

 **JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO***Fiscal*

ENUNCIADO

En el año 2003, Luis ideó un plan que pretendía hacerse con importantes cantidades de dinero aportadas por futuros clientes. Se les ofrecería la posibilidad de adquirir bienes inmuebles a precios interesantes, procedentes de subastas judiciales, o una atractiva rentabilidad financiera con la inversión en productos financieros.

Creó sociedades y se anunció en medios de publicidad como especialista en inversiones inmobiliarias. Los clientes, seducidos, no exentos de formación en algunos casos, se animaron a participar en negocios que tenían la apariencia de la rentabilidad o bajo costo.

Pidió Luis iniciales entregas a cuenta, necesarias –según él– para licitar en las subastas de adquisición de los inmuebles. Serían bienes, bien para adquirirlos como vivienda habitual, bien para reinvertirlos.

Luis recibe cantidades importantes de dinero que, evidentemente, no va a utilizar para el fin anunciado. De un total de siete ingenuos particulares recibió: 42.000, 30.000, 12.500, 16.000, 17.000, 13.500 y 19.500 euros.

Consumada la estafa no está claro que los perjudicados quedaran en una precaria situación económica.

Como ya se dijo anteriormente, los seducidos eran, no obstante la tramoya, personas de formación adecuada a la media, con recursos económicos, que se dejaron llevar por la apariencia generada de la situación por el autor-estafador, sin efectuar comprobación alguna de las cualidades y características de la empresa y de la persona.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es aplicable la agravante específica del artículo 250.1.1.º, del Código Penal (CP), «vivienda»?
2. ¿Es aplicable automáticamente la agravante específica del artículo 250.1.6.º del CP, «especial gravedad por el valor de la defraudación»?

SOLUCIÓN

1. Existen referencias a las entregas de dinero por los clientes particulares para los negocios indicados. Hay una relación entre lo que se da y lo que se va a obtener, que en la mayoría de los casos van a

ser viviendas. El supuesto de hecho no distingue entre viviendas habituales o viviendas para la inversión o reinversión en otros activos. La cuestión es ésta: el artículo 250 del CP, que contiene los tipos agravados respecto del básico del artículo 249, prevé un aumento de penas cuando la estafa recaer sobre cosas de primera necesidad, «viviendas» u otros bienes de reconocida utilidad social.

El precepto de referencia no distingue tampoco entre tipos de vivienda, aun cuando parece que sí debería establecerse alguna singularidad entre la adquisición de una vivienda que va a constituir residencia habitual y la que se compra simplemente por inversión o para su reventa con beneficios, aprovechando que serán inmuebles a bajo precio, por ser procedentes de la subasta judicial. Diferenciación con entidad a la hora de aplicar o no el tipo agravado de la estafa del artículo 250.1.1.º.

Es evidente que la contemplación de las viviendas en el tipo agravado, como así sucediera en el CP de 1973, en el artículo 529.1.º, tiene su razón de ser en la trascendencia social de las mismas, como elementos de «reconocida utilidad social», como dice literalmente el precepto sustantivo. La especial protección tiene su razón de ser en el derecho constitucional a una vivienda digna (art. 47 de la Constitución de 1978).

En algunas sentencias judiciales (STS de 7 de marzo de 2005), por la especial consideración social de la vivienda y por su protección constitucional, se recuerda que la protección especial penal del artículo 250.1.1.º se justifica «cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio, como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad».

Si esto es inequívocamente así, convendríamos en la inaplicabilidad del tipo agravado que estamos tratando, por carecer de datos suficientes como para entender que las viviendas eran adquiridas con la única finalidad de ser residencia habitual de los compradores. Parece más bien que la pretensión es indistinta, tanto para vivir como para reinvertir. En cualquier caso queda apuntada la idea, el matiz diferenciador.

No declarar que las entregas de dinero lo sean para una inversión patrimonial ante perspectivas de revalorización en el mercado inmobiliario, conjuntamente con lo anteriormente indicado de las viviendas habituales, es otro de los criterios que exime de la aplicación del artículo 250.1.1.º del CP. Lo importante es que la jurisprudencia asocie esa especialidad agravatoria con la adquisición de un bien de reconocida utilidad social por ser destinado a vivienda habitual, aun cuando el apartado 1.º del artículo 250.1 no lo diga expresamente y sólo utilice la mención «vivienda».

2. Para empezar, conviene precisar dos datos de interés: la cantidad y la situación económica en que quedan las víctimas.

La cantidad (o las cantidades entregadas), aisladamente considerada, podría servir para la determinación de la cualificación por «el valor de la defraudación», del apartado 6.º del artículo 250.1 del CP. El anterior CP generó una jurisprudencia proclive a definir la cualificación sólo por la cantidad. Se empezaba hablando de un millón de las antiguas pesetas. A partir de 1991 se eleva a dos millones la agravante ordinaria y seis la muy cualificada.

La Sentencia 1444/2002, de 14 de septiembre, declara que, en virtud de la Ley Orgánica 8/1983 se sustituyen los criterios puramente cuantitativos fijos en los delitos de estafa y apropiación indebida, consistentes en módulos fijos con escalas punitivas, por criterios económicos, sociológicos y criminológicos. No es que ahora no se tengan en cuenta las cantidades frías estafadas, sino que ahora se añada a ellas la

valoración de las circunstancias de la víctima, del hecho cometido, los modos o formas de actuación, la existencia de uno o varios perjudicados; es decir, ahora se complementan otros criterios que hacen más razonable la cuantificación penal por la especialidad del tipo agravatorio.

Debe observarse cómo el artículo 250.1.6.º, al tiempo que recoge la «especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación (dato puramente cuantitativo)», añade «y a la situación económica en que deje a la víctima (dato económico, sociológico, psicológico...)». Por tanto, la cualificación, ¿depende de la conjunción «y» literalmente reconocida en el precepto?; o, dicho de otra manera, puesto que el caso se refiere a las cantidades y alude a que no está claro que las víctimas quedaran en una precaria situación económica, con arreglo a los nuevos criterios, y siendo incuestionable que el precepto parece dar a entender (con la conjunción «y»), si no se da a las cantidades además la precariedad económica de la víctima, ¿puede aplicarse la nueva jurisprudencia sobre otros criterios diferenciadores a los fríos y estrictos de los módulos, añadidos al dato cuantitativo de lo defraudado? Porque, claro está, que según la perspectiva la conjunción «y» obliga al juzgador a la hora de aplicar o no el artículo 250.1.6.º que ambos hechos se den en el caso.

El artículo 235 del CP, para los delitos de hurto, contempla en párrafos separados la «especial gravedad, atendiendo al valor», «víctima (...) en grave situación económica». No utiliza la conjunción «y», a diferencia de lo establecido en la estafa, como queda dicho. Parece que el legislador ha querido, en estos delitos de hurto, aplicar la cualificación individualizadamente, sin tener para nada en cuenta la concurrencia de otros elementos. Basta el valor en el hurto, o la situación en que quede la víctima, por separado, para que se pueda aplicar el artículo 235, a diferencia de lo que pide el tipo de estafa en el artículo 250.1.6.º.

Llegados a este punto del razonamiento, conviene decir, a fin de ir descifrando el galimatías, que la jurisprudencia reciente viene interpretando (como no podía ser de otra manera) el sentido del precepto cualificado de la estafa a la luz de lo que contempla el hurto, y no a la inversa. No tiene sentido la diferencia de regulación entre uno y otro delito. Diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos de estafa y apropiación indebida, respecto de los hurtos. Además, la apreciación para el tipo agravado de uno solo de los resultados indicados en el artículo 250.1.6.º es lo más coherente con lo indicado en el segundo inciso del artículo 249. Para la fijación de la pena en el delito básico de estafa (y en el de apropiación indebida) se tienen en cuenta una pluralidad de criterios (indicados en ese segundo inciso), que se detallan separadamente, sin conjunción alguna. Véase que el precepto, entre comas, indica un texto que contiene, entre otros, «importe de o defraudado, o quebranto económico causado al perjudicado». ¿Cómo no entenderlo así en el apartado 6.º del número 1, del artículo 250 del CP?

En conclusión, independientemente de que el quebranto producido en la economía de las víctimas sea mayor o menor y de que en algunos casos pudiera producirse una precariedad económica, el importe de las defraudaciones y todo lo demás será objeto de valoración por separado, no modificándose el criterio jurisprudencial moderno, sino reinterpretando la desafortunada redacción del precepto 250.1.6.º, diluyendo la existencia de la conjunción «y» en la redacción del texto, por los argumentos expuestos más arriba.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 235, 249 y 250.
- SSTS de 16 de julio y 28 de septiembre de 1992; 971/1995, de 6 de octubre; 13 y 25 de mayo y 12 de diciembre de 1996; 17 de noviembre de 1997; 7 de enero de 1998, 658/1998, de 19 de julio y 373/1998, de 2 de junio; 21 de marzo de 2000 y 559/2000, de 4 de abril; 6 de noviembre de 2001 y 2381/2001, de 14 de diciembre; 14 de septiembre de 2002 y 297/2005, de 7 de marzo.