratista, además del trabajo, suministra los materiales para la construcción; en este caso pareciera que la limitación con la compraventa se vuelve borrosa. Esta forma de obra con suministro de material se encuentra contemplada en nuestro Código Civil (artículo 1183); pero aún si se tratara de un contrato mixto, al ser la ejecución de la obra la prestación principal y el suministro de materiales la accesoria, es correcto afirmar que la primera absorbe la segunda. Además, es obvio que esta modalidad de contrato de construcción tiene como finalidad la ejecución de la obra en general, y no una venta de materiales.

Al afirmar su naturaleza de contrato de obra queda clara la separación con respecto a otras formas genéricas, que podrían causar confusiones similares; como por ejemplo: la compraventa, el mandato, el contrato de servicios, y el contrato individual de trabajo.¹⁰⁰

También es necesario exponer ciertas modalidades del contrato de construcción, que nacen gracias a la libertad de contratación que tienen las partes. Una modalidad importante de distinguir es la de contratos de obra conexos; en esta el propietario contrata la realización de la obra fraccionándola, otorgándole a una empresa la parte de los cimientos, a otra la albañilería, y así sucesivamente. Los contratos están separados, pero conectados con respecto al dueño de la obra, y por el hecho de que cada uno debe ejecutarse teniendo en cuenta la obra final.

Otra forma de contrato especial, pero un poco más compleja que la anterior, consiste en el conocido "llave en mano". Bajo esta modalidad, el propietario contrata y deposita su confianza absoluta en el profesional o empresa constructora, quien coordina el diseño, la construcción y la administración total del proyecto, desde que arranca hasta que termina, entregando la obra en funcionamiento pero recayéndole una responsabilidad integral.

¹⁰⁰ Garrido, R. F. y Cordobera González de Garrido, R. Op.cit. Pág. 26.

Otro caso que puede ocurrir es el de la subcontratación. Ocurre cuando el empresario constructor celebra el contrato, pero luego subcontrata a otros para que realicen ejecuciones parciales de la obra.

Existe, además, una modalidad contractual especial la cual se debe relacionar con el contrato de construcción ordinario o puro. Se trata de ventas o pre-ventas (mediante opción) de obras terminadas o en desarrollo, fórmula usada normalmente para obras habitacionales.

Cuando un empresario desarrolla una obra, se le puede llamar el desarrollador, con ayuda de un ente financiero (si lo necesita) y contratando al constructor. Vende la obra, comprometiéndose a que la está entregando con ciertas condiciones; o incluso puede buscar compradores cuando la obra todavía se encuentra en desarrollo, comprometiéndose a que cumplirá ciertas condiciones o tendrá las especificaciones escogidas por el comprador. Es claro cómo interviene una naturaleza de compraventa; pero el fenómeno de desarrollo de obra posee la esencia del contrato de construcción, como por ejemplo: la construcción de una obra de ingeniería y arquitectura, la posibilidad de exigir determinadas condiciones en la obra, la entrega de un resultado determinado que se puede calificar de obra, la existencia de riesgos, responsabilidades y obligaciones comparables con los de un contrato de construcción ordinario. Es posible incumplir las condiciones de la obra, existe riesgo de que se pierda, deteriore o no se termine la obra, y existe oportunidad para la responsabilidad civil (o incluso el establecimiento de una penal); como sucede en la modalidad ordinaria o pura.

Con fundamento en esto, y por la utilidad de su estudio para los efectos del presente trabajo, se verá los casos de desarrollo de obras como una variación o modalidad especial de la construcción ordinaria.

Otra práctica que puede variar la modalidad constructiva pura, es una figura llamada contrato de *escrow* (también llamado *plica*). Esta figura consiste en un depósito que retiene un tercero de confianza hasta que se cumplan ciertas condiciones; en un contrato de construcción el *escrow* puede usarse para realizar ciertas variaciones, como cuando se desea que un tercero de confianza sea el que maneje los fondos y pagos, acordando el momento y forma de las operaciones.

Tampoco se debe confundir el contrato de construcción de la obra con ciertos contratos paralelos o accesorios, que no tienen por objetivo la construcción de la obra, pero sí son un medio que colabora a ese fin. Un buen ejemplo es el llamado contrato de consultoría, desarrollado en el Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura¹⁰¹, contrato mediante el cual se adquieren los servicios de un profesional en ingeniería o arquitectura, necesario para la construcción de obras en nuestro país. Este es un contrato de servicios profesionales que se puede encontrar en los proyectos de construcción, en forma adicional o accesoria del convenio principal, ya sea que el servicio fuera adquirido por el propietario o el constructor; aunque las combinaciones contractuales dependen del caso en particular.

C.- Elementos constitutivos

Para una mejor comprensión, se dividirán en diferentes grupos los elementos que conforman un contrato de construcción.

1. Elementos subjetivos.

El contrato de construcción se caracteriza por su aptitud para una amplia participación de sujetos, cada uno con sus derechos y obligaciones, siempre con el objetivo final de ejecutar la obra.

En un primer plano encontramos a los principales sujetos del convenio, el propietario y el constructor; mientras que el primero encarga la obra, el segundo se compromete al resultado pretendido.

El propietario es el sujeto que encarga la obra determinada, una edificación, reparación, o demolición; a la vez se obliga (como contraprestación) al pago de un precio determinado. Pero tiene derecho de recibir la obra a su satisfacción, a que la obra cumpla las condiciones pretendidas. Este sujeto es el comitente, el dueño de la obra.

El propietario o comitente puede ser una persona física o jurídica, y no tiene que cumplir ningún requisito especial.

¹⁰¹ Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura. Sesión N° 6-88 AER del 16 de agosto de 1988.

El término más usado para referirse a este sujeto es el de “propietario”, pero esto no significa que el comitente debe poseer un derecho de propiedad sobre el terreno en que se va a construir; ya que la obra también puede ser encargada por un sujeto que ostenta otro derecho real, como un usufructo o una posesión. Además, el comitente de la obra puede ser también un representante del dueño del terreno.

Se debe recordar que, de acuerdo con el Código Civil, para que el poseedor tenga el derecho de posesión (y sus facultades como el usar o modificar la cosa), ésta se debe conservar por más de un año, en forma pública, pacífica, continua, y de buena fe¹⁰². Pero, incluso si no se tiene el derecho de posesión, un poseedor de buena fe puede realizar actos de modificación del terreno, si honestamente cree que no existe algún vicio en su título. Un poseedor de mala fe, en cambio, no podría buscar la construcción de una obra.

El constructor, también llamado empresario o contratista, es la parte que se compromete a ejecutar la obra, a obtener el resultado pretendido, a cambio del pago del precio. Está proporcionando un servicio conforme a un tiempo y costo determinado, responsabilizándose por el resultado; adquiriendo ciertas obligaciones y derechos.

El constructor acuerda con el propietario ejecutar una obra determinada, ajustándose a los proyectos, planos y condiciones establecidas; y (normalmente) a un límite de tiempo. Ciertos aspectos de esta obligación podrían variar, dependiendo de lo acordado por las partes; puede ser que el constructor sólo aporte trabajo e industria, o que también se comprometa a suministrar los materiales de construcción.

El artículo 52 de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos indica que las empresas consultoras y constructoras que desarrollan actividades en esos campos, deberán estar inscritas en el Colegio. Es interesante ver cómo esto se vuelve un requisito para el empresario constructor.

El constructor, al igual que el propietario, puede ser una persona física o jurídica. Las empresas constructoras privadas han sido clasificadas,

¹⁰² Asamblea Legislativa. Código Civil. Ley N° 63 del 28/9/1887. Artículo 279.

dependiendo de su objeto de trabajo, en tres tipos: construcciones residenciales y comerciales, plantas industriales y de procesamiento, y de construcción pesada (como edificios, carreteras, puentes, etc.).¹⁰³

El contrato de construcción, como todo contrato, tiene ciertos requisitos para que nazca a la vida jurídica. El primero es que estos dos sujetos, ambas partes del contrato, tengan la capacidad normal para obligarse. Por lo tanto, deben tener capacidad de actuar para que el contrato produzca los efectos.

Otro requisito es el consentimiento. Al ser un contrato consensual, se perfecciona con la manifestación de voluntad de las partes, que puede ser verbal o escrita, expresa o tácita.

Aunque estos sujetos son las partes esenciales en la construcción simple; hay que recordar la existencia de una variación especial (caso de desarrollo de obra) que posee un nuevo sujeto, el desarrollador, con un puesto intermediario, pero con características esenciales y comparables a la construcción simple; como la obligación de entrega de la obra determinada en el tiempo señalado.

Además de las partes esenciales, existen, en un segundo plano, otro grupo de intervinientes. En primer lugar está el diseñador e inspector, la persona encargada de los diseños, planos y especificaciones, y de la supervisión del avance de la obra y cumplimiento de los diseños. Es común que el mismo diseñador realice las labores de inspección de la obra; pero existe otra modalidad en donde se nombra un inspector subordinado, que vigila continuamente el lugar y la ejecución de la obra, y el diseñador se mantiene como supervisor general.

En Costa Rica, para realizar servicios de diseño e inspección, se requiere un título profesional en arquitectura o ingeniería, y estar inscrito en el respectivo Colegio Federado. Además, estas labores se conocen, en general, como consultoría; los servicios de consultoría se adquieren mediante el contrato de consultoría.

El Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura define la consultoría como cualquier labor

¹⁰³ Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. (1989). El contrato privado de construcción en Costa Rica. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica. Pág. 19.

eminentemente intelectual desarrollada por ingenieros y arquitectos, para el planeamiento, desarrollo y ejecución de obras¹⁰⁴. Podemos concluir, entonces, que el diseñador e inspector son papeles que cumple un consultor (sea arquitecto o ingeniero).

Es importante destacar que pueden existir distintas combinaciones contractuales: que el contratista sea a la vez consultor, que el contratista tenga a su servicio uno o varios consultores, que el comitente adquiera los servicios de un consultor; la combinación depende del caso en particular que se esté analizando, pues existe variedad en la práctica.

Además del consultor, en una construcción participan otros sujetos. Un ejemplo es el maestro de obras (encargado, por ejemplo, de repartir el trabajo), y los obreros; subordinados al constructor o contratista.

2. Elementos objetivos

El primero de los elementos es la obra. La obra es la razón de ser del contrato, es el objeto del contrato; como dice Lorenzetti: “el objeto del contrato de construcción es una obra material inmueble de duración”.¹⁰⁵

La obra, como objeto del contrato, consiste en el resultado al que se debe encaminar la actividad creadora del constructor, asumiendo la obligación de entregarlo a satisfacción del propietario.

Como se sabe, la prestación del constructor consiste en ejecutar una obra de ingeniería o arquitectura, las labores que realice deberán llevar a este resultado esperado, implicando una transformación relevante del inmueble.

El objeto del contrato (la obra) está sometido a ciertas reglas o condiciones; Lorenzetti dice que está sometido a “las reglas generales sobre licitud, posibilidad y determinación”¹⁰⁶. Con respecto a licitud, debe ser una obra lícita, legalmente posible; que cumpla la normativa (permisos, requisitos, estándares, etc.) existente en materia de construcción, no sólo de nivel nacional sino, incluso, la municipal. Es importante, sobre todo, que la obra

¹⁰⁴ Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Op. Cit. Artículo 4.

¹⁰⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op.cit. Pág. 74.

¹⁰⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis. Ibíd. Pág. 74

respete los parámetros legales sobre protección ambiental y protección del patrimonio cultural.

Además está la regla de posibilidad, la obra debe ser físicamente posible, no se puede exigir un resultado físicamente imposible de alcanzar.

La tercera regla, determinación, es muy importante; significa que la obra debe estar suficientemente determinada, mediante presupuesto, plano, diseño, u otras especificaciones descritas en el contrato. El comitente tiene una necesidad de que se realice la obra, por eso el contratista debe entregar la obra con las características esenciales para satisfacer al comitente, características acordadas oportunamente. Aunque la existencia de planos o diseños técnicos no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato, por lo menos se debe indicar elementos, cualidades o condiciones esenciales de la obra.

El segundo elemento objetivo es el precio. El contrato debe fijar un precio cierto, que el comitente se compromete a entregar (a modo de contraprestación) a cambio de la obra recibida a su satisfacción. Nuestra Sala Primera habla de tres maneras en que se puede pactar el precio¹⁰⁷:

- 1) *Por unidad de medida*: En lugar de fijar un precio global, se fija precios individuales, por pieza o cantidad, pagándose a razón de cada uno.
- 2) *Contrato de construcción por administración*: El empresario o constructor acuerda asumir la responsabilidad de dirigir técnica y administrativamente el proyecto, adquiriendo equipos, personal y materiales; que luego cubrirá el propietario. El propietario cancela los gastos por el levantamiento de la obra, así como un porcentaje de los gastos por honorarios profesionales y costos administrativos. El constructor rinde informes periódicos sobre el avance de la obra.
- 3) *Por precio alzado*: La forma más conocida. Se establece precio fijo, único e invariable, el cual va a pagar el propietario. El Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura permite fijar un precio global “cuando el alcance de los

¹⁰⁷ Sala Primera. Sentencia N° 1000-F-2005, de las 15 horas del 21 de diciembre del 2005.

servicios se puede prefijar y definir, en forma clara y precisa”¹⁰⁸. Del artículo 1189 del Código Civil se puede entender que el constructor asume el riesgo por aumentos en el valor de los materiales o la mano de obra, sin derecho de exigirle al propietario su reintegro.

Además del precio y la obra, se podrían encontrar otros elementos objetivos en un contrato de construcción, como un plazo en que se debe realizar a obra, la entrega de la obra, o alguno más.

3. Elementos formales

El contrato no requiere una forma especial, puede ser celebrado por escrito o verbalmente; aunque es claro que, en la realidad, la forma más importante es la escrita, sobre todo para proyectos complicados o extensos. La existencia de un acuerdo verbal generaría obligaciones, pero la complicación principal es un tema de prueba.

Otra característica formal es la existencia de documentación paralela al contrato en sí, igualmente necesaria para la ejecución de la obra, pues en el contrato puede existir una referencia al documento, o del documento se puede extraer una estipulación de las partes. Aparte del contrato, como documento formalizado, otras piezas importantes que hay que considerar son: especificaciones técnicas, el juego de planos, permisos de entes estatales, un proyecto de presupuesto, el cuaderno de bitácora, o incluso el estudio de impacto ambiental. Pero esta no es una lista exhaustiva, ya que depende del caso concreto.

Otra característica es la intervención de diferentes entes estatales, mediante la obligación de obtener ciertos requisitos o permisos, como parte del proceso para la construcción en nuestro país. Algunos entes, que intervienen de una forma u otra, son: el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Instituto Costarricense de Electricidad, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos; o incluso la respectiva Municipalidad.

¹⁰⁸ Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Op. Cit. Artículo 25.

Sección II.

Derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes

En virtud de la formación de todo contrato, las partes adquieren ciertos derechos y obligaciones, a continuación se hará un análisis expedito de las mismas.

Los sujetos del contrato de construcción tienen derechos y obligaciones ligadas a la prestación que a cada uno le corresponde según lo acordado. Pero, para empezar, hay que recordar que el artículo 1023 del Código Civil ordena que:

“Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.”

1. Constructor o contratista

El contratista, la parte que acepta ejecutar la obra, se compromete a todo lo estipulado y acordado en contrato de construcción suscrito con el comitente; pero también a las posibles consecuencias provenientes de la equidad, uso o la ley (de acuerdo con el 1023).

Es correcto afirmar que la obligación nuclear del empresario o constructor consiste en ejecutar la obra en la forma debida. La obligación no es sólo la mera actividad de construcción; sino que es muy importante que el contratista ejecute la obra con estricto apego a lo acordado, y plasmado en planos, presupuesto, o condiciones.

Cuando se dice “ejecutar” se entiende toda actividad destinada a la materialización física de la obra pretendida, e implica una serie de pasos. Primero, y antes de desplegar el trabajo, debe realizar labores previas como: examinar el suelo, los títulos de propiedad, y (el más importante) el estudio de los planos y diseños; aunque el fiel seguimiento de estos es una labor que se extiende por todo el proceso.

Después debe iniciar los trabajos de construcción, utilizando los recursos humanos, técnicos y materiales de manera apropiada, y a un ritmo apto.

Pero, sin duda, lo más importante es que la ejecución se ajuste a lo estipulado, que la obra se realice a satisfacción del propietario. Aunque es interesante como el Código Civil (artículo 1193) establece que si la obra de ser hecha a satisfacción del propietario o un tercero, tal juicio estará reservado a la aprobación de peritos; para evitar arbitrariedades.

El autor Lorenzetti afirma que si no se acordó las condiciones a las que debe ajustarse la obra, entonces deberá ajustarse a lo que surge de la ley, la costumbre y (sobre todo) a las reglas del arte y la técnica; las reglas de la actividad constructiva que permiten resultados aceptables.¹⁰⁹

Esta obligación nuclear implica una segunda obligación, la entrega de la obra; o sea poner la obra a disposición del propietario en el tiempo y lugar convenidos. Este momento es de suma importancia, ya que aquí se determina si la obra es satisfactoria, se pueden hacer reclamos por vicios o incumplimientos encontrados, y el propietario dará su posible aceptación ante la entrega.

Se pueden extraer ciertas obligaciones secundarias, pero también importantes, como por ejemplo la de custodiar los materiales y el equipo aportado por el propietario, así como la obra misma. Además, si se escogió la modalidad contractual en donde el constructor debe suministrar los materiales, entonces esto se vuelve un deber accesorio.

Otro deber es el permitirle al propietario vigilar el avance de la obra. Si bien es cierto puede existir un profesional dando servicios de inspección, nada le impide al propietario mantenerse al tanto de la situación; y el constructor deberá permitir ambas vigilancias.

Claramente el derecho principal del constructor es que se le pague el precio acordado, en la manera y tiempo acordado; es su recompensa por las labores realizadas. Podemos encontrar otros derechos, dependiendo de lo que se pactó; por ejemplo si sólo debe poner su trabajo o industria, entonces podrá usar el personal y medios a su acceso, y el propietario debe cooperar

¹⁰⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op.cit. Pág. 76.

suministrando los materiales, si así se pactó. Si se acordó un plazo para concluir que sea insuficiente, puede pedir una extensión.

Con respecto al momento de entrega, el propietario puede no aceptarla alegando un defecto o incumplimiento percibido; pero si considera que la obra carece de tales, o que el propietario nunca justificó su rechazo de recibir la obra, entonces puede solicitar que se declare en mora al propietario.

Además, puede ejercer derecho de retención, pues podría negarse a entregar la obra frente a la falta del pago del precio. Con la aceptación y recepción de la obra, el constructor queda libre de su obligación nuclear.

2. Propietario o comitente

La obligación nuclear del comitente puede partirse en dos. Primero está la recepción de la obra en el tiempo y forma convenidos, pero sólo si la obra es satisfactoria a la hora de la entrega.

La segunda es el pago del precio en la forma acordada; en principio este debe pagarse al recibir la obra. Si se pactó la modalidad de pago por piezas o cantidades, entonces debe pagar al ser entregada cada una.

Existe un grupo de obligaciones secundarias que se pueden encerrar en una obligación genérica de cooperación con las demás partes. Por ejemplo debe “poner al empresario en condiciones de cumplir la obra”¹¹⁰, lo que implica suministrar planos, materiales o instrumentos que se haya comprometido a aportar; proporcionar la información necesaria sobre el terreno, además de cooperar para que el trabajo se desarrolle sin interrupciones injustificadas, entre otras. El incumplimiento de esta obligación de cooperación implica una violación al principio de buena fe que debe imperar en los negocios.

Una obligación que le puede corresponder, si así se acordó, es la de tramitar y obtener las autorizaciones de la Administración Pública necesarias para dar inicio a la obra. También se ha afirmado que le corresponde el deber de mantener al constructor en la posesión pacífica del terreno objeto de modificación.¹¹¹

El derecho central del propietario es la realización de la obra con las condiciones convenidas, y la entrega de la obra a su satisfacción pero con el

¹¹⁰ Borda, Guillermo. Citado por Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. *Op. Cit.* Pág. 54.

¹¹¹ Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. *Ibíd.* Pág. 56.

limitante del artículo 1193 del Código Civil. De este derecho se extraen otros, como el derecho de inspeccionar y vigilar el avance de la obra, e inspeccionarla al momento de la entrega; haciendo ver cualquier incumplimiento percibido.

Es entendible que el propietario puede dar paso a las medidas respectivas del derecho contractual para contrarrestar incumplimientos serios¹¹² (artículo 692 del Código Civil); medidas como la ejecución forzosa, le resolución del contrato, más la posibilidad de responsabilidad civil contractual por el sobrevenir de daños o perjuicios, dependiendo de las particularidades del caso.

3. Consultor

Si se define al consultor como el profesional que puede realizar los papeles de diseñador y/o inspector, entonces es sencillo precisar sus obligaciones principales.

Como diseñador su deber más importante es la confección técnica del proyecto, lo que implica la elaboración de los planos con base en los cuales se ejecutará la obra, así como las especificaciones técnicas necesarias, por ejemplo lo relativo a cimientos, instalaciones de agua y electricidad, así como ciertos detalles y acabados deseados por el propietario; además se encarga de evacuar dudas con respecto a estos documentos.

Como inspector debe fiscalizar al contratista y el proceso de construcción de la obra, vigilar que ésta se realice de conformidad con los planos, las especificaciones técnicas y el contrato en general. Esto implica realizar, por lo menos, visitas periódicas a la obra para verificar su progreso, así como brindar reportes sobre el avance, y dar asesoramiento técnico en caso de ser requerido.

Es mejor separar las funciones del consultor en estos dos grupos, debido a que no siempre realizará ambos papeles. Aun así, el Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura (artículo 11) da obligaciones generales del profesional que realiza la consultoría, obligaciones como: lealtad con el cliente, aceptar sólo cargos para

¹¹² Ver, por ejemplo, Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Sentencia 169-09, de las 10 horas 40 minutos del 14 de mayo del 2009. Aquí el tribunal aplica esta regla general al contrato de construcción.

los que esté capacitado, guardar confidencialidad sobre la información aportada por el cliente, entre otras.

Es obvio que el principal derecho del consultor es el pago de los honorarios por el servicio profesional brindado. Pero el Reglamento anterior expresa un derecho muy especial, pues afirma (artículo 8) que la actividad creativa del consultor está protegida por las normas de propiedad intelectual.

Sección III.

Responsabilidad de los sujetos intervinientes

Los sujetos intervinientes en la construcción tienen responsabilidades, identificables y atribuibles. Las responsabilidades más importantes, en las que pueden incurrir las partes, son las conocidas contractual, extracontractual, y (posiblemente) penal. Esta última se enfocará en el próximo capítulo.

La responsabilidad contractual proviene de la violación a las disposiciones y obligaciones provenientes del contrato, provocando la consecuente obligación de responder por los daños y perjuicios derivados. Dentro de nuestro ordenamiento civil la podemos encontrar en los artículos 692 y 701 al 707, del Código Civil. Hay que tener en cuenta la existencia de obligaciones no necesariamente expresadas en el documento del contrato de construcción, cuyo incumplimiento también ocasionará consecuencias. Cabe recordar, además, que el artículo 702 (de los antes mencionados) prevé las conocidas causales eximentes.

La extracontractual no está basada en relación contractual, sino que “agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta”¹¹³. En un contrato de construcción esta responsabilidad se podrá encontrar, por ejemplo, en daños a terceros causados por la obra ejecutada o en construcción.¹¹⁴

Se verá las responsabilidades, en general, de los sujetos intervinientes mediante el estudio de casos o formas que ocasionan un deber de responder.

¹¹³ Sala Primera. Sentencia 460-F-03 de las 10:45 horas el 30 de julio del 2003.

¹¹⁴ Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. Op. Cit. Pág. 104.

1. Constructor o contratista

El contratista, por su actividad y obligaciones, es quizás el más expuesto a ver comprometida su responsabilidad. Existe una concepción social de responsabilidad que le es aplicable, basada en la ética profesional y en la confianza que se le deposita¹¹⁵. Pero, centrándose en la concepción legal, la principal obligación es ejecutar la obra y entregarla en la forma esperada, ante cualquier incumplimiento de esta prestación responderá frente al propietario.

Es notorio que responderá por el deterioro o pérdida de la obra antes de su entrega, que sea de su responsabilidad, ejemplo por impericia. En el caso del riesgo de la pérdida de la obra, antes de la entrega, por fuerza mayor o caso fortuito, hay que considerar ciertas variantes para determinar si el contratista lo asume. Asumirá la pérdida en el caso de que haya suministrado los materiales¹¹⁶, con base en una aplicación de la regla *res perit domino* (pues él es dueño de los materiales); y con base en lo dicho por el artículo 1183 del Código Civil. Una excepción, a este riesgo que debe asumir, es la morosidad del propietario en recibir la obra.

Pero la responsabilidad del constructor se extiende mucho después de la entrega de la obra. El artículo 1185 del Código Civil extiende la responsabilidad ante la pérdida total o parcial de la obra (por vicios de la construcción, o vicios en el suelo, por ejemplo) hasta por 5 años, contados a partir de la recepción. Costa Rica no es la única con una extensión, pues en Argentina existe una norma similar extendiendo la responsabilidad por pérdida hasta por 10 años, pero para obras destinadas a duración prolongada.

Se debe entender “pérdida” no en un sentido técnico, implicando que la obra efectivamente se derrumbó o destruyó; sino en uno jurídico¹¹⁷, implicando la existencia de un vicio o defecto que ha disminuido apreciablemente la aptitud de la obra para cumplir su destino, ha reducido (o suprimido totalmente) su vida útil.

El motivo probable de esta extensión de la responsabilidad es que la mayoría de vicios que afectan la obra, producidos durante su ejecución, no se

¹¹⁵ Rondina, H. y Rondina, G. (2008). Daños en la construcción. Argentina : Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 25.

¹¹⁶ Garrido, R. F. y Cordobera González de Garrido, R. (1984). Contratos típicos y atípicos. Buenos Aires, Argentina : Editorial Universidad. Pág. 43.

¹¹⁷ Borda, Guillermo. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. Op.cit. Pág. 94.

manifiestan o son detectados fácilmente, por ejemplo durante la entrega. Parece que el artículo pretende proteger al propietario, creando un plazo de garantía en donde el constructor responde por los efectos perceptibles de vicios producidos durante la ejecución de la prestación que le correspondía en la relación contractual, y que se han manifestado después de la entrega de la obra. Se puede hablar de responsabilidad tipo contractual, pues responderá por la ruina total o parcial de la obra.

Por exclusión, a los supuestos de responsabilidad del constructor que no entren en previsto por el 1185 se les puede aplicar las reglas comunes sobre prescripción ordinaria.

Hay que aclarar la posibilidad de que existan defectos en la obra que difícilmente ocasionan una “pérdida total o parcial”, o defectos por los que no es responsable el constructor. Este último es el caso de fallas normales, explicadas por reglas de la ciencia o técnica como un producto de antigüedad, de la falta de mantenimiento que debe dar el usuario del inmueble, o de la falibilidad natural en la ingeniería o arquitectura¹¹⁸. Tampoco es responsable si la pérdida de la obra fue causada por eximentes como una fuerza mayor.

Durante la ejecución de la obra, no responde por errores o defectos no notorios en los planos elaborados por un diseñador (consultor), planos que le fueron entregados. Diferente sería si no observa que los planos tienen errores graves o fáciles de detectar, para alguien con conocimientos o experiencia en la actividad constructora.

Si detectara estas imprecisiones o problemas serios, la prudencia y experiencia dictan que pida la explicación o asesoría correspondiente. Además, si le fueron entregados los planos, responderá por no haberlos seguido puntualmente, o por haber realizado cambios no autorizados o acordados; a menos que se le haya permitido tomar decisiones ante imprevistos que se presenten durante la ejecución de la obra.

Debido a las diferentes combinaciones contractuales que suceden en la práctica, lo explicado anteriormente se aplica a casos donde el constructor no participó en la confección de planos, diseños o especificaciones, porque estos fueron realizados por un consultor perfectamente individualizable. Pues existen

¹¹⁸ Entrevista con Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón, asesora legal de la Cámara Costarricense de la Construcción. San José, 27 de agosto de 2010.

otras modalidades en donde las obligaciones y responsabilidades del consultor y constructor se pueden confundir o superponer; como en el caso de constructor que también realiza servicios de consultor, el consultor subcontratado por el constructor, o que tiene una relación laboral con este. En caso de una confusión seria o de identidad, se podría alegar una responsabilidad indistinta.¹¹⁹

Con respecto a los materiales que se utilizan para la construcción, si el constructor los suministró, entonces será responsable por un vicio como el utilizar materiales diferentes a los previstos o necesitados, diferentes por una menor calidad o cantidad. Pero hay que hacer la advertencia de que en un contrato de construcción se puede pactar que, sobre la marcha de la obra, el constructor podrá tomar decisiones sobre los materiales que deba suministrar, siempre en beneficio del propietario; por ejemplo si el material acordado ya no se encuentra en el mercado.¹²⁰

Incluso en doctrina estadounidense se ha llegado a abarcar este tema, estableciendo que el contratista garantiza que los materiales y equipo por él suministrado serán de buena calidad, y nuevos a menos que el contrato permita otras circunstancias; y además garantiza que la obra estará libre de defectos que no sean inherentes a la cualidad establecida.¹²¹

Analizando otro escenario, al constructor no se le podría responsabilizar por defectos en los materiales suministrados por el propietario, si lo advirtió oportunamente. Puede existir cierta responsabilidad basada en el hecho de que utilizó los materiales, a pesar de tener defectos serios o detectables, sin haber hecho una advertencia oportuna.

En los contratos de tipo “precio alzado”, el constructor asume la responsabilidad de los excesos en el presupuesto, al no poder variar el precio global pactado.

Con base en el artículo 1048 del Código Civil, y en la conocida responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*, el contratista será responsable por las faltas o errores cometidos por personas empleadas por él para la ejecución

¹¹⁹ Borda, Guillermo. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. *Op.cit.* Pág. 99.

¹²⁰ Entrevista con Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón, asesora legal de la Cámara Costarricense de la Construcción. San José, 27 de agosto de 2010.

¹²¹ White, Nancy J. (2002). *Principles and practices of construction law*. Columbus, Ohio, Estados Unidos : Prentice Hall. Pág. 285.

de la obra. Podría decirse que, en forma parecida, es responsable, ante el propietario, por la labor del subcontratista. Parte de la razón de esto es que el contratista es el obligado frente al comitente, y, al ser una obligación de resultado, a éste no le interesa con quien ejecutó la obra.

Un tema difícil de exponer, de ahí la importancia de un análisis eficiente, es el cómo funciona la responsabilidad laboral con respecto a los trabajadores de la obra, incluyendo la responsabilidad ante las obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social, como la de cobertura de trabajadores y el pago de las respectivas cuotas, establecidas en su Ley Constitutiva. Para la atribución de esta responsabilidad es importante examinar los términos del contrato y la ejecución del mismo, pues existe una modalidad en donde se puede establecer una responsabilidad solidaria entre contratista y propietario, considerando cómo el artículo 3 de nuestro Código de Trabajo reconoce la intervención de un tercero (llamado intermediario) en la relación laboral.¹²²

Para el derecho de trabajo un intermediario provee o contrata los servicios de personas para la ejecución de un trabajo, pero en beneficio de otro quién debe ser considerado como el patrono; encontrándose ambos solidariamente obligados frente a los trabajadores, y frente a las respectivas instituciones sociales. Se puede definir la figura del intermediario como el sujeto quien contrata los servicios del trabajador en nombre propio, pero en beneficio de otro, comprometiendo la responsabilidad del beneficiario así como la propia.

Hay que recordar como, normalmente, el contratista es un empresario independiente que, mediante un contrato enteramente civil, se compromete a ejecutar por su cuenta una obra encargada por el propietario, y además como habitualmente se le ve como el único patrono de los trabajadores subordinados a él en la ejecución de la obra.

Pero existe un criterio para determinar si asume o no la figura laboral de intermediario, ese criterio se extrae del último párrafo del mismo artículo 3 y consiste en la ejecución de la obra con capital propio. Cuando el contratista realiza la obra con capital propio, entendiendo tal como contar con una organización empresarial suficiente para realizar la construcción en forma

¹²² Sala Segunda. Sentencia N° 954 de las 2:12 horas del 30 de junio de 2010.

autónoma, entonces el contratista será el único patrono responsable. Cuando realiza la obra sin esa autonomía, pues depende del propietario para ejecutarla, primordialmente si él suministra los materiales, fiscaliza el avance y sufraga los costos provenientes de los trabajadores; así el contratista deja de ser un empresario independiente para ser un intermediario, y el propietario de la obra pasa a ser el patrono por su condición de último beneficiado.

Este planteamiento es ampliamente reconocido, incluso en doctrina internacional se ha expuesto el diferenciar, dentro de los medios de tercerización o descentralización productiva, una verdadera contratación o subcontratación, donde el contratista es responsable sobre sus trabajadores; a la existencia de una intermediación, porque el contratista-intermediario no está realizando el proyecto con sus propios medios sino aportándole trabajadores al comitente.

“Si el contratista o subcontratista no cuenta con un aparato productivo propio especializado y de suficiente entidad, limitándose a “proporcionar” trabajadores a la empresa principal, se está ante una mera intermediación o “marchandage” (“mercadeo” de mano de obra).”¹²³

Para la determinación de la responsabilidad laboral en la construcción, es importante entender e identificar la existencia de la intermediación.¹²⁴

Otro análisis especial es el caso de desarrollo de obras, o sea del desarrollador que ejecuta la obra, contratando un constructor o realizando esas labores él mismo, y consiguiendo un comprador.

Si existe un constructor contratado por el desarrollador, este tendría una responsabilidad (frente al desarrollador) comparable con la modalidad ordinaria. El desarrollador tendría ciertas responsabilidades, muchas similares a las ya explicadas; por ejemplo sería responsable, frente al comprador, por entregar una obra con condiciones diferentes a lo acordado, o fuera del plazo previsto, o de los vicios o defectos con que se entregue. Incluso podría asumir

¹²³ OIT. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Consultado el 1 de febrero de 2011, en http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf.

¹²⁴ Para descubrir la intermediación en las contrataciones la Organización Internacional del Trabajo propone elementos (indicantes de subordinación) como: el contratante suministrando recursos, instrumentos y equipo necesarios, si el contratante da instrucciones a los trabajadores del contratista, el grado de integración de la tarea del contratista a la actividad empresarial de contratante, entre otros. OIT. *Informe IV*, Ginebra, 1995. Citado en Sala Segunda. Sentencia N° 761 de las 10:30 horas del 20 de diciembre de 2001.

la pérdida de la obra en desarrollo, o su imposibilidad de finalización, respondiendo a los compradores por su no entrega; si procede según las reglas generales de contratación (ejemplo, *res perit domino*).

Además tendría que garantizar ciertos aspectos relacionados con la compraventa, como evicción o saneamiento, o la simple responsabilidad de un vendedor de entregar la cosa acordada, con la aptitud de cumplir su destino.¹²⁵

Cuando el desarrollador a la vez se encarga de las labores de construcción, la relación entre las responsabilidades de ambos papeles es más obvia.

Otra fuente de la responsabilidad del empresario inmobiliario la podemos encontrar en el Derecho del Consumidor, cuando pueda ubicársele como un oferente o comerciante en búsqueda de un destinatario final que va a disfrutar el bien.

Parte de tal responsabilidad puede originarse por prácticas abusivas, incumplimiento de estándares de calidad o seguridad en la obra, o por brindar información (o publicidad) no veraz al consumidor, afectando su decisión de consumo¹²⁶. Además la ley le permite al consumidor hacer valer su garantía en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio; lo que podría implicar una responsabilidad de derecho administrativo¹²⁷; siendo inclusive una opción la responsabilidad penal especializada del artículo 63, de la Ley N° 7472 por estafa al promocionar y pactar.

2. Propietario o comitente

Su principal responsabilidad es frente al contratista, dependiendo del caso también frente al consultor, por el pago del precio, pudiéndose transformar en acreedor del propietario.

El propietario, además, podría ser responsable ante el contratista por una *mora accipiendi* (mora del acreedor), por no recibir la obra cuando el contratista está cumpliendo en entregarla en la forma y tiempo esperado.¹²⁸

¹²⁵ Sala Primera. Sentencia N° 37-93 de las 11:10 horas del 28 de mayo de 1993.

¹²⁶ Reglamento a la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Decreto ejecutivo N° 25234 del 25 de enero de 1996.

¹²⁷ Asamblea Legislativa. Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Ley N° 7472.

¹²⁸ Eneccerus, Ludwig. Citado por Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. Op. cit. Pág. 118.

Como ya se mencionó, la mora del propietario en recibir la obra sirve como excepción, ocasionando que asuma el riesgo de pérdida.

Si el propietario fue el que adquirió los servicios del consultor, entonces deberá hacerse cargo de su pago. El artículo 53, de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, establece que el Colegio (a través del Director Ejecutivo) puede exigir judicialmente el cumplimiento de quién contrató al consultor.

El comitente será responsable de los defectos en los materiales que él haya suministrado. De hecho, del 1184 del Código Civil se entiende que cuando la obra se destruye antes de la entrega, producto de los materiales aportados por el comitente, el constructor podrá (de todos modos) cobrar el pago por su trabajo; si el comitente fue oportunamente advertido. La responsabilidad del propietario también se puede extender a las consecuencias del incumplimiento de obligaciones secundarias, como la de cooperación.

Cabe recordar las condiciones que deben cumplirse para que el propietario asuma la responsabilidad patronal sobre los trabajadores de la obra, pues si el contratista no está realizando la obra en forma autónoma entonces existe la posibilidad de que en la realidad se haya asumido la figura de la intermediación, así el propietario será el patrono solidariamente responsable (junto con el intermediario) frente a los trabajadores y a las respectivas organizaciones sociales, como la Caja Costarricense del Seguro Social.

Esa responsabilidad laboral se le ha exigido a comitentes de obras incluso en casos donde el contrato de construcción excluye al comitente de una modalidad patronal pero, a la luz del principio laboral de primacía de la realidad, existiendo en la realidad una subordinación e intermediación en su favor.¹²⁹

También es deber del propietario darle el debido mantenimiento a la obra (después de la entrega), mantenimiento necesario según las reglas de ciencia y la experiencia. No se puede responsabilizar al constructor por un defecto que no fue producto de la ejecución de obra, sino del uso o falta de mantenimiento posterior. Con el mismo razonamiento se puede afirmar que

¹²⁹ Sala Segunda. Sentencia N° 954 de las 2:12 horas del 30 de junio de 2010. Asimismo, Sala Segunda. Sentencia N° 805 de las 9:30 horas del 6 de septiembre de 2000.

será responsable por cambiar el destino de la obra, después de su entrega, utilizándola para un destino diferente al establecido en el contrato y diseños.

3. Consultor

Ya fue mencionado como, en ciertas modalidades, las obligaciones o responsabilidades del consultor se pueden confundir o superponer con las del constructor; sin embargo existen responsabilidades que son perfectamente individualizables para el consultor.

El Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura (artículo 7) establece una responsabilidad profesional general, reconociendo que el consultor será responsable directo de su labor, y deberá avalar su trabajo mediante firma y número de carné.

El consultor (en su papel de diseñador) responderá cuando sus planos o especificaciones estén incompletos o incorrectos, de conformidad con el contrato, la costumbre, o la ciencia. Además, responderá ante el propietario, o también frente al constructor dependiendo del caso, si los planos no cumplen el objetivo deseado para la obra. Pero no se le puede culpar por simples errores de estilo, gusto, o de acabados menores.

El artículo 1185 del Código Civil, donde se establece la extensión de 5 años, habla de “arquitectos o empresarios”, por lo que debemos de intentar evitar una confusión. Lo más probable es que se esté estableciendo una garantía concurrente con la del constructor, pero sólo cuando la pérdida provenga de vicios en las labores de consultoría.¹³⁰

El 1186 es más comprensible, pues se entiende que si el propietario adquirió los servicios del consultor, entonces se reparte la responsabilidad por la pérdida junto con el constructor; pero por los vicios cometidos en las respectivas labores.

Con respecto al papel de inspector, si él mismo realizó lo planos, es lógico que será responsable de los defectos de los planos que hayan afectado la obra, cuando él, como inspector, no los percató o los disimuló. Si los planos fueron desarrollados por otro profesional, es difícil determinar una

¹³⁰ Así por ejemplo, el Código Civil argentino (artículo 1646) extiende el plazo de garantía de 10 años al “director de la obra y al proyectista”, pero reconociendo una acción de regreso entre los sujetos.

responsabilidad para el inspector, pues hay que considerar particularidades como el tiempo que debía estar presente en el lugar de la construcción.

Con respecto a las responsabilidades del profesional consultor existe una herramienta sumamente importante, la bitácora de la obra. El cuaderno de bitácora en obras es un documento oficial, debidamente autorizado y foliado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, cuyo uso es obligatorio para los profesionales miembros que tengan participación en una construcción, siendo ellos los únicos que podrán efectuar anotaciones.

La importancia de tal herramienta consiste en la oportunidad de contar con un documento oficial en el cual el consultor pueda dejar constancia de su actuación con respecto a la construcción de la obra, del cumplimiento de obligaciones, y del avance y acontecimientos en el transcurso de la obra.

Sirve como herramienta de defensa ante acusaciones, y para el esclarecimiento de responsabilidades. Por su importancia el Colegio ha regulado, mediante serias medidas, su otorgamiento, cuidado y devolución.¹³¹

¹³¹ Reglamento especial del cuaderno de bitácora en obras. Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Sesión N° 66-91-GE del 23 de julio de 1991.

Capítulo III. Defraudaciones en la construcción.

Evacuadas muchas variables, es momento de utilizar los resultados y planteamientos obtenidos para realizar la principal operación. Se utilizarán ambas vertientes para el estudio y determinación de su poca explorada frontera. En la presente unidad se confrontarán entre sí ambos grupos de planteamientos, se interpretará resultados, y se abrirá camino hacia la propuesta y conclusión buscada.

Sección I. Determinación de vicios en la construcción

En el capítulo anterior se habló mucho de vicios o defectos en la obra, esta es probablemente la problemática más conocida del campo contractual de la construcción; si consideramos como vicio a toda anomalía en el cumplimiento de la obra, que afecta su aptitud para cumplir lo esperado u obligado.

Quizás el autor Lorenz da un mejor concepto afirmando que:

“... vicio o defecto es toda desviación de la obra de las cualidades debidas según el contrato, por el cual queda mermado su valor o su finalidad de uso.”¹³²

Los vicios más importantes de detectar o evitar son los que, según la doctrina y el art. 1185 del Código Civil, pueden llevar hacia la pérdida parcial o total de la obra. Entendiendo pérdida como la amenaza o disminución efectiva en la vida útil de la obra, parte de la doctrina agrupa estos vicios en tres grupos.¹³³

Primero están los vicios de construcción, que son los que provienen de la ejecución de la obra; como el no usar los materiales, herramientas o personal adecuados para la obra pretendida. Serán vicios de construcción, por

¹³² Lorenz. Citado por Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. Op. Cit. Pág. 173.

¹³³ Salom Antequera, Salvador. Citado por González Fonseca, José Manuel. Op. Cit. Pág. 108. También se puede consultar en Garrido, R. F. y Cordobera González de Garrido, R. Op. Cit. Pág. 65.

ejemplo, usar materiales en una cantidad o calidad menor a la exigida en el contrato, la costumbre, o la ciencia, o el usar elementos constructivos (técnicas, mano de obra, etc.) con ese mismo tipo de diferencia. Dentro de este grupo también podría ubicarse ciertos defectos constructivos como inestabilidad, oxidación, corrosión, o defectos en secciones estructurales o de soporte, y otros similares.

En general son desviaciones cometidas durante la ejecución de la obra, que se manifiestan afectando el valor o capacidad de uso de la obra.

Un segundo tipo son los vicios de dirección, provenientes de una defectuosa aplicación de las reglas (técnicas, científicas, o profesionales) de la construcción, de una violación de normativa vinculada con la construcción, de apartarse del proyecto o diseños; en general que indiquen la impericia o imprudencia del constructor, o (dependiendo del caso) del consultor, con respecto a la debida ejecución de sus funciones u obligaciones.

El tercer tipo son vicios del suelo, que en general sucede cuando el lugar donde se asentó la construcción no es apto para la carga que va a tener que soportar. Puede ser, por ejemplo, que el suelo sea inestable, que sea cambiante con el tiempo, que sea inadecuado, sin que esto haya sido previsto o avisado oportunamente. Otro caso puede ser cuando la fundación de la obra se haya elaborado inadecuadamente, o cuando se construye sobre una obra ya existente, sin medir si aguanta la carga.

Ya ha sido mencionado lo difícil que puede ser el detectar estos vicios propensos a causar pérdida total o parcial, o el tiempo que algunos vicios necesitan para manifestarse; y por eso son previstos en el plazo de responsabilidad del artículo 1185, obviamente responsabilidad del constructor o del consultor.

Pero hay que pensar en otras observaciones, como la existencia de defectos que no entran en la categoría de “pérdida total o parcial”; a esto se refiere el autor Lorenzetti cuando realiza la diferencia entre defectos graves y defectos menores, afirmando que sólo los graves activarán la garantía del constructor¹³⁴. El caso de defectos de estilo, gusto, o de terminación o acabados menores, se pueden catalogar como defectos menores.

¹³⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op.cit. Pág. 81.

También cabe recordar la existencia de defectos normales, no producidos durante la fase de ejecución de la obra, defectos como: los efectos normales del paso del tiempo, el descuido o falta de mantenimiento del usuario del inmueble, o algún otro imprevisto permitido.

Aunque hay que destacar cómo el hecho de prevenir al propietario sobre la existencia de los vicios, no exime al constructor o consultor de la responsabilidad ante la pérdida de la obra.

La entrega de la obra es un momento vital para la detección de cualquier tipo de vicio, y para hacer reserva de proceder de la manera legalmente prevista; de hecho el momento de entrega nos permite hacer una clasificación de los vicios.¹³⁵

Son vicios aparentes los que se pueden descubrir fácilmente durante la entrega de la obra, siguiendo una diligencia ordinaria. La doctrina ha reconocido ampliamente que si, en el momento de entrega, el propietario de la obra manifiesta su conformidad y la recibe, entonces se libera al constructor de responsabilidad por los vicios aparentes¹³⁶. Examinando el artículo 450 del Código de Comercio se puede hallar una regla análoga.

Si el propietario realiza una objeción oportuna por los vicios aparentes, entonces el constructor se responsabiliza por su arreglo. Si el vicio es aparente sin que el propietario realizara oportuna objeción, pero sucediendo luego la pérdida de la obra; entonces el constructor se puede encontrar dentro de la responsabilidad del art. 1185 del Código Civil, ante la pérdida total o parcial de la obra. Tampoco se libera si se requiere algún conocimiento técnico o profesional para detectar el vicio, y el propietario sólo aplicó una diligencia ordinaria; tampoco si hubo dolo en ocultar o simular el vicio, pues se estaría entrando en la categoría penal.

Según las reglas generales de contratación, es obligación de un vendedor, y del constructor en la presente relación sinalagmática, entregar el bien en las condiciones pactadas, ajustándose al principio general de buena fe contractual; lo que implica entregar el bien sin los llamados vicios ocultos.

¹³⁵ Alvarado Morales, N. y Alfaro Céspedes, A. (1991). El contrato de construcción y su incumplimiento. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica. Pág. 187.

¹³⁶ Ibíd. Pág. 187.

Los vicios ocultos, por los que sí respondería totalmente el constructor¹³⁷, tienen una serie de requisitos.

Primero que nada deben ser ocultos, no manifiestos, no aparentes. Segundo, deben ser ignorados por el adquirente de la cosa; tercero deben afectar el estado de la cosa, su aptitud para cumplir la finalidad para la que está destinada. Por último, deben ser anteriores a la transacción, pues si son posteriores el adquirente tendrá el riesgo.¹³⁸

Para determinar los efectos, de tipo civil, de la existencia de vicios ocultos en el bien entregado, podemos acudir a sentencias de la Sala Primera donde se ha dicho:

“Aunque la venta no pueda ser anulada por la sola existencia de los vicios ocultos, -salvo que constituya, además, error que anule el consentimiento-, siempre queda la posibilidad de la responsabilidad contractual común del vendedor, quien tiene la obligación de entregar la cosa en forma tal que cumpla su función normal a cabalidad; responsabilidad que podría derivar en una indemnización por daños y perjuicios, según la naturaleza del incumplimiento.”¹³⁹

Interpretando lo dicho en la sentencia, ante la entrega del bien con algún vicio o defecto que lo haga impropio para su función normal o lo desmejore, vicio que permaneció en estado oculto, existe una primera opción de que se anule el contrato sólo si el vicio afectó el consentimiento, si hizo que se incurriera en el vicio del consentimiento llamado error. Por lo que podría haber nulidad, sólo si el vicio es de una importancia tal que nunca se hubiera realizado la transacción, si quien lo recibía hubiera conocido su verdadero estado.

Pero siempre queda la opción de accionar contra el incumplimiento contractual, porque entregar el bien con vicios o defectos que afectan su valor o finalidad de uso, en lugar de entregarlo en la forma acordada o debida, es definitivamente un incumplimiento. Es obvio que como parte del incumplimiento contractual, viene la posibilidad de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados.

¹³⁷ También se puede extender al consultor y al desarrollador.

¹³⁸ Sala Primera. Sentencia 227-91 de las 14:15 horas del 20 de diciembre de 1991.

¹³⁹ Sala Primera. Sentencia 320-90 de las 14:20 horas del 9 de noviembre de 1990.

Es muy claro el cómo aplicar esto en la modalidad especial de ventas o pre-ventas (mediante opción) de obras en desarrollo. La relación con naturaleza tipo compraventa, que existe dentro de esta modalidad, permitirá hacer referencia a garantías como la de evicción, que consiste en la obligación de asegurarle al adquirente el goce pacífico de hecho y de derecho, de la cosa transmitida.¹⁴⁰

Otra garantía muy importante es la conocida garantía de saneamiento o por vicios ocultos. Es la obligación de entregar la cosa sin vicios ocultos, de que esta sea verdaderamente apta para cumplir su destino sin defectos que lo impidan. Ya se habló de los efectos de un vicio oculto, pero la naturaleza de compraventa permite acudir (además) a lo que se conoce como acción *quantum minoris*, acción que funciona para compraventa de bienes inmuebles y que implica un reajuste del precio para que sea conforme al valor real del inmueble; y ante defectos que disminuyan su valor real se puede buscar una reducción.¹⁴¹

Para la modalidad ordinaria de la construcción, es muy importante la forma en que estaba detallada o especificada la obra (en contrato, diseños, etc.) para la determinación de incumplimientos en la forma de vicios. La posibilidad de alegar, ante el debido responsable, un vicio en la construcción depende de factores como: las condiciones exigidas para la obra, la calidad que se puede esperar de tales condiciones, la diferencia entre vicios graves y menores, la pérdida de valor o aptitud para finalidad de uso, además de la detección de vicios en el momento de entrega. Es importante considerar, también, el ocultamiento de vicios, pues ya se explicó su existencia en la construcción y las reacciones civilmente posibles contra los mismos.

Los vicios en la construcción constituyen un problema real, por lo que son recomendables acciones como un ejercicio efectivo del derecho de inspección por parte del propietario, o el apoyo de un perito imparcial para la determinación del estado satisfactorio de la obra; o su prevención mediante cláusulas contractuales o una efectiva y diestra confección del contrato.¹⁴²

¹⁴⁰ Para definición, ver *Ibíd.*

¹⁴¹ Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. *Op. Cit.* Pág. 173. La acción está regulada entre los artículos 1075-1081 de nuestro Código Civil.

¹⁴² Entrevista con Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón, asesora legal de la Cámara Costarricense de la Construcción. San José, 27 de agosto de 2010. Con base, además, en otras investigaciones.

También hay que prever su utilización penalmente punible, y es ventajoso realizar una delimitación para poder comprender esto.

Sección II

Diferenciación y limitación con el incumplimiento contractual

Uno de los principales retos para el establecimiento de figuras defraudatorias en el campo de la construcción es explorar, y encontrar medios para traspasar, el límite entre lo civil y lo penal; es lidiar contra un alegato de descarte que apoya meramente al campo civil para la solución de la conducta antijurídica, y poder llegar hasta establecer una responsabilidad penal. Para esto se necesita la determinación de criterios válidos, cuya aplicación teórica colabore a reconocer y traspasar ese límite.

El ámbito contractual - constructivo de la sociedad ha ido en crecimiento, lo que colabora a su complicación, a un mayor número de personalidades intervinientes y a la diversificación de las relaciones. Es apreciable como esto puede significar el aumento de conflictos, y cualquier surgimiento de una conducta antijurídica puede implicar una reacción estatal.

Pero es importante hacer manifiesto el punto en donde la gravedad del caso ocasiona una reacción de campo penal. En la práctica, si ante el perjuicio de un propietario de obra se analizara la posibilidad de configuración de una defraudación (como las prevé el derecho penal), el argumento de defensa más usado será la mera configuración de una situación contractual, como su incumplimiento, y la necesidad de consecuencias civiles y no penales.

Quizá la frontera se vuelve más difusa en supuestos como la disimulación u ocultamiento doloso, por parte de un contratista o un desarrollador, de vicios provenientes de la ejecución de la obra. En la esfera civil, se podría ocasionar la nulidad del contrato (por medio de vicio del consentimiento), o la común responsabilidad ante el incumplimiento. Es importante, y difícil, delimitar entre este ocultamiento civilmente doloso y un probable fraude penal; pues interesa la forma en que se llagará al segundo.

Cabe advertir que la defraudación es un género amplio y maleable, pues existen muchas modalidades e hipótesis de actos fraudulentos; esto significa la oportunidad de abarcar diferentes hipótesis, provenientes del campo civil de la construcción, con alguna forma delictiva de este género.

En la doctrina, especialmente cuando se desarrolla el delito de estafa, se ha mencionado la posibilidad de perpetración del delito dentro del marco de un negocio jurídico. El argentino Edgardo Donna se expresa al respecto aseverando:

“El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. Por lo general, el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte...

Lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual...”¹⁴³

Como se aprecia, es apoyado el argumento de realización de un delito, de poder ir más allá del incumplimiento regulado por la esfera civil (o, probablemente, comercial).

Ubicándose en el marco jurídico local, es obvio que no todo incumplimiento de contrato va a significar un delito; pero sí cabe que una conducta de este tipo sea acogida por la rama penal como un hecho típico, antijurídico y culpable, y por lo tanto punible. Incluso, existen ciertos delitos, como la administración fraudulenta, la apropiación indebida, algunas formas de estelionato, entre otros, que poseen una relación (ejemplo, contractual) como elemento originario o subyacente. En estos delitos el acto no sólo cumple lo descrito en el tipo penal, sino que además podría verse como un incumplimiento de deberes provenientes del contrato.

En jurisprudencia se explica que si una defraudación como la estafa genérica del artículo 216 es amplia, lo es precisamente para poder abarcar hipótesis diferentes, como la de una relación contractual subyacente. También se menciona que es necesario, simplemente, comprender bien el ámbito de cobertura del delito, y “excluir aquellos casos que son de una mera

¹⁴³ Donna, Edgardo Alberto. Op. cit. Pág. 369.

antijuridicidad civil, esto es, que consisten en el dolo civil de engaño o de incumplimiento contractual".¹⁴⁴

Es limitado lo que puede aportar el Derecho Civil para la solución de los problemas estudiados en el presente trabajo, de ahí la interesante propuesta de determinar el momento de intervención penal, campo que aportará soluciones más graves. Para poder conseguirlo hay que hallar y exponer criterios que colaboren a identificar la llegada de tal momento, que indiquen la superación de la antijuridicidad civil y el instante para considerar la configuración de un delito.

Para delimitar la antijuridicidad civil en la construcción, con una defraudación como la estafa, existen algunos criterios que pueden ayudar. El primero se encuentra en el ámbito subjetivo, y se puede resumir en acudir al dolo específico del delito en cuestión.

Desde el momento de inicio del contrato, el agente debe estar consciente (o decidir) de las acciones que va a realizar y sus consecuencias, de que va a incumplir el contrato, pero poseyendo la actitud dolosa necesaria para el delito en cuestión.

El tipo subjetivo del delito de estafa implica dolo, o sea la voluntad de realizar hechos que han sido previamente descritos en el tipo penal, y la muy importante voluntad de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. En otros fraudes, como el de entrega, el dolo es igual de esencial, implica la voluntad de cometer la modalidad de engaño prevista y buscar el beneficio ilícito.

Si queremos comprobar la existencia de la defraudación, a pesar de la relación contractual subyacente, es muy importante que el agente (sea constructor o desarrollador) haya tenido presente el elemento subjetivo desde el inicio de la misma. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que un proceder doloso desde el inicio de la relación contractual puede cambiar la naturaleza civil de la responsabilidad, y dar campo a la configuración de una estafa; proceder doloso que incluye el conocimiento de que el contrato iba a terminar incumplido.¹⁴⁵

Aquí puede darse alguna complicación con respecto al tema de prueba, pero los elementos que nos revelan la existencia del dolo específico pueden

¹⁴⁴ Tribunal de Casación Penal. Sentencia 2009-894 de las 9:50 horas del 14 de agosto de 2009.

¹⁴⁵ Sala Tercera. Sentencia 656-96 de las 9:10 horas del 31 de octubre de 1996.

variar según las condiciones del caso, por ejemplo actitudes como el mismo ocultamiento malicioso de vicios o información; además se posee el favorecimiento de la libertad probatoria.¹⁴⁶

Accesoriamente, hay que diferenciar este dolo penal del dolo civil que puede afectar el consentimiento en la contratación. Según las reglas generales de contratación, dentro de dolo (como un vicio del consentimiento) se incluyen acciones u omisiones insidiosas, o contrarias a la buena fe en los negocios, de una de las partes, para influir de manera determinante en la decisión de contratar de la otra.¹⁴⁷

No hay que confundir el dolo – vicio del consentimiento con el dolo penal necesario para las defraudaciones. El dolo penal es un juicio de valor negativo sobre la conducta de una persona física, implica su voluntad de cometer los hechos descritos en el tipo penal y la búsqueda del resultado dañino; que para la estafa y otros fraudes es la búsqueda, mediante hechos fraudulentos, de un beneficio lucrativo (y antijurídico) para él mismo o un tercero.

En cambio, el dolo – vicio del consentimiento implica, subjetivamente, la intención de obtener el consentimiento contractual viciado de la otra parte. La decisión errada es provocada por diversas acciones insidiosas, como una simple mentira, cuya tipificación no es necesaria, y pueden ser igualmente realizadas por una persona jurídica¹⁴⁸. Este es un concepto relevante solamente en la rama civil, y, para la determinación de responsabilidad penal en las construcciones, sólo importa el dolo penal exigido para el tipo específico.

Como un segundo criterio de delimitación, puede usarse la respectiva tipicidad y el ajustamiento de los hechos en la misma. El tipo penal define detalladamente la acción que se considerará como delito, y puede usarse para el establecimiento de los sujetos intervinientes y de la sanción a aplicar. Un estudio profundizado de los elementos del caso en particular, introduciéndolos poco a poco en las descripciones del tipo penal, nos dirá cuando es necesario la penalización y cuando es correcto el alegato de mero incumplimiento contractual.

¹⁴⁶ Para alcances de la misma, consultar Sala Tercera. Sentencia 356-08 de las 8:43 horas del 30 de abril de 2008.

¹⁴⁷ Torrealba Navas, Federico. (2009). Lecciones de contratos. Primera Parte: Elementos del contrato. (primera edición). San José, Costa Rica : ISOLMA. Pág. 128.

¹⁴⁸ Ibíd. Pág. 129.

Ya fue estudiado el engaño, elemento esencial en la estafa y fraudes especiales, consistente en simular, deformar u ocultar hechos. Es importante considerar si el constructor ha realizado acciones que simulen, deformen u oculten la realidad, y sobre todo que sean capaces de crear un error en el propietario. En síntesis, hay que identificar la realización de un engaño y la producción de una perspectiva distorsionada de la realidad.

Otro elemento importante, y de gran ayuda para la ratificación del cometimiento del delito, es la producción de un perjuicio patrimonial real, efectivo y medible, en la víctima. Este elemento es fundamental para comprobar si el delito, realizado a partir del ámbito de la construcción, fue consumado.

Existe jurisprudencia donde se ha reconocido, con respecto a la construcción de obras, que el perjuicio para el patrimonio puede venir de la diferencia efectiva y considerable entre el precio real del inmueble y el precio pagado por el propietario (víctima).¹⁴⁹

Asimismo es trascendente identificar la concatenación causal entre los elementos que conforman la tipicidad del delito. En general, la tipicidad es un criterio de comprobación y diferenciación adecuado para los delitos desarrollados, “cualesquiera que sean las relaciones, modalidades y contingencias del hecho mismo”.¹⁵⁰

Como tercer criterio se pueden usar aspectos prácticos, como la naturaleza del vicio y del perjuicio, las esferas de protección de las normas, o criterios de finalidad político – criminal. Por consiguiente, considerar aspectos como realidad social, existencia de bien jurídico protegible, o intensidad de las acciones y el tipo de daños causados.

Además hay que reconocer la diferencia entre la necesidad de represión y la suficiencia de la indemnización, contraste vital para el límite entre responsabilidad penal y civil. Y hay que observar particularidades, por ejemplo el contrato en sí mismo, sus cláusulas y especificaciones, o la eventualidad de acudir a soluciones alternas o menores.

¹⁴⁹ Sala Tercera. Sentencia 2001-482 de las 9:07 horas del 25 de mayo de 2001.

¹⁵⁰ Camaño Rosa, Antonio. Citado en Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. Op. Cit. Pág. 137

Sección III

Análisis de aptitud entre defraudaciones

En el primer capítulo se desarrolló planteamientos sobre la rama penal, necesarios para el presente trabajo. Con respecto al estudio de posibilidades delictivas en el campo civil de la construcción, es probable que las defraudaciones sean de las más difíciles de identificar y comprobar, habiendo menores dificultades con delitos más perceptibles, o más perseguidos criminológicamente, como los que se realizan contra la vida. Además, las defraudaciones pueden ayudar como medidas para la contención de inseguridad, inestabilidad, malicia, u otros problemas que pueden exceder a la normativa civil o comercial, y que tienen efectos perjudiciales en el patrimonio, el comercio, o incluso en la seguridad de bienes materiales o en la salud de las personas.

Ya fueron propuestos algunos criterios para identificar el momento en que se sobrepasa de un incumplimiento contractual y hay que comenzar a configurar una defraudación, siempre considerando la respectiva *ultima ratio*, o las particularidades del supuesto. Ahora, para contrarrestar estos problemas de engaños perjudiciales, se procede analizar 3 opciones.

La primera es acudir a la estafa, en su forma de defraudación más abstracta y genérica. La segunda consiste en aplicar un fraude especializado y separado como el “fraude en la entrega de cosas”. Es indispensable recordar que la doctrina ha considerado a esos tipos especiales de defraudaciones, apreciables a partir del artículo 217 del Código Penal costarricense, como derivaciones o complementos conceptuales de una estafa genérica, las cuales incluyen una particularidad en su configuración que otorga utilidad a su tipificación independiente.¹⁵¹

Se han enlistado distintas razones o particularidades con las que se puede justificar la tipificación independiente, algunas son: una variación en el bien protegido, un rasgo especial en los sujetos intervinientes o en el objeto del

¹⁵¹ Finzi, Conrado A. Op. Cit. Pág. 99

delito, la forma específica del engaño o ardid (la más popular), una causa de agravación de la penalidad, o incluso una mera tradición.¹⁵²

Conocer este razonamiento también es útil con respecto a la tercera opción. Existen legislaciones donde ha sido previsto, como una de esas modalidades específicas y separadas, la defraudación dentro del ámbito de la construcción de obras. Una muestra se encuentra en Argentina, donde se ha establecido el fraude del constructor, con respecto a la ejecución de la obra o suministro de materiales, que ponga en peligro la seguridad de bienes o personas, como una especialidad agravante de la penalidad ordinaria de la estafa.¹⁵³

Incluso en Costa Rica existe un antecedente, pues en el Código Penal creado en el año de 1918 también se establecía una modalidad especial o agravante consistente en el constructor que comete fraude con circunstancias de peligro para bienes o personas; pero tal modalidad desapareció en codificaciones posteriores.

Percibiendo esas 3 opciones como candidatas para la contención de la antijuridicidad fraudulenta en construcciones, cabe profundizar en su aptitud si se quiere proponer una solución en específico.

Con respecto a la modalidad especial de defraudación en ejecución de la obra o suministro de materiales, está la limitante elemental de su no existencia dentro de la legislación penal costarricense actual, y el necesario principio de legalidad del artículo 39 constitucional. La probabilidad de su existencia depende de factores como política criminal, realidad social, y coyuntura criminalística.

Pero hay que poner en duda la verdadera necesidad de un nuevo tipo especializado, tomando en cuenta que en las legislaciones, donde existe, tal modalidad se encuentra acorde con la respectiva estructuración del género de defraudaciones, principalmente por la característica de una estafa enumerativa y no tan abstracta¹⁵⁴.

En la estructuración costarricense existe la estafa genérica, y una suficiente variedad de defraudaciones, algunas con correcta fundamentación y

¹⁵² Donna, Edgardo Alberto. *Op. cit.* Pág. 403.

¹⁵³ Congreso de la nación Argentina. *Código Penal*. Ley 11.179. Artículo 174.

¹⁵⁴ Acudir a referencias legislativas latinoamericanas del Capítulo I.

otras con problemas por discusión sobre su necesidad o vigencia. Analizando todo lo anterior, cabe concluir el descarte de la tercera opción.

Con respecto al fraude en la entrega de cosas, este delito fue considerado una aceptable opción desde el comienzo. La modalidad fraudulenta y la esfera de protección del delito lo hacen aplicable para casos basados en relaciones contractuales subyacentes o actividades transaccionales. Incluso podría llegarse a identificar una defraudación en el ambiente de la construcción que consista en el engaño sobre la sustancia, calidad o cantidad de la obras; pero no es la opción adecuada por inconvenientes que se desarrollarán a continuación.

Como se vio oportunamente, el tipo penal del artículo 219 se encuentra afectado por una discusión válida acerca de su necesidad o sobre si existe fundamentación suficiente para su separación. Se advirtió acerca del peligro, expuesto doctrinariamente, de ser absorbido por una estafa amplia; y de cómo se ha llegado a denunciar su necesaria derogación.

A pesar de tales problemas, también hay que exponer los problemas de redacción, interpretación y estructuración típica del artículo 219 penal, en comparación con otras legislaciones penales y con el desarrollo doctrinario general de este grupo de delitos¹⁵⁵. Esta comparación permite observar una base teórica más abierta y eficiente para los fraudes en la entrega, que la acarreada en nuestro ordenamiento. De ahí que haya que decidir sobre derogar este fraude, o reformarlo en búsqueda de mejora; decisión que depende de factores externos al presente estudio jurídico.

En teoría, este fraude funciona sobre el área comercial o contractual, como medida represiva contra entregas fraudulentas e indebidas. Pero en la sociedad actual costarricense, en la forma en que se ha tipificado, el fraude en la entrega ha caído en ineficacia, en desuso, en la escasa persecución criminológica.¹⁵⁶

Entre las causas de la ineficacia se podría contar la evolución de las prácticas comerciales y contractuales, y de las medidas para contrarrestar incumplimientos, siendo el derecho de defensa del consumidor y las protecciones ofrecidas en este, uno de los factores más destacables. También

¹⁵⁵ Consultar, por ejemplo, Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. *Op. Cit.* Pág. 497. Y similares.

¹⁵⁶ Conclusión a la que cualquiera puede acceder mediante diversos medios de investigación y consulta.

hay que reconocer un factor de política criminal, como los cambios en la represión criminológica y su incremento en otras áreas por cuestiones de necesidad o importancia social; o la preferencia o facilidad de uso de la estafa genérica sobre la mayoría de la actividad fraudulenta existente.

Esta ineficacia se puede percibir, por ejemplo, a partir de la tarea casi imposible de encontrar jurisprudencia en donde se aplique el artículo 219, o de estudios sobre criminalidad y actividad represiva.

Recordando los casos del área de la construcción objeto de la presente iniciativa, también se presenta el inconveniente de que el “fraude en la entrega” es previsto para una forma de fraude en específico; y para los efectos deseados, es más ventajoso la maleabilidad o la profundidad en posibilidades de manejo.

Con base en los inconvenientes desarrollados, se procede a descartar el fraude en la entrega de cosas como la opción adecuada.

La opción restante es la estafa, que el artículo 216 la establece en la modalidad de alto grado de abstracción y amplitud, previendo el abarcar diferentes hipótesis de fraudes. La actividad defraudadora es un ilícito variable y evolutivo, características que posee sin importar el ámbito donde se desee configurar, y es debido a estas características que la flexibilidad de aplicación de la estafa es muy útil.

La estafa del 216 es una opción sin inconvenientes, una opción viable y popular para contrarrestar las defraudaciones en la construcción, defraudaciones reconocibles mediante los criterios de elemento subjetivo (desde el comienzo), tipicidad, y los otros antes aportados.

Con un delito flexible se podrá reprimir casos fraudulentos que por su originalidad no han sido previstos o prevenidos. Además, se podrán abarcar asuntos que, en teoría, se definen como una defraudación en la transmisión de la cosa debida o esperada; incluyendo las situaciones donde el artículo 219 no puede o no ha sido aplicado. Pues si el 219 ha caído en ineficacia, por lo menos todavía se cuenta con la estafa, que es capaz de absorber diversas hipótesis defraudatorias dependiendo de la amplitud que se le haya reconocido.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Navarro, Guillermo Rafael. Op. Cit. Pág. 25.

Cabe advertir la situación que es creada por el artículo 63 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, al contener un tipo penal cuya especialización justifica su tipificación, pues consiste en la delimitada previsión de una defraudación al comerciante que ofrezca o promocióne un bien o servicio y mediante engaño no entregue lo pactado.

Tal delito ha sido tipificado con base en la especialidad de su modalidad fraudulenta y en la protección del consumidor. Por tratarse de regulación específica sobre general y al estar justificado el caso para el cual fue tipificado, se aplicará si el caso se puede subsumir en los conceptos de consumo, como en situaciones de venta de obras terminadas o en desarrollo. Aunque el contexto de la construcción de obras brinda una mayor variedad de posibilidades antijurídicas, punto que favorece a la estafa como herramienta represiva.

En síntesis, ante la necesidad de represión de una defraudación realizada con base en acciones viciosas en el ambiente de un contrato de construcción de obra, la mejor opción es estudiar la configuración de una estafa. El artículo 216 penal costarricense es apto para el estudio y represión de la llamada estafa en la construcción, pues posee los presupuestos adecuados y un buen grado de flexibilidad y extensión para su aplicación; además, existen opiniones versadas acerca del productivo funcionamiento de tal delito dentro de la realidad judicial, gracias a la normativa y la presencia de jurisprudencia firme.¹⁵⁸

Es interesante advertir que utilizar la frase “estafa de construcción” podría llevar a la idea equivocada de que se trata de un fraude especializado, cuando simplemente se trata de la aplicación de la estafa en el ambiente de una construcción.

¹⁵⁸ Castillo González, Francisco. Op. Cit. Pág. 259.

Sección IV

Examen jurídico del desarrollo de una estafa en la construcción

La labor analítica investigativa ha expuesto la posibilidad de relevancia penal en el contexto definido, específicamente el desarrollo de una estafa, utilizando medios y ocasionando un perjuicio, siempre dentro del entorno concreto.

El delito, especialmente uno doloso y de resultado como la estafa, se va desarrollando como un proceso psicofísico que comienza dentro de la mente del autor. Examinar el desarrollo o proceso de la estafa en la construcción permitirá confirmar y profundizar el tema, con tal motivo se realizará un primer enfoque al llamado *iter criminis*, pero también a otros aspectos.

1. *Iter criminis*

El delito se realiza mediante un proceso ejecutivo que involucra actividades en el campo mental y físico, actos cuya realización sucesiva va a terminar en la consumación del hecho. El proceso se puede dividir en ciertas fases o estados, y se dice que su conjunto conforma el conocido “camino o vida del crimen” o *iter criminis*.¹⁵⁹

Es necesario poder observar tal “vida o camino” dentro del delito examinado, y dividir el camino en ciertas fases para facilitar su estudio.

Cuadro 1

1) Fase interna	2) Fase intermedia	3) Fase externa
- Ideación. - Deliberación. - Resolución.	- Resolución manifestada.	- Actos preparatorios. - Actos de ejecución. - Consumación. - Agotamiento

¹⁵⁹ Sala Tercera. Sentencia 1104 de las 11:15 horas del 30 de octubre de 2006.

Para determinar el camino que recorrió el agente para la consumación de la estafa, hay que fraccionarlo de la manera mostrada en la tabla, identificando los elementos o momentos necesarios.

Primero existe la **Fase Interna**, es el inicio de la vía delictiva y opera principalmente en el plano psicológico del autor. Comienza con la ideación, cuando le surge la idea de cometer el delito; después sucede una deliberación, momento de meditación o cálculo sobre las posibilidades de éxito, y momento donde pueden entrar a funcionar los frenos inhibitorios. El momento cumbre del proceso interno llega con la resolución, el momento donde el autor llega a la decisión de cometer el delito, decide que posee la intención de realizar los hechos descritos en el tipo penal.

Por principios básicos (e incluso constitucionales) esta fase es impune, pues apenas se desarrolla en el fuero interno de agente, en su psiquis, sin ningún efecto en el plano físico; el ámbito de aplicación de Derecho Penal se ubica en los hechos externados, no debe invadir la conciencia.¹⁶⁰

Tal vez no sean actos nocivos, pero es importante examinar la fase interna, incluso para los casos objeto de estudio en la presente investigación. Para la estafa a partir del contrato de construcción, es importante que el agente (sea el constructor) haya llegado a la resolución de cometer el delito en un momento temprano de la relación contractual o preferiblemente desde su inicio, siendo un aspecto doloso importante además de un importante criterio de delimitación con la antijuridicidad civil. Así, el autor puede tomar la decisión de utilizar la relación para buscar un provecho injusto, que va a necesitar de la realización de engaños y de incumplimientos viciosos.

La siguiente etapa es la **Fase Intermedia**. Es un momento donde la resolución delictual es manifestada, pero su existencia no es esencial dentro de la ejecución del delito, sino accidental. Consiste en una forma de proyección de la decisión interna mediante la comunicación voluntaria a tercera, comúnmente con la intención de su participación en complicidad o coautoría.

La fase intermedia, por sí misma, no puede verse como el inicio o preparación del hecho delictivo, por no concretarse hechos materiales.

¹⁶⁰ Ezaine Chavez, Amado. (1981). *Iter Criminis*. San José, Costa Rica : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Pág. 4

Normalmente es impune, pero existen casos especialmente tipificados como la asociación ilícita.

Esta fase puede considerarse como ayuda para la determinación de la participación en la estafa, así un desarrollador de obra puede comunicarse y buscar la participación del constructor (en caso que sean personas distintas) para buscar juntos un beneficio en la realización de la obra que va a perjudicar a su destinatario; o alguna comunicación o participación en contrato de construcción ordinario, como entre constructor y consultor. Además, a partir de comunicaciones del autor, podría quedar algún medio de prueba sobre su intención.

La tercera etapa consiste en la materialización física de la intención criminal por medio de ciertos hechos; esta es la **Fase Externa**. En esta fase se puede encontrar 4 etapas, ocurriendo primero los *Actos Preparatorios*, o sea actos de preámbulo que sirven para preparar la ejecución de su idea, la ejecución del delito; como la provisión de medios o instrumentos.

Aunque es discutible, en principio los Actos Preparatorios son impunes por razones como la falta de violación expresa a la norma, porque todavía no se configuran los hechos tipificados, o la falta de seguridad sobre el resultado de los actos.¹⁶¹

En la etapa preparatoria el estafador se encuentra en el preámbulo de la ejecución de los hechos, principalmente preparando los medios o acciones necesarias para el engaño. Durante este período se puede encontrar la misma firma del contrato, pues el autor lo puede ver como algo subyacente a su intención final; además de la gestación de los medios o detalles del engaño, la coordinación con otros partícipes, o el inicio de labores de edificación.

A continuación sucede la etapa de *Actos de Ejecución*, los actos para la ejecución misma del delito, dirigidos a su consumación. El límite entre actos preparatorios y el comienzo de la ejecución es un poco difuso y ha generado una cierta discusión doctrinaria, pero una solución aceptable es acudir a una perspectiva objetiva según la cual el delito inicia con el acto externo inequívoco

¹⁶¹ Ibíd. Pág. 10.

que puede empezar a subsumirse dentro de la acción descrita en el tipo penal, o sea con el acto en que existe una adecuación típica parcial.¹⁶²

La relevancia de identificar los actos de la ejecución consiste en que determinan la llegada al grado de tentativa, en los casos en que no se logra la consumación. Existe tentativa cuando el autor comienza a realizar actos destinados a la consumación del delito, pero esta no se produce por factores ajenos a él; y se puede clasificar en acabada o inacabada dependiendo del nivel de ejecución en que se encuentre. La doctrina explica que en la tentativa falta un elemento del tipo objetivo, pero se encuentran todos los elementos subjetivos necesarios para la consumación.¹⁶³

La tentativa requiere el inicio efectivo de los actos ejecutivos y la proximidad a la lesión del bien, tal instante se puede identificar con el engaño efectivo y el inicio de la disposición patrimonial, más la interrupción oportuna que impide el daño.

En los actos de ejecución de la estafa en la construcción las conductas engañosas, el fraude en sí, tienen un papel vital. Claramente el artículo 216 acepta una amplia gama de acciones engañosas, pero quizás la forma más perjudicial o común de estafa en la construcción es la realización, disimulación u ocultamiento de vicios provenientes de la ejecución de la obra, que ocasionan un perjuicio al propietario y un cierto beneficio al responsable.

Así, comienza a realizar una estafa el constructor que crea una materialidad fáctica falsa, haciéndole entender al propietario que la obra se está cumpliendo con las condiciones debidas. Es de utilidad realizar una breve lista, no exhaustiva, de ejemplos de formas de ejecutar la estafa, para facilitar el entendimiento de los actos de ejecución y una futura identificación:

1- Ocultar vicios en los materiales de construcción, haciendo creer al propietario que se adquirió el tipo de materiales debido, pero al mismo tiempo realizando la obra con materiales de menor calidad o cantidad. Por ejemplo varillas de menor pulgada o mezcla de cemento de menor calidad, o diferencias

¹⁶² González Fonseca, José Manuel. Op.cit. Pág. 137.

¹⁶³ Bacigalupo Zapater, Enrique. (1999). Derecho Penal Parte General. (segunda edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Hammurabi. Pág. 471.

en tubería o materiales estructurales no perceptibles de la obra, siempre con la intención de beneficiarse por la diferencia económica.

2- Ocultar defectos constructivos o de acabado que afectan considerablemente el valor de la obra; o hechos tan preocupantes como la inestabilidad o falta de terminación de la obra.

3- Realizar cambios en los diseños o especificaciones perjudiciales para el propietario y disimularlos.

4- Una modalidad a la que se le debe dedicar una consideración especial es la de venta (o pre-venta) de construcciones, u obras en desarrollo. Para el caso de desarrollador de obra que desea atraer compradores, habrá actos de ejecución como la promesa de ciertas condiciones en la obra o mostrar una ya terminada, ahorrando durante la construcción u ocultando defectos graves. Además de la posibilidad de recibir el pago, o el monto de enganche, y no responder, inclusive mediante escape, por la obra incompleta o sólo defectuosa.

La variedad de combinaciones entre las posiciones de desarrollador, constructor y consultor puede ocasionar una variedad en la forma en que se ejecutaría un hecho delictivo, y en la determinación del autor responsable.

El papel de desarrollador fue introducido para el análisis de la modalidad antes mencionada, los proyectos en desarrollo (o incluso ya realizados), cuya mezcla de características de venta y construcción le otorgan garantías y responsabilidades específicas que cumplir. El empresario desarrollador podría participar, inclusive en grado de autoría, en la estafa, causando el perjuicio mediante la implantación de una realidad falsa con respecto a la obra que promueve y por la que debe responder.

Pero la posición que más se debe analizar y vigilar es el constructor o contratista, pues es el principal candidato a la autoría de una estafa en la construcción tradicional, manejando los elementos del delito en tal medio. Incluso en un medio no tradicional puede alcanzar un nivel de autoría, por ejemplo el caso donde la forma contractual prevaleciente es la venta de una edificación realizada por iniciativa y en terreno propio, pero ocultando vicios constructivos que ocasionan una disminución determinable en el valor real de la obra.

Cualquiera que sea la forma que adquiera la estafa, la creación de una situación fáctica con respecto a la obra, y diferente de la realidad, es un elemento vital en los actos de ejecución.

La siguiente etapa en la Fase Externa del delito es la *Etapa de Consumación*. Aquí se realizaron todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito, produciéndose la lesión al bien jurídico protegido. La etapa de consumación del delito se caracteriza por la concurrencia de todos los elementos configurativos del delito, finalmente existe una completa tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los hechos ocurridos.

La consumación de delito es esencial, nos señala el momento final en su configuración, y el inicio de la posibilidad de efectos punibles. Fue oportunamente visto que la estafa es consumida cuando se produzca el perjuicio al patrimonio, siendo este el momento de consumación formal.

Por lo tanto, en los casos estudiados sólo hay que señalar el instante donde se produce efectivamente el perjuicio al patrimonio, que normalmente vendría con la recepción de la obra que extingue el contrato, pues en tal momento ya no hay más elementos de tipicidad que ejecutar y el propietario ha salido de esa relación contractual con un menoscabo en su patrimonio.

Ya fue mencionado cómo ese perjuicio viene de la diferencia entre el valor de lo que se debía entregar y el valor real de lo entregado, viene del menoscabo resultante de los hechos. Además, el menoscabo a la víctima debe ser real, efectivo, y medible o considerable.¹⁶⁴

Hay un último momento en la Fase Externa llamado *Etapa de Agotamiento*. Esta etapa sucede cuando el agente obtiene la finalidad última buscada por él; para la estafa esto significa el momento de consumación material, o sea cuando obtiene el beneficio patrimonial antijurídico que pretendía para sí mismo o para un tercero. Para la estafa el momento de consumación formal es suficiente para el pleno cumplimiento del delito, la efectiva obtención del beneficio no es obligatoria, pero tal vez sí tiene una utilidad indicativa del hecho delictivo sucedido.

¹⁶⁴ Sala Tercera. Sentencia 482 de las 9:07 horas del 25 de mayo de 2001.

2. Otras consideraciones

Se pueden realizar otras consideraciones jurídicas con respecto a la estafa a partir de la construcción. Como la importancia, o complicación, en la determinación e individualización del responsable estafador.

Aunque depende mucho de los hechos ocurridos, en general la estafa le será mayormente aplicable al constructor que lo ideó y ejecutó (o controló la ejecución), además de los casos de responsabilidad penal de un desarrollador; y los respectivos cómplices. Cabe advertir que los sujetos en la relación contractual pueden ser personas jurídicas, y habría una correspondiente necesidad de buscar soluciones como la determinación de una persona física representante o responsable por las decisiones.

Otro aspecto para analizar es la probabilidad de peligro a la seguridad de bienes o personas producto de los vicios en la obra, por eso en algunas legislaciones el fraude del constructor que amenace la seguridad se ha considerado un agravante en la penalidad de la estafa¹⁶⁵. Aunque en nuestra legislación no existe tal agravante, cabría, dependiendo de lo sucedido en particular, aceptar el supuesto de un concurso de delitos en caso de que efectivamente se haya perjudicado otros bienes jurídicos protegidos.

Sección V

Utilidad y realidad de la estafa en la construcción

Ya habiendo comprobado y analizado esta forma de aplicación de la estafa, es conveniente realizar unas últimas observaciones sobre utilidad y realidad con respecto a los resultados alcanzados.

En el sector constructivo nacional se han identificado ciertas fuentes de conflictos como la informalidad contractual, por acuerdos verbales o incluso la falta del contrato mismo; además de riesgos en incremento de los costos, la descripción insuficiente o falta de acuerdo sobre la calidad o condiciones de la obra, impericia en ciertos sujetos, desconocimiento (por parte de propietarios)

¹⁶⁵ Por ejemplo la codificación argentina.

sobre tipos de defectos y responsabilidades, o imprevistos con respecto a pagos de adelantos o primas¹⁶⁶.

Se puede agregar los conflictos o incumplimientos comunes y regulados por la materia de contratación. Otro aspecto de inseguridad es el grado de confianza o ventaja existente en el constructor con respecto al resultado satisfactorio de la obra, pues el usuario del inmueble no va a desarmarlo para verificar su debido cumplimiento.

Ante estas fuentes de conflictos, o de antijuridicidad, es importante acudir a medidas y reacciones aportadas por la ciencia jurídica. Ya fue visto el límite de las aportaciones de la rama civil y cómo llegar hasta la responsabilidad penal, siendo la estafa una figura muy práctica contra la inseguridad o malicia en las relaciones de construcción

Esta aplicación de la estafa va más allá de una solución individual para la víctima, envuelve una necesidad social de prohibición y represión de ciertas conductas dañinas como esa; y aporta una utilidad de contención para cierta gravedad de antijuridicidad.

Su flexibilidad permitirá reprimir una variedad de hechos, realizando una caracterización denunciante sobre su naturaleza fraudulenta. La investigación y manejo de la figura será adicionalmente provechosa en áreas como la informalidad en la construcción, donde “contratistas” pueden aprovechar la confusión contractual o la falta de intervención estatal para la configuración de tales acciones; también en el campo de los grandes proyectos o los llamados “megacontratos”¹⁶⁷, que podrían acarrear amplios riesgos de naturaleza patrimonial, o en otras áreas.

Existirá una utilidad general con respecto al desarrollo de obras y las relaciones que lo pueden conformar, considerando sus riegos y posible inseguridad; en algunos ordenamientos latinoamericanos se ha llegado incluso a la regulación específica de esta área.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Entrevista con Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón, asesora legal de la Cámara Costarricense de la Construcción. San José, 27 de agosto de 2010.

¹⁶⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Op.cit.* Pág. 71.

¹⁶⁸ Cámara Inmobiliaria de Venezuela. (2010, 23 de Setiembre). *Ley de preventa de inmuebles en construcción o sin construir regulará a constructoras*. Consultado el 7 de setiembre de 2010, en <http://www.camarainmobiliaria.org.ve/articles/76>.

El principal bien jurídico que se pretende proteger con la estafa es el patrimonio, pero es interesante observar cómo algunos juristas han denunciado la existencia de responsabilidad penal para otras formas de lesiones (por ejemplo a la salud) que también provienen de fraudes sobre productos de consumo.¹⁶⁹

Localizar antecedentes jurisprudenciales donde se haya utilizado la estafa en la forma aquí propuesta es labor difícil, aunque no imposible, de ahí la trascendencia de explorar y facilitar tal manejo de la estafa. Circunstancias como el alegato de mera competencia civil ante la investigación penal, o acudir a soluciones de materia civil o comercial por falta de reconocimiento oportuno de la responsabilidad penal; disminuyen su persecución judicial.

Un antecedente jurisprudencial proviene de la sentencia 1260-2000 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, ahí el imputado fue un desarrollador de un proyecto de apartamentos que prometió a los posibles adquirentes determinadas condiciones en las viviendas, mostrando un apartamento terminado e induciéndolos a aceptar la adquisición y a entregar montos de prima.

El desarrollador atrasó la entrega y las víctimas recibieron los inmuebles con la creencia de que estaba terminando unos pocos acabados faltantes. Al tiempo de uso se descubre que la obra tiene un estado inferior al prometido, no sólo por acabos faltantes sino además por una inestabilidad estructural, producto de la muy baja calidad de materiales utilizados, que impide cumplir con el destino previsto para el inmueble.

Ante tales hechos, y por diversos medios de prueba (testimonial, documental, pericial), el Tribunal concuerda que el imputado entregó una cosa muy inferior a la comprometida contractualmente. Además se concluye que el imputado siempre poseyó una intención dolosa de desplegar una trama engañosa, atrayendo y comprometiendo a las víctimas, pero sabiendo que no iba a cumplir.

Se condena al imputado por la configuración de la estafa, según los presupuestos del artículo 216 pues existió una simulación de hechos, un acto

¹⁶⁹ Navas Aparicio, Alfonso. (2008). “Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos”. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Vol. 20 (Nº 25). Mayo. Pág. 163.

dispositivo patrimonial y un perjuicio. El perjuicio provino de la diferencia tan amplia entre el inmueble supuestamente adquirido, y el inmueble entregado que es prácticamente inhabitable. La sentencia fue luego confirmada por la Sala Tercera.¹⁷⁰

Los detalles de este antecedente judicial apoyan la configuración de la defraudación sobre hechos viciosos de un ambiente contractual de construcción, y en general, los planteamientos y resultados expuestos. El examen de la realidad nacional no muestra muchos casos que sigan el formato del antecedente mencionado, pero los existentes parecen seguir su línea jurisprudencial.¹⁷¹

¹⁷⁰ Sala Tercera. Sentencia 482 de las 9:07 horas del 25 de mayo de 2001.

¹⁷¹ Periódico La Nación (2010, 5 de noviembre). *Fiscalía pide medidas contra responsables de condominio.* Consultado el 5/11/2010, en <http://www.nacion.com/2010-11-05/ElPais/UltimaHora/ElPais2580801.aspx>.

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 219 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 logable 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 *iter criminis* 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 conclusión central del trabajo es resultado de todos los planteamientos y propuestas: la elaboración de una estafa, configurable a partir de los presupuestos del artículo 216 penal, en el ambiente nacional de la construcción.

Las actividades fraudulentas son un problema real, pero este tipo casi no ha sido investigado o denunciado, y su proceso casi no ha sido expuesto. Por tal motivo se escogió la propuesta inicial de la comprobación de la existencia y contenido de la estafa, dentro de esta coyuntura, objetivo razonablemente logrado.

La estafa en la construcción es una probabilidad 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.

Bibliografía

Libros.

- Agoglia, María M., et al. (2003). Responsabilidad por incumplimiento contractual. (Primera edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Hammurabi.
- Aquino, José Ángel. (2001). Derecho de la construcción. (Primera edición). Santo Domingo, República Dominicana : Instituto Tecnológico de Santo Domingo.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. (1999). Derecho Penal Parte General. (Segunda edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Hammurabi.
- Bernaus, Jose Felix. (1983). El delito de la estafa y otras defraudaciones. Buenos Aires, Argentina : Editorial Abeledo Perrot.
- Castillo González, Francisco (2001). El Delito de Estafa. (Primera edición). San José, Costa Rica : Editorial Juritexto.
- Colin, A. y Capitant, H. (1975). Curso elemental de Derecho Civil. (Cuarta edición). Madrid, España : Editorial Reus.
- Collier, Keith. (2001). Construction Contracts. (Tercera edición). Estados Unidos : Editorial Merrill Prentice Hall.
- Creus, Carlos. (1997). Derecho Penal parte especial. (6° edición, Tomo I). Buenos Aires, Argentina : Editorial Astrea.
- Dayenoff, David Elbio. (2005). Delitos contra la propiedad. Arts. 162 a 185 del Código Penal. Manual teórico-práctico. Buenos Aires, Argentina : Editorial García Alonso.
- Donna, Edgardo Alberto. (2007). Derecho Penal Parte Especial. (Segunda edición, Tomo II-B). Buenos Aires, Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores.
- Ezaine Chavez, Amado. (1981). Iter Criminis. San José, Costa Rica : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Finzi, Conrado A. (1961). La estafa y otros fraudes. Buenos Aires, Argentina : Editorial Desalma.
- Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. (2002). Derecho penal parte especial. (16° edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Abeledo Perrot.
- Garrido, R. F. y Cordobera González de Garrido, R. (1984). Contratos típicos y atípicos. Buenos Aires, Argentina : Editorial Universidad.

- Ghersi, Carlos Alberto. (2002). Derecho civil Parte general. (Tercera edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Astrea.
- Gómez de la Escalera, Carlos. (1994). La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnico por los defectos de construcción. (Segunda edición). España : J.M. Bosch Editor.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. (2003). Contratos Parte Especial. (Tomo II). Buenos Aires, Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores.
- Muñoz Conde, Francisco. (1988). Derecho Penal Parte Especial. (Séptima edición). Valencia, España : Editorial Tirant lo Blanch.
- Navarro, Guillermo Rafael. (2007). Casos especiales de estafas y otras defraudaciones. (Primera edición). Buenos Aires, Argentina : Editorial Hammurabi.
- Pérez, Luis Carlos. (1988). Derecho Penal Parte General y Especial. (Segunda edición). Colombia : Editorial Temis.
- Rondina, H. y Rondina, G. (2008). Daños en la construcción. Argentina : Rubinzal-Culzoni Editores.
- Salazar Rodríguez, Luis Alonso. “Análisis dogmático del delito de estafa (comparación con el delito de apropiación y retención indebida)”. En: Llobet Rodríguez, Javier (2007). Justicia Penal y Estado de Derecho: homenaje a Francisco Castillo González. (Primera edición). San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.
- Salazar Rodríguez, Luis Alonso. (2006). El dolo en los delitos de peligro. San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental.
- Torrealba Navas, Federico. (2009). Lecciones de contratos. Primera Parte: Elementos del contrato. (Primera edición). San José, Costa Rica : ISOLMA.
- Vives Antón, Tomás S., et al. (1999). Derecho Penal Parte Especial. (Tercera edición). Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch.
- White, Nancy J. (2002). Principles and practices of construction law. Columbus, Ohio, Estados Unidos : Prentice Hall.

Tesis.

- Alvarado Morales, N. y Alfaro Céspedes, A. (1991). El contrato de construcción y su incumplimiento. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica.

- Camacho Villalobos, R. y Peralta Aguilar, S. (1992). El delito de estafa: Aspectos legislativos y jurisprudenciales de su reforma. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica.
- Cerdas Campos, Christian. (2008). Administración de contratos de construcción. Tesis para optar por el título de Licenciado en Ingeniería Civil. Facultad de Ingeniería : Universidad de Costa Rica.
- González Fonseca, José Manuel. (1992). Estafa de Construcción. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica.
- Gordienko López, A. y Cruz Álvarez M. (1989). El contrato privado de construcción en Costa Rica. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica.
- Zúñiga Núñez, Hannia (2002). Tratamiento de los vicios ocultos en el Derecho Costarricense. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho : Universidad de Costa Rica.

Revistas.

- Fernández Morales, Roberto (2006). "Conceptos básicos de la construcción sin pérdidas". Construcción: Revista de la Cámara Costarricense de la Construcción. Vol. 13 (Nº99). Pág. 44.
- Navas Aparicio, Alfonso (2008). "Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos". Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Vol. 20 (Nº 25). Pág. 163. Mayo.
- Romero Pérez, Jorge Enrique (2003). "Derechos del consumidor". Revista de ciencias jurídicas. Nº100. Pág. 183. Enero-abril

Leyes y reglamentos.

- Código Civil. Asamblea Legislativa. Ley Nº63 del 2 de septiembre de 1887.
- Código de Trabajo. Asamblea Legislativa. Ley Nº2 del 27 de agosto de 1943.
- Código Penal. Asamblea Legislativa. Ley Nº 4573 del 4 de mayo de 1970.
- Código Penal. Congreso de la nación Argentina. Ley 11.179.
- Código Penal. Congreso Nacional de Chile Ley 18742.

- Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Asamblea Legislativa. Ley N°7472 del 19 de enero de 1995.
- Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley N°3663 del 10 de enero de 1966.
- Reglamento a la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Decreto ejecutivo N°25234 del 25 de enero de 1996 .
- Reglamento de empresas consultoras y constructoras. Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Sesión extraordinaria N° 17-80-GE del 26 de junio de 1980.
- Reglamento especial del cuaderno de bitácora en obras. Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Sesión N°66-91-GE del 23 de julio de 1991.
- Reglamento Interior General del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Decreto ejecutivo N°3414-T del 3 de diciembre de 1973.
- Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura. Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Sesión N° 6-88 AER del 16 de agosto de 1988.

Jurisprudencia.

- Sala Primera. Sentencia 1000 de las 15 horas del 21 de diciembre del 2005.
- Sala Primera. Sentencia 227 de las 14 horas 15 minutos del 20 de diciembre de 1991.
- Sala Primera. Sentencia 320 de las 14 horas 20 minutos del 9 de noviembre de 1990.
- Sala Primera. Sentencia 37 de las 11 horas 10 minutos del 28 de mayo de 1993.
- Sala Primera. Sentencia 460 de las 10 horas 45 minutos el 30 de julio del 2003.
- Sala Segunda. Sentencia 761 de las 10:30 horas del 20 de diciembre de 2001.
- Sala Segunda. Sentencia 805 de las 9:30 horas del 6 de septiembre de 2000.
- Sala Segunda. Sentencia 954 de las 2:12 horas del 30 de junio de 2010.
- Sala Tercera. Sentencia 1104 de las 11 horas 15 minutos del 30 de octubre de 2006.
- Sala Tercera. Sentencia 1275 de las 10 horas 35 minutos del 2 de octubre del 2009.

- Sala Tercera. Sentencia 294 de las 10 horas 15 minutos del 28 de septiembre de 1990.
- Sala Tercera. Sentencia 356 de las 8 horas 43 minutos del 30 de abril de 2008.
- Sala Tercera. Sentencia 420 de las 10 horas del 21 de julio de 1995.
- Sala Tercera. Sentencia 482 de las 9 horas 7 minutos del 25 de mayo de 2001.
- Sala Tercera. Sentencia 580 de las 9 horas 5 minutos del 11 de octubre de 1996.
- Sala Tercera. Sentencia 656 de las 9 horas 10 minutos del 31 de octubre de 1996.
- Sala Tercera. Sentencia 723 de las 9 horas del 30 de junio del 2000
- Tribunal de Casación Penal. Sentencia 894 de las 9 horas 50 minutos del 14 de agosto de 2009.
- Tribunal de Casación Penal. Sentencia N° 478-F-96 de las 9 horas 50 minutos del 23 de agosto de 1996.
- Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José. Sentencia 1260 de las 16 horas 20 minutos del 4 de octubre de 2000.
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Sentencia 169 de las 10 horas 40 minutos del 14 de mayo del 2009.

Otros.

- Cámara Costarricense de la Construcción. *Daños o vicios ocultos en la compra de vivienda.* Consultado el 30 de agosto de 2010, en <http://www.construccion.co.cr/noticia.php?NID=39>.
- Cámara Inmobiliaria de Venezuela. (2010, 23 de Setiembre). *Ley de preventa de inmuebles en construcción o sin construir regulará a constructoras.* Consultado el 7 de setiembre de 2010, en <http://www.camarainmobiliaria.org.ve/articles/76>.
- Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. *Estadísticas de la Construcción.* Consultado el 20 de febrero de 2010, en <http://www.cfia.or.cr/estadisticas.htm>.
- Entrevista con Licda. Ana Lucía Ramírez Calderón, asesora legal de la Cámara Costarricense de la Construcción. San José, 27 de agosto de 2010.
- OIT. *Descentralización, tercerización, subcontratación.* Consultado el 1 de febrero de 2011, en

http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf.

- Periódico La Nación. (2010, 5 de Noviembre). *Fiscalía pide medidas contra responsables de condominio*. Consultado el 5/11/2010, en <http://www.nacion.com/2010-11-05/EIPais/UltimaHora/EIPais2580801.aspx>.