

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal en la Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid.

Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*

(*) El presente estudio trata de relacionar la solución del art. 353 del Proyecto de Código penal español de 1980, sobre la llamada "letra de cambio vacía", con la propuesta contenida en el *Proyecto Alternativo alemán, Delitos contra la Economía*, 1977, parágrafo 186, 1, acerca del abuso cambiario (*Wechselsmissbrauch*).

Los presupuestos jurídico mercantiles del derecho alemán y español son correlativos, aunque no plenamente coincidentes. Existen dife-

rencias terminológicas, más que materiales, que deben ser brevemente puestas de relieve.

La letra de cambio puede ser, según la técnica jurídico mercantil española, comercial o, por el contrario, de favor. En la primera subyace a la letra un negocio jurídico causal, generalmente una compraventa o prestación de servicios realizada por el librador al librado. La letra de favor carece de esta base causal. Dentro de ella es posible distinguir entre letras financieras, en las que el Banco concede un crédito al librador con garantía de la firma del librado aceptante, letra plenamente válida, y letras de colusión, en que se oculta al Banco por el librador la inexistencia de provisión de fondos. Esta letra es la que se trata ahora de prohibir bajo pena criminal del art. 353 del Proyecto de Código penal de 1980.

En la técnica jurídico mercantil alemana la situación material básica no es sensiblemente diferente. La terminología, sin embargo, no es superponible a la española. Se distingue en el sistema alemán entre letra comercial (*Handelswechsel*), en la que subyace un negocio básico de compraventa —o por supuesto, otra prestación que opera como provisión de fondos— y letra financiera (*Finanzwechsel*), con la que únicamente trata de obtenerse un crédito en efectivo mediante el libramiento o la aceptación, pero sin que el negocio cambiario presuponga una pretensión dimanante de un negocio causal preexistente, como la venta de mercancías. Sobre ello, vid. Schönle, K., *Bank- und Börsenrecht*, 2. Auf., 1976, pp. 194 y ss. y 196 y ss. En el sistema alemán quien presenta al descuento una letra financiera —o una letra de favor, según la terminología española— tiene el deber jurídico de hacer patente esta circunstancia ante quien efectúa el descuento. Por otra parte, la letra financiera no es redescontable, salvo excepcionalmente, por la institución central bancaria.

La lectura de las referencias al sistema alemán que contiene el texto trasluce los matices diferenciales del derecho cambiario de los dos países (por ej., la propuesta de Otto, H., que se contiene en el "apéndice" legislativo es inteligible mediante esta precisión).

El estudio contiene aclaraciones, rectificaciones y transformaciones respecto a la comunicación presentada a las "Jornadas de Estudios sobre Delitos Económicos y Economía de Mercado" (Madrid, 24 y 25 de Septiembre de 1981), organizadas por la Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, bajo el impulso y dirección de Bajo Fernández.

Al final del trabajo se proporciona un "apéndice legislativo" que informa de las propuestas político criminales y textos más significativos en relación con la estafa de crédito y el abuso punible de lotras de cambio.

SUMARIO

1. La protección penal del crédito.
2. Problemas de técnica legislativa.
3. El abuso de letras financieras en el Proyecto Alternativo alemán.
4. La posición de OTTO.
5. Posición de la Comisión alemana para la lucha contra la Criminalidad económica (2 a 6.5.1977).
6. Posición de la Unión federal de Bancos alemanes (20.10.1977).
7. Tesis de Schubart, negativa de la admisibilidad político criminal de la llamada "estafa de crédito".
8. El "crédito" como realidad empírica y como "bien jurídico". Distinción.
9. El abuso de letras financieras, delito de peligro abstracto contra el patrimonio. Inadmisibilidad de los delitos de peligro abstracto contra el patrimonio.
10. Crítica del pensamiento de que el pago de la letra excluye la posible responsabilidad penal. Consideración final.

APENDICE LEGISLATIVO

1. Una característica del derecho penal económico en formación es el intento de dispensar protección a la institución social del crédito, así como a determinados medios de crédito y de pago (letras de cambio y cheques) estimados esenciales para los sistemas económicos contemporáneos (1).

La protección penal del cheque está ya consolidada en los países latinos mediante normas independientes de la estafa. El interés social a la correcta circulación del título valor se considera como bien jurídico no plenamente coincidente con los intereses patrimoniales del tenedor. En Alemania, el libramiento de cheques sin provisión no está previsto como delito independiente por la legislación penal. La introducción de un nuevo tipo es materia de discusión. En sentido afirmativo, se manifiesta el Proyecto Alternativo, Parte especial, Delitos contra la Economía (1977).

Nuevos tipos penales tratan de tutelar el interés de la colectividad al correcto funcionamiento de la institución del crédito. La Primera Ley contra la Criminalidad Económica de 29.7.1976 ha introducido en el Código penal alemán los parágrafos 264, relativo a

(1) Vid. *Ordenación jurídica del crédito*, Instituto de Estudios Fiscales, 1978.

la estafa de subvenciones, y 265 b), sobre la estafa de crédito, cuya finalidad se distingue de la propia de la estafa. La obtención indebida de subvenciones trata de impedir la frustración del fin para que fue establecida la subvención por la administración pública. Materia de la estafa de crédito es la obtención de un crédito mediante alegación de datos o hechos falsos, que de ser conocidos hubieran conducido a su denegación. En la estafa de crédito el autor no cuenta al tiempo del hecho con la imposibilidad de efectuar la devolución del crédito llegado el vencimiento. No pretende incorporar la cantidad definitivamente a su patrimonio. Este dato subjetivo traza la línea diferencial con la estafa propia, en que el sujeto se propone —dolo directo— o se representa como posible y toma a su cargo —dolo eventual— la producción del daño patrimonial, con logro de un correlativo enriquecimiento. Ambas infracciones se distinguen por el contenido de voluntad. En la estafa de crédito el hecho del impago no debe ser querido en el momento de la acción engañosa en que se ocultan datos o hechos que darían lugar a la denegación del crédito. En sentido económico —no jurídico, dado que a esta caracterización se opondría la naturaleza del negocio jurídico del préstamo— la estafa de crédito podría formalmente concebirse como estafa de uso. El autor pretende utilizar el objeto material, es decir, la cantidad recibida hasta la finalización del plazo, encontrándose ausente el propósito de conseguir un enriquecimiento definitivo. En otro caso, se estaría ante la estafa propia. La distinción probatoria de ambas hipótesis presenta, como Lampe ha puesto de relieve, graves dificultades (2).

(2) Vid. Lampe, E.J., *Der Kreditbetrug*, 1980, pp. 33 y ss.

En el sistema penal alemán la estafa de crédito se circunscribe por vías diversas. No es en todo caso punible la consecución del crédito mediante engaño. Es preciso que el sujeto activo y el pasivo sean empresarios y que el negocio jurídico tenga carácter mercantil. La figura es reconocida también por el Proyecto Alternativo de Código penal, Parte especial, *Delitos contra la Economía*, 1977, cuyo pgfo. 187 "corresponde ampliamente al nuevo pgfo. 265 b)" del Código vigente. En él se circunscribe también el círculo del sujeto activo y pasivo, que se limita a explotaciones y empresas que exijan una organización comercial en forma mercantil. Por otra parte, se toman en cuenta solamente préstamos mercantiles por importe superior a 20.000 DM, con la finalidad de excluir los injustos de bagatela, y el propósito de limitar la punibilidad a los supuestos de daños o peligros patrimoniales de importancia económica considerable. Los detalles de las correspondientes regulaciones pueden verse en el "apéndice" legislativo.

En Italia no existe el delito de estafa de crédito. La figura del recurso abusivo al crédito posee orientación diversa. Es un tipo en la línea del delito de quiebra, que prohíbe acudir al crédito cuando el empresario se encuentra en situación de déficit patrimonial. El delito anticipa la protección del acreedor en estadios previstos a la quiebra.

Tampoco el Proyecto de Código penal español de 1980 regula la estafa de crédito. En el art. 371 se prevé una figura relativa a la estafa de subvenciones. De esta forma se reconoce legislativamente que la estafa de subvenciones no es siempre susceptible de incluirse en los tipos generales de la estafa. No lo es si la obtención de la subvención mediante alegación de hechos falsos o la ocultación de datos verdaderos so-

bre la situación patrimonial del solicitante no implica simultáneamente el propósito o la voluntad de no pagar o devolver el importe de la subvención. Puede decirse que la estafa de subvenciones tiene carácter subsidiario frente a la estafa propia, que opera como norma principal. El objeto de protección es en ella el interés de la administración al cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones. Junto a este interés, se tutelan también los intereses patrimoniales del órgano que concede la subvención, puestos en peligro por el comportamiento.

La estafa de subvenciones y la estafa de crédito tratarían de proteger, se afirma, intereses generales o suprapersonales, al ordenado funcionamiento de la Economía. La estafa de crédito dispensaría protección a la institución social del crédito, bien jurídico no coincidente con el patrimonio o la libertad de disposición patrimonial de quien concede el crédito. Estos intereses poseen carácter económico privado. En el funcionamiento del crédito estaría presente, por el contrario, un interés de naturaleza colectiva.

Según el Proyecto Alternativo, los delitos económicos presentan doble orientación. En primer término, atacan intereses de la sociedad al funcionamiento correcto del sistema económico. Pretenden impedir acciones peligrosas o lesivas de los intereses económicos generales. En este sector deberían incluirse el fraude fiscal, la estafa de subvenciones y de crédito, las prácticas restrictivas de la competencia, etc. En segundo lugar, el delito económico puede consistir en un abuso de medios o instrumentos esenciales para los sistemas económicos contemporáneos. Como el abuso de balances, cheques, letras de cambios, etc. (3).

(3) Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer*

Dentro de este segundo grupo, además del abuso de cheques, el Proyecto Alternativo alemán establece un tipo de delito referente al abuso de letras de cambio. En el pgfo. 186 bajo la rúbrica "abuso cambiario" (*Wechselsmissbrauch*) propone la creación de un nuevo delito sobre el giro de letras que sin corresponder a una venta de mercancías ni a una prestación de servicios, ni tampoco a una atribución de crédito por una institución autorizada oficialmente se negocian o endosan sin hacer constar la falta de relación subyacente. Esta disposición sanciona la infracción del deber del tenedor de hacer patente ante quien efectúa el descuento que la letra carece de provisión de fondos. El tipo trata de neutralizar las más peligrosas modalidades de abusos cambiarios, entre las que cabe mencionar la cabalgata de letras, la difusión de letras vacías, el giro recíproco, etc.

Esta figura de delito es semejante, aunque no plenamente coincidente con la prevista por el art. 353 del Proyecto de Código penal. Esta disposición sanciona a quien gire o negocie una letra de cambio que no responda a una operación real, ocultando tal condición al tomador o endosatarios de la cambial, salvo que la ficción fuese deducible de la letra o de sus circunstancias o que el librado hubiese firmado el acepto (4).

El tipo de delito proyectado parece tomar en cuenta la teoría general de la letra de cambio. En la exposición de Garrigues se parte de las denominadas

Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977, p. 19.

(4) Vid. Bajo Fernández, M., *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico, 3, p. 23; Stampa Braun, J.M^a y Bacigalupo, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, 1980, pp. 16 y ss.

letras comerciales, que implican una operación real, generalmente una compraventa, para cuyo pago es girada la letra. Esta relación subyacente hará que el librado la pague a su vencimiento. Existen además las llamadas letras de favor, en que no existe una relación jurídica subyacente que implique una deuda previa entre los sujetos cambiarios. Dentro de este género cabe distinguir dos clases desde la perspectiva de su solicitud. En primer lugar, las letras de colusión, en que, señala Garrigues, media un pacto fraudulento entre librador y librado aceptante u otros sujetos cambiarios, dirigido a engañar a un tercero, haciéndole creer en la existencia de una relación efectiva subyacente o una provisión de fondos. Entre las hipótesis más frecuentes se encuentra el giro recíproco, o la ficción por el librador de un crédito contra el librado, con presentación engañosa de facturas irreales. En tales casos, continúa Garrigues, los interesados no pueden crear una letra lícita, porque no encuentran una firma solvente y pretenden engañar al Banco haciéndole creer en una operación comercial que sirve de base a la letra.

El otro caso de letra de favor es el de la letra financiera o letra de caución, en que es interpuesta una persona de solvencia a juicio del Banco para que, sin preexistencia de una relación subyacente, se produzca el descuento, con la correlativa concesión de crédito.

El tipo del art. 353 establece el deber jurídico penal de hacer conocer al Banco la inexistencia de una operación real, es decir, el carácter no comercial de la letra. Se refiere, pues, a las letras de complacencia en el sentido especial de las letras de favor carentes de provisión de fondos, en que esta situación no se

hace patente ante quien procede al descuento (5).

2. La formación del tipo de delito debe responder a las exigencias de la actual política criminal. El tipo es una formación teleológica, mediante la que se pretende la consecución de un fin (6). Este es la protección de un bien jurídico identificado como digno de protección penal. El legislador selecciona los bienes merecedores de esta protección. Esta no es una operación vaga o genérica, sino de determinación concreta del objeto que puede experimentar el daño. La formación del tipo debe estar precedida por una investigación de la difusión del comportamiento en la sociedad. Deben también ponderarse las consecuencias colaterales de la incriminación y la efectividad de la ley, valorando las alternativas existentes, como ha indicado Scheerer. Igualmente habrían de calcularse los efectos no deseados de la incriminación (7). En particular, es digna de resaltarse la posibilidad de que, al conceder el tipo del art. 353 eficacia al pago de la letra a posteriori del delito, puedan surgir comportamientos punibles como amenazas o coacciones del tenedor de la letra frente al obligado al pago. En sentido general, se puede decir que la figura de delito del art. 353 del Proyecto está llamada a producir una transformación profunda en el tráfico cambiario. El gremio de banqueros alemanes, como se podrá ver después, ha mostrado un criterio opuesto a la introducción de un tipo correlativo en el sentido penal.

(5) Vid. Garrigues, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., 1975, pp. 274 y ss.

(6) Zimmerl, L., *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, 1931, pp. 9 y ss.

(7) Vid. Seerer, S., *Strafgesetzgebung*, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, Ergänzungsband, 1979, p. 402.

3. El abuso de letras de cambio carentes de provisión o no comerciales, es considerado punible por el Proyecto Alternativo, Parte Especial, *Delitos contra la Economía* (1977). En la exposición de motivos del pgfo. 186 se destaca que la admisión de la figura ha sido objeto de contradicción entre sus autores. La disposición contiene dos tipos con diverso contenido. El primero concierne al giro o negociación de letras de cambio no comerciales, ni correspondientes a una prestación de servicios, ni a una garantía de un préstamo por una institución de crédito oficial. Es el único a que se extiende el presente estudio. El segundo se refiere a conductas antijurídicas habituales de mediación en el tráfico cambiario y no encuentra correlación con el Proyecto de Código penal español de 1980.

Según la exposición de motivos, el tipo del abuso de letras de cambio (*Wechselsmissbrauch*) tiende a la protección de la letra como instrumento del tráfico económico. El delito económico consiste en la utilización irregular de medios instrumentales indispensables en la economía actual, como son el abuso de balances, cheques o letras de cambio. El criterio parece encontrar acogida en el Proyecto de Código penal de 1980, que sitúa el art. 353 sobre la "letra de cambio vacía" dentro de las infracciones relativas al tráfico de medios de crédito y de pago (cap. IV, tít. VIII, Libro II). Debe aclararse, sin embargo que el derecho penal no protege cosas, objetos ni instrumentos, sino bienes jurídicos. Objeto de protección sería por ello el interés general a la correcta circulación de la letra. Mediante la norma se trataría de conseguir la eliminación del tráfico cambiario de sus más patológicas modalidades, entre las que el Proyecto Alternativo cita la cabalgata de letras (*Wechselsreiterei*), las letras

de favor bajo la forma de giros recíprocos (*ringmässigen Austausches*) y la dispersión de letras vacías (*Streuung von Leerwechseln*). Estas hipótesis no son en sí mismas reconducibles a los tipos de la estafa propia del pgfo. 263 del Código penal alemán, a pesar de ser merecedoras de prohibición jurídico penal. Las letras de favor son usuales en el tráfico, pero solo con la condición de que su cualidad sea dada a conocer a quien realiza el descuento. La letra financiera, en el sentido de la técnica mercantil alemana, únicamente posee pleno valor cuanto tal carácter es patente para la institución de crédito, hipótesis que se encuentra excluida expresamente del pgfo. 186 (8). Debe destacarse que el tipo, al contrario que la estafa de crédito, no establece un límite cuantitativo por debajo del cual la acción no fuera punible. Este criterio se sigue en el art. 353 del Proyecto de Código penal de 1980, con lo que el delito relativo a la "letra de cambio vacía" puede captar injustos económicos in-significantes.

4. Entre las contribuciones sobre el abuso de letras de cambio financieras, Otto destaca la significación obvia de los medios documentales de pago para las economías modernas (9). El dinero documental no es sólo un medio simplificado de pago, sino un "bonum social" digno de protección penal. La jurisprudencia ha tratado de tutelar los medios de crédito y de pago con el tipo de la estafa, mediante aplicaciones que, como en España, han sido a veces censuradas como casos de aplicación extensiva de la ley

(8) Vid. "Apéndice" legislativo.

(9) Vid. Otto, H., *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, 1978, p. 11.

(10). La necesidad de colmar las lagunas existentes respecto a la punibilidad de los más graves abusos cambiarios sólo ha sido mitigada, no corregida hasta ahora, por el derecho positivo. La creación de la estafa de crédito sólo ha mejorado parcialmente la situación. También la literatura penal ha tratado de contribuir a evitar la impunidad. A dicho fin se ha sostenido que el descuento de letras de cambio como si fueran comerciales es un supuesto de engaño mediante actos concluyentes. Por otro lado el daño patrimonial preciso a la estafa ha querido verse en el menor valor de la letra financiera frente a la comercial, pues en Alemania las primeras no son susceptibles de redescuento por la banca central. Este argumento no es aplicable a España por doble motivo. En primer lugar, actualmente no se distingue a efectos del redescuento por el Banco de España entre letras comerciales y no comerciales o financieras (11). Por otra parte, en Alemania es suficiente para la estafa cualquier detrimento patrimonial originado por el acto engañoso. En España, por el contrario se requiere que el daño posea una cuantía determinada, cuantía que traza el límite entre delito y falta. En caso de constar el perjuicio, pero no su magnitud, el comportamiento habría de sancionarse como infracción leve. La diversa situación de ambos ordenamientos impide, pues, sostener que en la presentación al descuento de letras de cambio de favor como si fueran comerciales está presente el engaño y el daño patrimonial exigidos como elementos indispensables por la estafa propia.

(10) Vid. Bajo Fernández, M., *Estafa de crédito mediante el descuento bancario de "letras vacías" o no comerciales*, en ADPCP, 1977, pp. 525 y ss.

(11) Vid. nota 29.

Otto considera, frente a tales intentos doctrinales, que en este campo es necesaria la formación de un nuevo tipo penal. La masa de comportamientos cambiarios irregulares origina daños económicos anuales calculables en billones de marcos. Estas consideraciones económicas son determinantes de la intervención del derecho penal. En orden a la creación de la nueva figura de delito la cuestión del bien jurídico se halla como siempre en primer plano de la consideración. Objeto de protección no es el menoscabo de un eventual interés lucrativo de la institución bancaria, sino el peligro general que el libramiento de letras no comerciales como si lo fuesen lleva consigo para la sociedad, pues aprovechando la confianza que suscita la seguridad y capacidad de circulación de la letra comercial se obtiene un crédito que de otro modo no se hubiese concedido. Al producirse la atribución de crédito a partir de las declaraciones inexactas o de las manifestaciones falsas del tenedor el hecho sobrepasa la peligrosidad propia de los ataques contra el patrimonio. El autor abusa de una confianza existente en la circulación de las letras comerciales, poniendo en peligro los intereses de los participantes en el tráfico económico. El comportamiento presenta, según Otto, el contenido de un genuino delito económico, que más allá del peligro o lesión de intereses particulares, causa un detrimento al orden económico en el aspecto particular de la institución del crédito, menoscabando un bien jurídico suprapersonal (12). Otto insiste en que la letra comercial no solo posee valor mayor que la letra financiera por la seguridad que genera al suponer una venta de mercancía, ser instrumento de refinanciación del vendedor y medio de liquidación a quien

(12) Vid. Otto, H., *ob. cit.*, p. 22 .

realiza el descuento al satisfacerse por un tercero en el momento del vencimiento. La letra comercial es también un medio de primer rango de la política financiera de la banca central, pues al conectarse en ella un negocio básico económico o mercantil y un negocio de crédito que no es multiplicable caprichosamente, es el supuesto óptimo de creación de dinero en sentido económico general (13). En sentido inverso, se refiere Garrigues a las consecuencias inflacionarias que se conectan a las letras de colusión, perjudiciales, por tanto, en atención a los intereses económicos generales. Las diversas funciones de la letra de cambio indica Otto, son vulneradas cuando se gira o negocia una letra de favor silenciándose este carácter, es decir, como si correspondiera a una transmisión de mercancía o a una prestación de servicios entre los sujetos cambiarios. Tal hecho perturba la confianza general depositada en la letra de cambio, poniéndose en peligro el patrimonio de quienes participan con honradez en el tráfico. Las medidas de política económica que persiguen el encauzamiento de la creación de dinero son a la par desconocidas y su eficacia puesta en cuestión.

El criterio de Otto opera, pues, en el espacio económico general, atendiendo a la función que la letra cumple como instrumento esencial del sistema económico. El abuso de letras de favor es, además, una especie de estafa de crédito, siendo válidos respecto a él los argumentos relativos a esta figura de delito. El dato de que el tipo del abuso cambiario proteja intereses económicos supraindividuales lleva a su juicio, lógicamente, a que no pueda atribuirse al pago posterior de la letra la función de excluir la responsabilidad. Esta tesis es más coherente con la concepción

(13) Vid. Otto, H., *ob. cit.*, p. 23.

de la letra de cambio vacía como delito contra el orden socio económico que la acogida en el art. 353 del Proyecto de Código penal, en el que se atribuye al pago la función de excluir la responsabilidad. La propuesta legislativa de Otto, puede verse en el "apéndice".

5. Una opinión favorable a la creación de un nuevo delito que proteja la corrección de la circulación cambiaria ha sido expresada también por la Comisión para la lucha contra la criminalidad económica (Reforma del Derecho penal económico, en sesiones del 2 al 6.5.1977). La Comisión aconseja la creación de un tipo especial que "no proteja sólo el patrimonio de los sujetos cambiarios", sino también "la función pública de la letra como instrumento del tráfico económico", así como "las medidas estatales de política crediticia". De acuerdo con ello el tipo trataría de cumplir una función económico social, lo que conduciría a que no sólo deba de entrar en juego cuando el abuso de letras financieras determine un daño patrimonial para los sujetos cambiarios. A juicio de la Comisión, debería el nuevo delito destacar o resaltar que "quien gira o negocia una letra tácitamente declara que se trata de una letra comercial", salvo "si su condición de letra financiera —en el sentido de la técnica mercantil alemana—, y con ello su "menor calidad", se desprende del documento o de sus circunstancias. La Comisión considera que debería establecerse una figura de delito que operase como tipo especial frente a la estafa propia del pgfo. 263, atendiéndose a la reciprocidad valorativa entre ambas en la determinación de la penalidad. Según esta opinión, el pago posterior de la letra habría de cumplir la función de excluir la responsabilidad, como hi-

pótesis de supresión de la pena (*Absehen von Strafe*), en sentido correlativo al pgfo. 186 del Proyecto Alternativo y el art. 353 del Proyecto de Código penal español (14).

6. La falta de univocidad existente en Alemania respecto a la oportunidad político criminal de la introducción de una figura delito sobre el abuso cambiario, se pone de relieve en la toma de posición de la Unión Federal de Bancos, adoptada en 20.10.1977. En ella se manifiesta un criterio opuesto a los del Proyecto Alternativo, a las tesis de Otto y de la Comisión de lucha contra la criminalidad económica, así como al contenido del art. 353 del Proyecto de Código penal español.

En el dictamen son tomados en cuenta los resultados de una encuesta efectuada en el gremio de banqueros. Se afirma que los casos más graves de giro o negociación de letras en cabalgata o de letras del colusión los capta ya el sistema penal vigente mediante el tipo de la estafa. Esta consideración es válida también para la situación española, según muestra el examen de la jurisprudencia de la Sala Segunda (15). La pena puede alcanzar, según este punto de vista, no sólo al librador de una letra carente de provisión, sino a los demás obligados cambiarios, que aparecerán, especialmente en los casos de giro recíproco y de acuerdo previo entre ellos, como autores o cómplices del delito.

La creación del nuevo tipo penal solo cumpliría, por tanto, la función de reprimir los casos en que la

(14) Los textos están recogidos en Otto, H., como apéndice, *ob. cit.*, pp. 121 y ss.

(15) Vid. Bajo Fernández, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 370 y ss.

letra financiera es librada con la esperanza de disponer la liquidez para hacerla efectiva en el momento del vencimiento. En opinión de la Unión Bancaria estas hipótesis "no poseen significación suficiente para justificar la formación de un nuevo tipo penal". Este nuevo tipo, se afirma, permitiría superar algunas dificultades que plantea la prueba de la voluntad defraudatoria en la estafa propia, pero dificultaría simultáneamente la flexible práctica de los bancos alemanes en la tolerancia de descubiertos en cuenta. El establecimiento legislativo de un deber jurídico de dar a conocer quien presenta la letra al descuento que no posee carácter comercial es estimado cuestionable, pues la financiación de la letra se realiza ordinariamente en atención a la garantía del acepto, no al dato de que sea o no una letra comercial que presuponga una compraventa de mercancía o una prestación previa de servicios del librador al librado. Tal deber de dar a conocer la naturaleza no comercial de la letra estaría además en contradicción con su caracterización jurídica como negocio o título abstracto.

Como conclusión de sus indicaciones, la Unión declara no estimar procedente la introducción del nuevo tipo de delito sobre el abuso de letras, improcedencia que afecta igualmente a la creación de un posible tipo sobre el "cheque en descubierto". En el sentido de la prevención general no implicaría la formación de tales figuras ningún mejoramiento apreciable, pues la modalidades más censurables de utilización irregular de estos instrumentos mercantiles están abarcadas por la jurisprudencia haciendo aplicación el tipo de la estafa y la punibilidad del comportamiento es comúnmente reconocida (16).

(16) Vid. el texto en Otto, H., *cit.*, con transcripción del texto so-

El criterio de la institución bancaria alemana discrepa, por tanto, de la frecuente reivindicación por los medios bancarios españoles de una protección de la letra correlativa a la que se dispensa a la circulación del cheque en el derecho positivo. No es discutible que la eliminación de las formas más graves de abuso cambiario es un inquietante problema, que suscita preocupación mayor en una época de crisis. La neutralización de tales prácticas nunca debería llevar, sin embargo, a la incriminación ilimitada del abuso de letras de cambio "vacías". El art. 353 del Proyecto de Código penal conduce a estimar delictivos injustos de escasa significación económica, pues no se establece ningún límite cuantitativo ni se excluye el injusto de bagatela del ámbito del tipo. Este criterio político criminal es sin duda desacertado. La lucha contra el abuso cambiario debería presuponer una editación más profunda que la del Proyecto de Código penal de 1980, ante todo mediante la consideración de la procedencia político criminal de introducir tipos referentes al recurso abusivo al crédito, en la línea del delito de quiebra, previo estudio de las soluciones que proporciona el derecho penal italiano (17).

7. El Proyecto de Código penal de 1980 no toma en cuenta la estafa de crédito, reconocida en el pgfo. 265 b) del StGB y en el pgfo. 187 del Proyecto Alternativo, aunque ausente, en general, en el derecho penal comparado. Tampoco es pacífico el reconocimiento de la estafa de crédito en la literatura. En sentido opuesto a su admisión se ha manifestado Schubart, quien estima que la incorporación de la figura al sis-

bre la toma de posición del *Bundesverband deutscher Banken* de 19.7. 1977.

(17) Vid. "Apéndice" legislativo.

tema alemán no ha estado precedida por contribuciones teóricas suficientes (18). En la ciencia, ha sido Tiedemann ante todo quien ha proporcionado las bases argumentales del reconocimiento legislativo del delito (19). Ha sido principalmente el influjo de la práctica, sin embargo, la presión más decisiva, según Schubart, para su penetración en el sistema.

En sentido opuesto al Proyecto Alternativo, Schubart recuerda también que los tipos de la estafa, mediante una aplicación correcta de la doctrina del dolo eventual, son suficientes para el control del comportamiento. Existe a su juicio, por otra parte, una imprecisión indudable respecto a cuál sea el bien jurídico protegido por el delito, identificado vagamente con "la capacidad funcional de la economía de crédito", cuyo menoscabo al procederse a concesiones incorrectas de crédito podría dar origen a "reacciones en cadena" en el espacio económico, reacciones que terminarían por afectar a "los acreedores de quien concede el crédito, así como a sus trabajadores". Además de esta indeterminación o falta de precisión del bien jurídico, Schubart pone de relieve que de tratarse de un delito contra el orden económico, debería ser autor no sólo quien solicita, sino también el Banco que procede a conceder el crédito. Parece estar aquí presente una alusión a la doctrina de la participación necesaria, doctrina que afirma la punibilidad del partícipe necesario cuando el tipo no está orientado a su protección, sino a la de bienes jurídicos

(18) Vid. Schubart, M., *Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht*, en ZStW (92 Bd.), 1980, pp. 80 y ss.

(19) Vid. Tiedemann, K., *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl., 1972; *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Bd. 1, Allg. T.; Bd. 2, Bes. T., 1976.

de que no es titular. La batalla por un crédito sano, según Schubart, ha de librarse con medidas extrapenales. La estafa de crédito no es un delito contra la economía, sino una figura en la línea de la estafa propia, un estadio previo a ella, que como otras propuestas político criminales parece responder a la actual moda del derecho penal económico (20).

8. La tesis de que la estafa de crédito no es un delito contra el orden económico debe, a nuestro juicio, compartirse. Según Lackner la disposición protege el patrimonio de quien concede el crédito, aunque también con el mismo rango, pero solo mediatamente, el interés general en la neutralización de los peligros que puede experimentar la economía, a consecuencia de la dependencia múltiple existente entre acreedores, deudores y trabajadores, en virtud de la atribución injustificada de crédito. El hecho, señala Lackner, es un delito de peligro abstracto en un área previa a la de la estafa, a lo que no se contraponen la protección conjunta de un interés económico general, que opera como un bien jurídico que posee una autonomía relativa, es decir, de únicamente de evitar las consecuencias que se originan para los particulares afectados a partir del fraude crediticio (21). Está aquí presente una construcción que mientras determina con precisión el bien jurídico que está en primer plano —el patrimonio, puesto en peligro por el acto engañoso, de quien concede el crédito— presenta una evidente vaguedad cuando pretende delimitar el bien económico suprapersonal al que el tipo, en el sentido de un posible delito pluriofensivo dispensa protección. La construc-

(20) Vid. Schubart, M., *ob. cit.*, p. 91.

(21) Vid. Lackner, K., *Strafgesetzbuch*, 14 Auf., 1981, págs. 265 b).

ción se resiente de indudable ambigüedad. Ha sido indicado anteriormente que la constitución del tipo por el legislador exige conocer y delimitar con exactitud que bien jurídico se trata de tutelar, o paralelamente, qué lesión o peligro se pretende prevenir. A esta pregunta no debería, en el sentido de una formación teleológica del tipo, responderse ambigua ni evasivamente, pues entonces el desconocimiento del fin pretendido impide una correcta articulación del medio para conseguirlo. Cuando se ha enjuiciado críticamente el título VIII del Libro II del Proyecto de Código penal relativo a los delitos contra el orden (socio) económico, ha tratado de mostrarse que el trabajo penal *de lege ferenda*, como destacó la conocida monografía de Zimmerl, debe llevarse adelante con rigor. No cabe, por tanto, atribuir a un sector tipos penales que materialmente corresponden a campos diversos del sistema, porque entonces el legislador crea confusión en orden a la aplicación de la ley penal. Por ello no es posible decir que la rúbrica de los delitos contra el orden económico se emplea en un sentido general o vago, para agrupar acciones punibles que genéricamente son contrarias al orden de la economía, aunque materialmente puedan ser delitos contra el patrimonio. Baste indicar, a fin de salir al paso de esta posición, que en los delitos patrimoniales el consentimiento del ofendido excluye la antijuricidad, en tanto que no despliega función alguna en los delitos contra la Economía pues ésta es un bien jurídico suprapersonal o colectivo.

Los delitos contra la Economía tienen como fin proteger intereses económicos de la sociedad, no intereses patrimoniales particulares o sectoriales de los sujetos que operan en el tráfico económico. Constituyen un área legislativa diversa de los delitos patri-

moniales. Estos tutelan a personas individuales o jurídicas frente a acciones peligrosas para su patrimonio. Este se halla constituido por los bienes evaluables en dinero de que una persona es titular sin contradicción con el orden jurídico, según indica la teoría económico jurídica del patrimonio. La acción típica ataca, es decir, lesiona o pone en peligro el *statu quo* patrimonial. El delito económico, por el contrario, menoscaba, por el contrario, el interés social, general, al funcionamiento del sistema económico.

Por otra parte, una dogmática que no sea meramente reproductiva y es decir, confirmatoria de lo dado empíricamente, no debería ignorar que el concepto de delito económico es ideológico. Baste indicar que no es idéntico el contenido del orden económico corporativista, colectivista o liberal. El modelo económico es determinante del sentido del derecho penal económico. Este es diverso en el supuesto de un sistema colectivista o de otro que adopte el principio de la economía de mercado. La miseria del derecho penal económico consiste en su relatividad y falta de consistencia material, es decir, en su variabilidad según cuáles sean las decisiones político económicas que le sirven de sustrato. De esta pobreza surge la imprecisión de sus contenidos materiales, cuya mutabilidad recuerda la del delito político, que Carrara se negaba a tratar por su contingencia y variabilidad. Naturalmente que no puede seguirse a Carrara en la actualidad en el intento de construir un "derecho penal filosófico". Pero no deja de ser llamativo observar a algunos juristas que trabajan con los presupuestos propios del materialismo histórico batirse por la constitución de un derecho penal económico cuya tarea fundamental es la protección de la economía (¿social?) de mercado, es decir, del

modelo económico en que la concepción auténtica materialista de la historia no ve una pecaminosidad reformable sino universal y definitiva. En el sentido expuesto, trata sólo de destacarse que corresponde a la teoría mostrar las implicaciones de fondo que las decisiones jurídicas conllevan. Cuando se habla de derecho penal económico, procedería interrogar acerca de qué derecho penal económico se habla. Pues es divergente el discurso respecto los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio objeto del tít. VIII del libro II del Código penal italiano de 1930, cuyo sustrato eran las concepciones políticas y sociales del corporativismo fascista, que hablar de delitos económicos en el sentido de los delitos económicos contenidos en la parte especial, cap. VI, del Código penal soviético, en que es puesta, por ej., bajo prohibición en el pfo. segundo del art. 153 "la intermediación comercial efectuada por personas privadas en forma de actividad profesional, o también con el objeto de enriquecerse", previéndose para el comportamiento privación de libertad hasta por tres años y confiscación de bienes, o también confinamiento hasta tres años y confiscación de bienes. Es igualmente diversa la consideración de los problemas cuando se toma como base el Proyecto Alternativo, Parte especial, *Delitos contra la Economía*, 1977, en que la exposición de motivos de los distintos tipos penales nunca cuestiona la corrección del sistema económico, pretendiendo sólo su consolidación mediante la proscripción penal de las conductas desviantes del modelo de la democracia del bienestar.

La noción de delito económico es, pues, formal e ideológica. Formal, en tanto puede colmarse con contenidos o materias diversos. Es ideológica, en

cuanto está sometida a la tensión dialéctica de aspiraciones político económicas contrapuestas.

Esta naturaleza del delito económico —ello es lo que nos interesa principalmente— no sólo permite su fácil manipulación dentro de “políticas criminales alternativas”, sino también dentro de una política criminal que opera en el seno de decisiones constitucionalmente vinculantes en materia económica. Esta metamorfosis presenta como figuras de delito que protegen el interés general al funcionamiento del sistema económico de la sociedad, interés que sólo puede consistir en un aumento de la producción para una más justa distribución de los bienes entre todos los miembros de la comunidad, a delitos que sustancialmente protegen intereses patrimoniales de sujetos de derecho privado que operan en el espacio económico, o en áreas de él como el tráfico mercantil. En relación con la estafa de crédito y su especie, el abuso de letras de cambio de favor se indica por el Proyecto Alternativo alemán que son objeto de protección intereses económicos suprapersonales o instrumentos indispensables del sistema económico. Esta proposición no es evidentemente idéntica a la declaración de que tales figuras de delito prohíben acciones peligrosas para los participantes en el tráfico mercantil, pues los intereses patrimoniales de éstos no son plenamente coincidentes —algunos piensan que son divergentes— de los intereses de la sociedad. Cabe preguntar si no está aquí presente uno de aquellos cambios de etiqueta frecuentes en derecho penal. Durante largo tiempo se ha escuchado reclamar la protección penal de la letra de cambio paralela al cheque por las instituciones profesionales de crédito y ahora ocurre que la “letra de cambio vacía” no se configura en el Proyecto de Código penal para su pro-

tección, sino para la del orden económico de la sociedad.

La institución social del crédito es, ciertamente, un pilar básico para la comunidad. Depende de él en alta medida el progreso social. Debería, sin embargo, ser aclarado en sentido político criminal, si cuando se habla de su protección mediante tipos penales, se entiende el crédito en su facticidad actual, dentro del orden económico propio de las economías capitalistas, o si, por el contrario, se concibe la institución como medio para el logro de los valores del Estado social de Derecho. Función del Estado es, según esta concepción, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9, 2 de la Constitución).

El sistema crediticio, o la institución económica del crédito, empíricamente considerada, no es por sí misma un bien jurídico al que deba dispensarse protección jurídica diversa de la que proporcionan los existentes delitos contra el patrimonio. No es un bien jurídico independiente, pues la categoría del bien jurídico no forma parte sólo del mundo social empírico, sino del mundo valorativo jurídico. Bien jurídico es un interés realmente existente, pero merecedor a la par de protección jurídico penal. Los bienes dignos de protección con los medios del derecho penal se seleccionan de acuerdo con los valores constitucionales.

La constitución del sistema o institución del crédito como bien jurídico seleccionado por el



Derecho penal para dispensarle protección presupondría su reforma previa, es decir, el paso de lo empíricamente dado a lo postulado valorativamente. Exigiría, por tanto, la configuración del crédito como medio de progreso social y de corrección de las desigualdades económicas dentro de la sociedad, incompatibles con frecuencia con la dignidad del hombre. En este sentido se orienta la acción exigida de los poderes públicos por el art. 40, 1, de la Constitución, estableciendo el deber de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”.

En sus arbitrarias manifestaciones actuales no es fácil concebir el sistema crediticio privado como bien merecedor de protección adicional ‘especial’ jurídico penal. Lo que *es* por el solo hecho de ser no tiene que ser también lo que *debe ser*. El crédito será un valor digno de protección por el derecho penal económico —no sólo mediante los tipos de delito contra el patrimonio— cuando el Estado mediante indicaciones o medidas vinculantes efectivas, lo transforme progresivamente en medio configurado al servicio de la sociedad. Ello presupone una conexión entre Derecho penal y Política económico social, en el sentido de una reflexión sobre las finalidades concretas a conseguir con el capital social que es el ahorro. Únicamente dentro de una concepción real del Estado social de Derecho, el crédito, valorativamente transformado, podría fundamentar la aparición de delitos económicos particulares, diversos de los existentes delitos contra el patrimonio.

En tal sentido, la estimación de la estafa de crédito y de su especie, el abuso de letras no comercia-

les como delitos contra el patrimonio, presupondría la formación de normas jurídicas vinculantes para las instituciones privadas de crédito, es decir, para las instituciones bancarias, normas por las que se establecieran los objetivos generales y sectoriales a conseguir mediante atribución o concesión de crédito. Este cuadro de normas puede en la actualidad considerarse prácticamente inexistente, si se hace abstracción de las finalidades que se tratan de conseguir con el crédito público y con la actividad de las Cajas de Ahorro. En dicha hipótesis, la violación por las instituciones bancarias de las normas rectoras de la concesión de crédito, constituiría el núcleo de lo injusto del correspondiente delito económico. No es procedente, por el contrario, pretender la protección penal del crédito cuando éste se halla ampliamente desconectado de finalidades concretas, posee un carácter tan amorfo como muestra la experiencia, y opera frecuentemente para la consecución de fines no justificables socialmente. En el caso de llegarse a configurar mediante normas extrapenales un crédito socialmente sano, en el sentido propuesto por Schubart, la violación de la norma no sólo afectaría al autor, sino también al participante necesario en la aparición del injusto. Por ahora, la estafa de crédito y el abuso de letras de favor —o la letra de cambio vacía del art. 353 del Proyecto de Código penal— difícilmente pueden ser considerados como delitos contra el orden socio económico. Su legitimidad político criminal ha de ser verificada, en consecuencia, por diversos caminos.

9. La estafa de crédito y el abuso de letras de cambio, como especie suya, no son realmente delitos contra el orden económico o, más concretamente, contra la institución social del crédito, sino delitos

contra el patrimonio. La protección social del crédito puede ser el "motivo" subjetivo del eventual legislador, pero no la "causa" real de la formación del tipo. Como pone de relieve la literatura penal existente aparece en primer plano de la estafa de crédito el propósito de crear un delito que anticipe las barreras de la estafa, adelantando a estadios previos al del daño o perjuicios la protección jurídica del patrimonio. Como ha sido indicado, Lackner ve ante todo en la estafa de crédito un delito de peligro abstracto contra el patrimonio (22). En sentido correlativo, señala Lenckner en el *Kommentar* de Schönke-Schröder que el bien jurídico en el pgfo. 265 b) es el patrimonio del sujeto que concede el crédito, protegido en un estadio previo al de la estafa propia, aunque la figura también tutela ulteriormente el crédito, interés especialmente importante desde el punto de vista económico político (23). Para Maurach-Schröder la pretensión de que la estafa de crédito tutela, además del patrimonio, el orden de la economía en cuanto tal, es sólo una manifestación del propósito de formar un derecho penal económico independiente (24).

En tal sentido, no puede desconocerse que la estafa de crédito y el libramiento abusivo de letras de cambio no son indiferentes para el orden económico. La generalización de estas conductas es perjudicial socialmente. La atribución indebida de crédito puede producir perjuicios a la colectividad, pues el ahorro social debería encauzarse hacia objetivos determina-

(22) Vid. *ob. cit.*, pgfo. 265 b).

(23) Vid. Schönke-Schröder-Lenckner, *Strafgesetzbuch*, 14 Aufl., 1981, pgfo. 265 b).

(24) Vid. Maurach-Schröder, *Strafrecht*, Bes. T., Tbd. 1, 6 Auf., p. 119.

dos previamente con diafanidad. Incluso puede admitirse que el comportamiento puede producir ondas o círculos, que sucesivamente van afectando, como en movimiento ondulatorio, o participantes más alejados en el espacio económico. Este argumento ha sido empleado también para sostener que la quiebra es un delito económico. Pero esta posibilidad de que el hecho origine daños indeterminados o difusos de carácter económico no es suficiente para caracterizarlo como delito contra la Economía. Pues este grupo únicamente debe comprender acciones inmediatamente peligrosas para los intereses económicos generales. La relación vaga o ambigua de la acción con un daño mediato al orden económico es insuficiente para incorporarla al grupo mencionado. Debe tenerse presente también que el concepto "crédito" es equívoco. Menciona tanto el interés general al funcionamiento correcto de la institución del crédito como éste desde la perspectiva jurídico privada. La afirmación de Garrigues de que la letra de colusión, con su característico pacto entre los sujetos cambiarios para engañar al tomador, de instrumento de crédito se convierte en instrumento para abusar del crédito, pertenece al ámbito del derecho mercantil privado (25). No forma parte del contexto del derecho de la Economía. La acción de librador y librado por la que obtienen crédito del tomador origina un peligro para los intereses de éste y la referencia de tal abuso cambiario al orden económico general puede ser, a lo sumo, mediata. Es cierto que los delitos patrimoniales no están en absoluto desconectados de los delitos contra la Economía. La multiplicación de la estafa o de la usura no dejaría de afectar al orden económico gene-

(25) Vid. *ob. cit.*, p. 278.

ral, pero tales conductas no dejarían por ello de ser delitos contra el patrimonio.

El objeto jurídico del descuento irregular de letras de cambio es, pues, un interés patrimonial del sujeto pasivo de derecho privado que efectúa el descuento y, en sentido realista, de las instituciones dedicadas habitual o profesionalmente a su práctica. La finalidad de la creación del tipo del art. 353 del Proyecto de Código penal es eliminar o controlar, por medio de la pena criminal, las modalidades más peligrosas de circulación de la letra. "Causa" de la creación del tipo es la protección del patrimonio del tomador o endosatarios.

Se debe señalar que la figura de la "letra de cambio vacía" no podría ser legitimada, en sentido político criminal, desde la perspectiva de los delitos contra la fe pública. En ocasiones se ha indicado que el delito de cheque en descubierto es una especie de falsedad documental, pues el libramiento implica la declaración mediante actos concluyentes de la existencia de provisión de fondos en poder del librado. Este argumento descansa en una construcción artificiosa, cuya transposición al espacio cambiario sería igualmente improcedente. No puede sostenerse que la presentación de la letra al descuento equivale a la declaración mediante actos concluyentes de la preexistencia de provisión de fondos en poder del librado. Esta construcción se encuentra en tensión con la consideración de la letra como título abstracto. Por otra parte, el art. 457 del Código de Comercio considera hecha la provisión cuando al vencimiento de la letra aquel contra quien se libró sea deudor de una cantidad igual, o mayor, al importe de ella al librador o a un tercero por cuya cuenta se hizo el giro. Es además irreal que exista una con-

fianza efectiva en que la circulación de la letra presupone una provisión de fondos previa. La posible incorporación de la letra de cambio vacía al grupo de los delitos contra la fé pública carecería de justificación.

En menor medida se podría sostener que el abuso de letras de cambio es un delito contra la libertad de disposición patrimonial del banco que realiza el descuento. En sentido penal, implicaría esta posible construcción el desplazamiento del tipo desde el área de los delitos contra la economía o contra el patrimonio al espacio de los delitos contra la libertad. Estos toman en cuenta únicamente como medio de ataque la amenaza y la violencia. Es cierto que la libertad puede ser menoscabada mediante engaño. En los sistemas penales no existen, sin embargo, hechos punibles mediante engaño contra la libertad. Por otra parte, como señalan Maurach-Schröder, los delitos contra la libertad no toman en cuenta este bien jurídico como mero punto de referencia, sino como momento central del injusto. En caso contrario, podría sostenerse que el robo o extorsión forman parte de los delitos contra la libertad, tesis inviable pues en tales delitos el ataque a la libertad es simple medio para un fin, frente a lo que ocurre en la amenaza o la coacción, en que la libertad se protege en cuanto tal. En el descuento de letras de cambio irregulares como si fueran comerciales, tampoco es atacada la libertad en sí misma, sino la libertad de disposición patrimonial, al suscitarse una falsa representación mediante engaño en quien realiza el descuento. La materia de la prohibición es aquí la creación de un peligro para el patrimonio mediante suscitación de un error en el sujeto pasivo. El centro del injusto viene dado por el peligro

para el patrimonio, peligro producido mediante el desconocimiento de la libertad de quien efectúa el descuento. De este modo, el problema retorna nuevamente a su contexto propio. Procede, pues, discutir finalmente, si procede la incorporación al sistema penal de un nuevo delito consistente en la creación de un peligro patrimonial para las instituciones bancarias, mediante descuento de letras de cambio de favor como si fueran comerciales.

En tal delito se trataría de cubrir con la pena criminal una zona a la que no se extiende el tipo de la estafa. Esta es un delito de lesión patrimonial. Implica la pérdida de un bien económico por quien realiza el acto de disposición en favor del estafador. La consumación está presente sólo cuando el daño patrimonial se ha producido. El tipo exige además la conciencia y voluntad de producir un empobrecimiento definitivo de la víctima con enriquecimiento para el autor.

En el posible delito del art. 353 del Proyecto de Código penal sobre la "letra de cambio vacía" es diversa la materia de la valoración. Sustancialmente consiste en la obtención de un crédito, o préstamo de dinero, con obligación de proceder a su devolución en un plazo determinado. En esta especie de estafa de crédito no se produce objetivamente una pérdida económica definitiva para el sujeto pasivo. El autor no ejecuta el hecho con el fin de causar un daño patrimonial al acreedor que procede al descuento de la letra. De darse esta voluntad subjetiva la conducta estaría incluida en el tipo de la estafa propia. Materialmente está aquí presente un delito de peligro contra el patrimonio. Es preciso, que la acción por sus características y circunstancias pueda ser definida como peligrosa de acuerdo con un juicio de pro-

nóstico al tiempo del hecho. Está aquí presente una especie de delitos de peligro abstracto-concreto, en el sentido propuesto por Schröder en los que no es necesario un resultado o consecuencia peligrosa —al igual que en los delitos de peligro abstracto— pero en los que es precisa la peligrosidad de la acción para el bien jurídico protegido (26).

Procede interrogar si tal comportamiento o materia puede ser considerada merecedora de punición. La respuesta positiva implicaría el reconocimiento de la posibilidad de delitos de peligro contra el patrimonio. En general, el patrimonio es objeto de protección penal únicamente frente a comportamientos que determinan una lesión. Hurto, robo, apropiación indebida, daños y estafa son delitos de lesión. La consumación típica implica un detrimento o pérdida patrimonial para la víctima del delito. El peligro para el patrimonio sólo es neutralizado mediante la norma extensiva general sobre la tentativa.

La protección del patrimonio mediante tipos de peligro o “délits obstacle”, que traten de anticipar las barreras de la protección jurídico penal de ese bien jurídico, no está justificada en sentido político criminal. Los delitos de peligro deben ser medios legislativos para tutelar bienes jurídicos absolutos o primarios, como la vida o la integridad corporal, etc. no bienes jurídicos relativos o secundarios, como el patrimonio. La relatividad del patrimonio es múltiple. Por un lado se encuentra pospuesto, en la jerarquía de los valores jurídicos a la vida, integridad cor-

(26) Sobre criterios recientes acerca de los delitos de peligro abstracto, Vid. Torío López, A., *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, n° 3 de 1981 (en publicación).

poral y salud, autodeterminación sexual, libertad, etc. Por otra, es un bien cuya titularidad no corresponde a toda persona. En consecuencia, la crítica dirigida a los delitos de peligro abstracto por su tensión con los postulados de la actual política criminal, tiene mayor razón de ser cuando se construyen legislativamente tipos de peligro para proteger intereses no generales, sino sectoriales, como los de las instituciones profesionales del descuento bancario.

En la tipificación del abuso de letras de cambio de favor, o de la letra de cambio vacía, como delito contra el orden socio económico está presente un fraude de etiquetas, pues presenta únicamente un hecho de peligro para el patrimonio de la institución bancaria que efectúa el descuento. Hay aquí un abuso evidente del *ius puniendi* estatal. Baste recordar lo expuesto por la Unión bancaria federal alemana —que no considera precisa la creación de tal figura de delito— para comprender que la intervención del legislador penal es en este campo controvertible. Objetivamente, la tipificación del abuso de letras financieras crea un privilegio penal para las instituciones profesionales de crédito, pues con relación a otras posibles víctimas de acciones meramente peligrosas para el patrimonio el Proyecto de Código penal no prevé o contiene disposiciones para su protección.

10. En la exposición efectuada se ha tratado de mostrar la materia cubierta por el Proyecto Alternativo, Parte especial, *Delitos contra la Economía* (1977) en su pgfo. 186 y por el Proyecto de Código penal español de 1980 en el art. 353. Como ha sido indicado, no nos hemos ocupado de las disposiciones contenidas en el apartado 2) del párrafo citado del

Proyecto Alternativo, por referirse a una cuestión no suscitada en el Proyecto de Código penal español. Tampoco ha tratado esta contribución de realizar una crítica sobre los aspectos particulares del art. 353 del Proyecto. Pese a ello deseamos evidenciar el carácter problemático de las siguientes decisiones contenidas en él.

En primer término, la disposición del art. 353 del Proyecto puede conducir, de obtener reconocimiento legislativo, a estimar delictivos injustos patrimoniales insignificantes. El tipo no restringe en absoluto la punibilidad por razones cuantitativas. Aunque el valor de la letra de cambio sea ínfimo, no opera aquí el criterio de delimitar la punibilidad en atención a la gravedad del injusto. Esta decisión podría ser razonable si se estuviera ante un delito contra el orden socio económico, cuestión a la que ha sido dada anteriormente una respuesta negativa. No hay razón, en consecuencia, para que la estafa propia admita la distinción entre delito y falta y no sea esta posible en la estafa de crédito específica que es la denominada "letra de cambio vacía".

En segundo lugar, el Proyecto Alternativo (pgfo. 186, 1) y el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 353, pfo. segundo) atribuyen al pago de la letra la función de excluir la punibilidad. Está aquí presente una "supresión de la pena" (*Absehen von Strafe*), o una excusa absolutoria, injustificada. Esta técnica legal no es desconocida en el sistema penal español. Ha sido empleada en el cheque en descubierto por el art. 563 bis b) y por el Proyecto de Código penal en el art. 354. Detrás de los posibles artificios dogmáticos, palpita aquí la vida patrimonial real. Quien paga la letra configura en su favor una causa de exclu-

sión de la pena. Para quien no la satisface, se abre la puerta de la pena privativa de libertad o de multa. No faltarán quienes vean en tales decisiones reminiscencias de la *compositio* o de la responsabilidad penal por deudas, ni quien evoque la situación esencial que toma en cuenta el drama de Shakespeare (27). Las instituciones privadas de crédito quizás no esperasen tanto del legislador del Estado social y democrático de Derecho.

El tipo del abuso cambiario del art. 353 del Proyecto de Código penal es una disposición innecesaria, pues las irregularidades más graves están comprendidas en la estafa propia. En esta figura habrían también de incluirse las hipótesis descritas en el art. 509 del Código penal belga, en el que se exige una voluntad fraudulenta que, en nuestra opinión, desborda la materia propia de la estafa de crédito y conduce a la aplicación del tipo general de la estafa (28).

Debería tenerse presente que la autoprotección de las instituciones bancarias es en este campo más que suficiente. La experiencia mercantil de quien efectúa habitualmente el descuento es el medio más eficaz para neutralizar el fenómeno de la letra irregular de favor y evitar acciones peligrosas para sus intereses patrimoniales. El descuento de la letra se efectúa en la práctica bancaria en atención a la solvencia de los sujetos cambiarios, que normalmente es objeto de crítica escrupulosa. En España no existe la distinción, en orden al redescuento por la institución bancaria central, entre letras comerciales y letras financieras (o de acuerdo con la técnica jurídi-

(27) Vid. en *Ordenación jurídica del crédito, cit.*, el excelente estudio de Garrigues, en que se estudia el fenómeno del crédito en una perspectiva no sólo jurídica, sino histórica espiritual y literaria.

(28) Vid. "Apéndice" legislativo.

co mercantil española, entre letras comerciales y letras de favor). Las letras de complacencia pueden redescontarse también en la actualidad (29). Algunos de los argumentos alegados en la doctrina alemana como motivos político criminales favorables a la incriminación del abuso cambiario tienen como base un sistema jurídico mercantil o bancario que no coincide plenamente con el español. La introducción del delito debería estar precedida, en cualquier caso, por una reflexión más amplia de naturaleza económica y jurídico mercantil, a la que trata de llamar el presente estudio.

APENDICE LEGISLATIVO

I

ESTAFAS DE CREDITO

A) ALEMANIA

1.— Código penal, pgfo. 265 b). (Introducido por la 1ª Ley contra la criminalidad económica, 1 WiKG, de 29.7.1976).

1) "Será castigado con prisión de hasta tres años o multa el que con relación a una solicitud de concesión, prórroga

(29) Respecto a esta cuestión, vid. Pérez de Armidián, G., *Legislación bancaria española*, 5ª ed., p. 152, donde se indica que "la distinción entre efectos comerciales y financieros desde el punto de vista del redescuento está recogida en una circular del Banco de España del año 1961, pero ha perdido la significación que tuvo entonces, ya que la O. M. de 21 de Julio de 1969 unificó el tipo de interés aplicable a ambos tipos de efectos".

o modificación de las condiciones de un crédito en favor de una empresa existente o ficticia

1. sobre las condiciones económicas

a) presentare a una empresa documentación inexacta o incompleta, en especial balances, cuentas de pérdidas y ganancias, extractos patrimoniales o informes o

b) hiciere declaraciones escritas inexactas o incompletas, ventajosas para el beneficiario del crédito y relevantes para decidir acerca de la solicitud, o

2. no informare del empeoramiento, relevante para decidir sobre la petición, de las condiciones económicas manifestadas en los documentos y declaraciones presentadas con la solicitud.

2) No será castigado según lo dispuesto en el apartado 1 el que espontáneamente impida que el acreditante, con base en el hecho, efectúe la prestación solicitada. Si ésta no se concediere con independencia de la actuación del autor, será igualmente impune cuando espontánea y seriamente se hubiera esforzado en impedirlo.

3) En el sentido del apartado 1

1. se consideran empresas las que, con independencia de su objeto, exijan en atención a su índole y volumen un negocio organizado en forma mercantil;

2. se consideran créditos los préstamos de dinero de todo tipo, los créditos para la aceptación, las adquisiciones onerosas y el aplazamiento de los créditos pecuniarios, el descuento de letras de cambio y cheques y la asunción de avales, fianzas y otras prestaciones de garantía”.

2.— Proyecto Alternativo, Parte Especial (Delitos contra la Economía), 1977, pgfo. 187.

1) "Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa el que, en la solicitud de otorgamiento, renovación o ampliación de un crédito de más de 20.000 marcos alemanes, cuyo acuerdo constituye un negocio comercial para ambas partes, proporciona datos incorrectos o incompletos sobre la situación económica del solicitante, a no ser que la declaración no sea relevante para apreciar la seguridad del crédito. Con la misma pena será sancionado el que omite comunicar al otorgante del crédito el empeoramiento de la situación económica expresada antes de la utilización del mismo.

2) El párrafo 1 es aplicable también cuando el autor engaña sobre la existencia de los presupuestos de un negocio comercial.

3) No es punible, en los términos del párrafo 1, el que impide voluntariamente que el otorgante del crédito haga efectivo el mismo. Si el crédito no se hubiera hecho efectivo sin la acción del autor, éste no será punible cuando se haya esforzado voluntaria y seriamente para impedir su otorgamiento" (Traducción de Gladys Romero, en *"Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales"*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980).

II

RECURSO ABUSIVO AL CREDITO

A) ITALIA

Ley de quiebras (*Legge fallimentare*. R. D. 16.3.1942, n. 267), art. 218.

"Salvo que el hecho constituya un delito más grave, será castigado con reclusión hasta dos años, el empresario que, ejerciendo una actividad mercantil, recurre o continua recurriendo al crédito, disimulando el propio déficit.

Aparte las demás penas accesorias establecidas en el cap. III, tít. II, lib. I del Código penal, la condena lleva consigo la inhabilitación para el ejercicio del comercio y la incapacidad para ocupar puestos directivos en cualquier empresa hasta tres años”.

III

ABUSOS CAMBIARIOS

A) ALEMANIA

I.— Proyecto Alternativo (Parte Especial, *Delitos contra la Economía*), 1977, pgfo. 186.

1) “El que pone en circulación o entrega una letra de cambio que no proviene de un negocio sobre el correspondiente giro de mercancías o las correspondientes prestaciones de servicios, ni proviene del otorgamiento de un crédito por un instituto de crédito con autorización estatal, sin poner de manifiesto la inexistencia de tales negocios, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa si a su presentación dentro del término correspondiente, la letra de cambio no es pagada.

2) Será sancionado con pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años el que habitualmente:

1. sin aceptar la responsabilidad total por el pago, intermedia en la venta de dichas letras de cambio, o
2. adquiere dichas letras con el fin de revenderlas otorgando como contraprestación por la adquisición preponderantemente otras letras o cheques”. (La traducción utilizada es de Gladys Romero, en *op. cit.*).

2.— Propuesta de Otto, H. (*Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, 1978, p. 29).

1) "El que gira o negocia una letra financiera, cuyo carácter de letra financiera no es conocible..."

(Medida penal relacionada con el tipo de la estafa del pgfo. 263).

2) La tentativa es punible".

B) BELGICA

Código penal, Art. 509.

"Será castigado con prisión de un mes a dos años y con multa... de... a... el que se procure fraudulentamente fondos, valores o descargos por medio de un efecto librado sobre una persona inexistente o que conocía no ser deudora suya o que no debía serlo al vencimiento y que no le había autorizado a librar sobre ella.

Sin embargo, la persecución no será procedente o deberá cesar si el efecto ha sido pagado, o si la provisión de fondos ha sido efectuada en momento en que el fraude hubiera sido descubierto, a no ser que el librado haya promovido querrela.

En tal caso el culpable será condenado a prisión de quince días a tres meses y a una multa de... o solamente a una de estas penas".

C) ESPAÑA

Proyecto de Código penal de 1980, Libro II, tít. VIII (*Delitos contra el orden socioeconómico*). Cap. IV (*De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito*). Sección I (*De la letra de cambio vacía*). Art. 353.

"Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, o multa de tres a doce meses, el que gire o negocie letra de cambio que no responda a una operación real, ocultando tal condición al tomador o endosatarios de la cambial, salvo que aquella ficción fuese deducible de la propia letra o de sus circunstancias, o que el librado hubiese firmado el acepto.

El culpable quedará exento de pena si la letra fuere pagada voluntariamente llegado el día del vencimiento o en vía de regreso.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable si el hecho constituyere delito de estafa”.