

Nuevas formas de delincuencia

separata

**Podér
Judicial**

Número especial

Miguel Bajo Fernández

Protección penal del crédito

Entiendo que el título de la ponencia, cuyo desarrollo se me encomienda, hace referencia al crédito como institución económica, que tiene su origen en aquella operación por la que se entrega una cosa, generalmente dinero, a cambio de una promesa de pago.

""Pues bien un análisis de los delitos patrimoniales y económicos, y otros con ellos concordantes, permite una ordenada agrupación de figuras delictivas que, entre otros objetivos, podrían tener el de proteger adecuadamente esta institución del mundo económico. Entre ellas no existe ninguna otra vinculación especial que la que ocasionalmente le estamos otorgando como protectoras del crédito.

Vamos a encontrar esta protección en los delitos de insolvencia, en el delito de estafa, y en el de falsedad cuando se instrumentaliza el crédito en letras de cambio, cheques o tarjetas de crédito; también en la apropiación indebida de dinero o en el delito de usura y, por último, en el fraude de subvenciones entre los delitos contra la Hacienda Pública.

No podemos hacer aquí un estudio exhaustivo de cada uno de estos delitos, pareciendo más apropiado seleccionar aquellos supuestos de mayor interés y actualidad desde la perspectiva de las exigencias político-criminales actuales.

I. LOS DELITOS DE INSOLVENCIA

Los delitos de insolvencia (alzamiento de bienes, quiebra y concurso) son las figuras delictivas que, de forma más directa, se relacionan con la protección penal de crédito, si bien no protegen el crédito en toda su dimensión, sino sólo en los casos en

que la lesión de los derechos del acreedor se realice colocándose el deudor en situación de insolvencia.

En este sentido, es doctrina dominante la que entiende que el bien jurídico protegido en los delitos de alzamiento de bienes, quiebra y concurso, lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos. Obsérvese, sin embargo, que no se castiga el mero incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que los acreedores tienen, a consecuencia de lo establecido en el artículo 1.911 del Código Civil, a satisfacerse en el patrimonio del deudor.

De un lado, se dice que los delitos de insolvencia son algunos de los más característicos entre los delitos económicos, por afectar a la institución del crédito, uno de los pilares del sistema financiero y económico. Su importancia criminológica estriba en uno de sus efectos característicos: la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos comerciantes a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos masivos de trabajadores, el alza de interés en los institutos de crédito, etc.

De otro lado, sin embargo, su valor como defensa del crédito es muy relativo.

En efecto, los delitos de insolvencia sufren importantes contradicciones internas. La quiebra, pensada en defensa de los acreedores, hoy no es deseada por nadie. El deudor no la busca porque pierde la empresa, ni el acreedor, porque desconfía del cobro ante la liquidación de bienes, ni tampoco la sociedad, porque se produce pérdida de puestos de trabajo. Hoy se puede decir que la gran empresa no quiebra porque el Estado interviene para impedirlo; ni la pequeña, porque a nadie favorece.

Hay que modificar la institución y sustituir el procedimiento concursal por un procedimiento que trate de salvar la empresa, no con la nacionalización, sino modificando su organización y su funcionamiento estructural.

De tal modo, que se puede decir que los delitos de insolvencia, más que influyentes en las grandes magnitudes económicas del orden social y económico de un país, determinan exclusivamente la protección de los intereses particulares del acreedor en una relación obligacional concreta. Las consecuencias macroeconómicas del fenómeno de la insolvencia son resueltos no ya al margen del Derecho penal, sino incluso al margen del Derecho en general, por la política económica de los gobiernos. Cuando una determinada insolvencia puede producir graves consecuencias en el conjunto de la economía, surge al intervención pública.

Ocurre algo parecido con la pérdida de la confianza por parte del público en las instituciones bancadas. Los efectos perjudiciales para el conjunto de la economía pueden ser tan elevados, que desde instancias de poder político se atajan estos fenómenos críticos mediante la intervención pública, provocando que las relaciones jurídico-privadas de carácter crediticio que giran alrededor de la actividad del Banco, encuentren solución no a través de las instituciones jurídico-privadas tradicionales, sino por la vía directa del acuerdo con el poder público.

La experiencia nos ha demostrado que, en los casos en que el poder público interviene en relación con situaciones de crisis en entidades bancarias, el Derecho penal cumple una labor muy residual para sancionar comportamientos extraordinariamente intolerables o para rubricar una actuación en donde los intereses

económicos, públicos y privados, han quedado ya satisfechos por la vía de la intervención del Estado. En este sentido, están en la mente de todos ustedes ejemplos muy claros y de rabiosa actualidad.

II. LA ESTAFA DE CRÉDITO

El nombre «estafa de crédito» ha sido utilizado en la legislación alemana para referirse al supuesto en que el crédito se obtiene mediante alegación de datos o hechos falsos que, de ser conocidos, hubieran conducido a su denegación, sin que se requiera la concurrencia en el momento de la solicitud, de la intención de no pagar el crédito a su vencimiento.

En Derecho español no hay una regulación específica de este supuesto que, en principio, debería quedar impune por incumplimiento de requisitos exigidos por el artículo 528 para la estafa, cual es el del ánimo de lucro, por un lado, y el dolo de perjuicio del otro. En la medida en que la solicitud del crédito no va acompañada de la concurrencia de estos dos elementos objetivos, el supuesto antedicho no encaja perfectamente en la definición de estafa de nuestro cuerpo legal.

Sin embargo, hay que reconocer que la regulación de la estafa de crédito en el Código Penal alemán es más un instrumento ofrecido para la persecución de esta clase de delitos, que la creación de un hecho delictivo nuevo. La razón ha de encontrarse en el hecho de que quien es capaz de obtener crédito ajeno por medio de la comisión de hechos delictivos de falsedad documental, está asumiendo los riesgos de la operación, lo que implica la aceptación de un posible fracaso que le impida en su día la devolución del crédito, fracaso que normalmente se representa como probable. Pues bien, la institución del dolo eventual es suficiente, a mi juicio, para calificar el supuesto de delito de estafa conforme a la definición del artículo 528.

III. LA ESTAFA MEDIANTE USO DE TARJETA DE CRÉDITO

La jurisprudencia viene entendiendo como delito de estafa el *uso de una tarjeta, de crédito* por encima del límite crediticio acordado. En este sentido, la Sentencia de 21 de junio de 1979 entiende que «seguir utilizando la tarjeta a sabiendas de que el crédito en ella otorgado se hallaba agotado, representa utilizar una apariencia engañosa fingiendo un crédito que ya no tenía, consiguiendo inducir a error a diversos comerciantes que fiados de dicha apariencia le vendieron géneros» (También, Ss. de 22 noviembre de 1976 y 19 de abril de 1976).

BACIGALUPO se ha mostrado contrario a esta tesis jurisprudencial por entender que el acto de disposición que realiza el comerciante engañado al entregar la cosa, no es el que produce el pretendido perjuicio en el Banco, sino que, muy por el contrario, es el pago que el Banco realiza a éste -por supuesto no condicionado a engaño alguno-, quien determina el perjuicio. En realidad, el comerciante no tiene posibilidad alguna de disponer del patrimonio del Banco. Añade BACIGALUPO que tampoco existe engaño

por la razón de que cuando el autor presenta la tarjeta para el pago, no está aparentando falsamente su propia solvencia, sino que se limita a manifestar que el Banco emisor de la tarjeta pagará el importe de la operación. Por la misma razón, el comerciante no incurre en error alguno. «No hay una acción con-cluyente -dice BACIGALUPO- del tenedor de la tarjeta en la que afirma algo falso sobre su solvencia y, por tanto, faltará ya la acción de engañar; pero, además, no es imaginable que con su acción concluyente haya provocado un error, ya que el comerciante que acepta el pago con tarjeta de crédito no se hace ninguna representación respecto de la solvencia del tenedor de la misma, sino que piensa sólo en la solvencia del Banco.»

Aun cuando pueden ser discutibles las conclusiones de BACIGALUPO, es lo cierto que a este supuesto de estafa no le cuadra la definición que de la misma hace el artículo 320 del Código Penal. Una correcta tipificación de este delito exigiría considerarlo *estafa impropia* en donde no se cumplen todos los requisitos previstos para este delito o, al menos, no se realizan en el orden expresado en la Ley.

Por lo que se refiere a la *concesión de líneas de crédito* es necesaria la existencia de una maquinación engañosa de las que describe el artículo 528 para que los descubiertos constituyan el perjuicio propio del delito de estafa. En este sentido, la Sentencia de 22 de abril de 1980 entiende que el perjuicio del Banco no puede constituir delito de estafa, ya que se debe más al fallo de sus informaciones sobre la solvencia del cliente a quien le concedió línea de crédito que a la ocultación de la misma por parte de éste, «dado que la propia entidad conocía y toleraba las frecuentes situaciones de alcance y pudo usar a tiempo de sus normales canales de información, por lo que un error solamente puede ser conectado en el plano causal a un fallo de estas vías de reforma, a una falta de presteza en acudir a ellas o, en todo caso, a un exceso de confianza de sus órganos administrativos o de gestión».

IV. EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

Participamos de la opinión de que el castigo de la emisión de cheques sin fondos, sin atender a su aspecto falsario o defraudatorio, resulta innecesario y contraproducente. Como es sabido, el delito de cheque en descubierto se incorpora al Código Penal en la reforma de 1963 y como consecuencia directa de la influencia ejercida en ciertos medios por los estudios de CUELLO CALÓN sobre el tema. Frente a los argumentos político-criminales esgrimidos por CUELLO y también DÍAZ PALOS, no deja de ser significativo que se hayan alzado investigadores pertenecientes a la carrera judicial como QUINTANO y SEGOVIA LÓPEZ. «En el Código Penal bastan -dice QUINTANO-, y aun quizá sobran, los caminos para incriminar el acto de emitir o negociar cheques no provistos de fondos o con provisión insuficiente.» De esta forma quedan cubiertos, según apunta QUINTANO, la seguridad del tráfico mercantil con la falsedad y los bienes patrimoniales con la estafa y, habida cuenta de las penas, añade: «No se me alcanza qué mayor protección pueda acordarse al cheque, a no equiparle con un grado más, a la debida en el homicidio a la vida humana.»

Veamos algunas de las razones político criminales que se esgrimen en favor del

delito de cheque en descubierto como figura de distinto alcance al que tendría de encuadrarlo en la falsedad y estafa. En favor se habla, en primer lugar, de la necesidad de mantener y fortalecer la confianza en el cheque como medio de pago o sustitutivo del dinero, todo ello con el fin de generalizar su uso, dadas las consecuencias beneficiosas para la economía. El argumento no es enteramente válido, ya que no protege el artículo 563 bis *b*) el cheque exclusivamente como medio de pago, sino también el que se emite con cualquier finalidad. Pero, además, frente a tal argumento, ha ironizado QUINTANO advirtiendo que «los países de mayor potencia comercial y de uso más frecuente del cheque, nada menos que Gran Bretaña, Alemania y la mayor parte de los Estados Unidos, no conocen la figura específica criminal de emisión al descubierto, tratándose el hecho de modo análogo al de España (antes de la reforma de 1963, es decir, como estafa o falsedad), sin que por eso parezca resentirse su economía».

El artículo 563 bis *h*) está redactado de tal forma que obliga al castigo de toda emisión culpable que de un cheque sin disponibilidad de fondos, independientemente del negocio jurídico subyacente con los que habrá que castigar conductas de emisión aun cuando respondan al pago de deudas no exigibles civilmente.

Las consecuencias de una protección tan absoluta del cheque son totalmente insatisfactorias. De un lado, apunta QUINTANO, se entorpecería la circulación, ya que pesaría sobre el Banco el deber de denunciar todos los casos de descubierto, cosa que, por supuesto, no coincide con la práctica bancaria. De otro lado, habría que castigar el cheque con causa ilícita, lo cual me parece incorrecto desde cualquier punto de vista. A DÍAZ PALOS no le parece insatisfactorio llegar a este resultado por el argumento, extraído de la jurisprudencia francesa, de que tampoco resulta extraño castigar a quien expende moneda falsa para saldar deudas de juego. Comparar el cheque con la moneda o los billetes de banco no es aceptable, porque aunque aquél sea un medio de pago, no es dinero, sino sustitutivo del dinero y su mera entrega no surte, por sí sola, los efectos de pago (art. 1.170 del Código Penal). Por otra parte, mientras nadie tiene obligación de aceptar un cheque como medio de pago, sí la tiene de aceptar dinero («moneda legítima»: art. 573.1 Código Penal).

La ponencia que defendió el Proyecto de lo que sería la Ley de reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971 entendió el nuevo artículo 563 bis *b*) como un triunfo de los mercantilistas frente a los penalistas y los propios jueces al decir FANJUL SEDEÑO que «los mercantilistas han ido ganando pequeñas batallas a los penalistas, los han ido acurrucando, por así decirlo, en razón de las necesidades del tráfico mercantil y de las necesidades sociológicas, económicas y financieras». Continuando más adelante que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de una manera restrictiva, iba poniendo barreras a esa carrera, a ese alcance, a ese triunfo, podemos decir de los mercantilistas y financistas que querían proteger el tráfico mercantil». Ese triunfo de los mercantilistas en la curiosa oratoria de FANJUL SEDEÑO se plasma, según el mismo, en la «absoluta concreción del delito formal del cheque en descubierto, cualquiera que sea su finalidad». En toda esta confusión intentó dar alguna luz CABANILLAS GALLAS con una inteligente intervención. «El cheque es -dijo-, fundamentalmente, un instrumento de pago y, normalmente, el requisito esencial del cheque es cumplir y extinguir una deuda», por lo que «si aceptamos que cualquier

finalidad sirve para abrir el paso del delito, estamos por lo menos planteando un problema de posición, más que avanzado, aventurado». Y aclara a continuación que «cuando se habla de formalismos en Derecho mercantil, se está diciendo una cosa completamente distinta del formalismo en Derecho penal. Cuando se dice que en los títulos valores impera la teoría de la forma, se está discutiendo por el cauce de la causalidad, en el sentido de que no pueden ser los títulos valores tarados en su eficacia por razones subyacentes de tipo causal», «pero cuando se habla de ritos formales no es que avancen los mercantilistas y logren acorralar a los penalistas, es que cada uno avanza por camino distinto, porque por formalismo delictivo entendemos todos aquel fenómeno donde la intención de la voluntad o las relaciones normales que son el proceso de asociación entre el acto y el ser humano se inhiben. Como comprenderá la Comisión, es muy fuerte que, jugando con las ideas del mundo civil y mercantil arrastremos la contundencia de un delito formal por el equívoco, a mi modo de ver, de confundir la naturaleza del formalismo en ambos supuestos».

Lo cierto es que se ha creado un delito tan irreflexiva y precipitadamente que no sólo es inútil para los objetivos perseguidos con cierta ingenuidad, sino que, además, opera como claro factor criminógeno. Para la eficaz defensa del cheque, restableciendo la confianza en él perdida, existen medidas anteriores a las penales (última *ratio legis*] y más eficaces. Lo más importante sería restringir la facultad del uso del cheque. Recuérdese que el cheque, originariamente usado exclusivamente entre comerciantes, ha pasado a ser objeto de uso por cualquiera. Si el cheque ha perdido confianza, ha sido por la «facilidad con que nuestras entidades bancadas abren una cuenta corriente, proveyendo de talonario de cheques a cualquiera que lo solicite, con una mínima, casi insignificante entrega de dinero en depósito y sin exigir garantías de solvencia de ninguna clase». La mejor medida sería restringir su uso, exigiendo garantías de solvencia para entregar un talonario, o un depósito o crédito previo, limitar los talones o cantidades fijas en función de la solvencia, y responsabilizar al banco frente al tomador de buena fe si no cumple los requisitos fijados. En lugar de eso, se prefirió la vía más primitiva y torpe: el castigo criminal.

A este respecto, denunció BACIGALUPO la distancia que hay entre la realidad económica y el Código Penal. «La aparición de cheques con garantía bancaria de pago expresada mediante una especial tarjeta de crédito, el desarrollo del pago con tarjetas de crédito, etc., han modificado sensiblemente el panorama relevante para el Derecho Penal en esta materia.»

«Lo primero que se comprueba es una difundida falta de creencia en el público sobre la protección penal en lo referente al tráfico de cheques.» La reiteración del anuncio «no se aceptan cheques» en los comercios es, en otras palabras, la expresión de la desconfianza en la amenaza penal para motivar seguridad en el pago mediante cheques; mientras se rechaza el cheque, se ofrece aceptar otras formas de pago sin una protección penal específica. «Si se quisiera aclarar la razón de esta situación, se podría sostener que la garantía ofrecida por el instituto de crédito que otorga la tarjeta de crédito o el cheque garantizado ha tenido más éxito que el Derecho Penal. Los institutos de crédito han asumido el negocio de la desconfianza y "venden" seguridad a los compradores y vendedores mediante estos nuevos instrumentos de pago sin dinero

en efectivo.»

V. USURA

Aun cuando la usura tenga significados dispares (como veremos más adelante al describir los sistemas), es evidente que su principal vinculación ha de encontrarse con el *préstamo con interés*.

La permisión, prohibición o represión del préstamo con interés a través de la *Historia*, no es fácil de sintetizar, corriendo el riesgo, si así se hace, de dar una visión equivocada de la evolución del fenómeno. Se conviene que la prohibición del interés en el préstamo tiene sus raíces en el pensamiento filosófico aristotélico en el que llegó a sostenerse que el dinero es estéril y no produce frutos, apareciendo luego en textos cristianos, hebreos y musulmanes probablemente por el fenómeno de la helenización. El pensamiento aristotélico fue retomado por la escolástica, lo que determinó la condena del interés por el Derecho canónico cuando falta justificación al aumento del dinero.

Sin embargo, a lo largo de la Edad Media la prohibición sufre importantes vaivenes, incluso en el propio Derecho canónico, que en función de la llamada *teoría de los justos títulos* legitima, en algunos casos, el interés del dinero (lucro cesante, daño emergente, riesgo), de modo que el acreedor recuperase lo que hubiera dejado de ganar, o lo que hubiese perdido, o el riesgo sufrido por razón del préstamo.

Con el desarrollo del comercio y el advenimiento del liberalismo económico -rigiendo en el mundo económico la libre competencia y en el ámbito de la contratación la autonomía de voluntad--, se fue evolucionando hacia una *total liberalización* del préstamo con interés. El dinero era también una mercancía cuyo precio debería ser fijado por las reglas de la oferta y de la demanda sin que existieran razones que explicaran la limitación de dicho precio (interés) o su prohibición.

A principios del siglo XIX en el Derecho español, probablemente, por influencia de la vieja concepción aristotélica, la Novísima Recopilación había impuesto un *sistema de tasa* de los intereses convencionales. Pero, en la medida en que las leyes de intereses tasados violentaban frontalmente el pensamiento liberal, la tasa de intereses fue suprimida por la Ley de 1856.

Con la desaparición de las tasas de interés, y por razones de orden socioeconómico aún no debidamente estudiadas, se produce a lo largo del siglo XIX el fenómeno *usurero* que dio lugar a una novelística muy concreta. La usura debió desarrollarse con tal virulencia, dando lugar a tales situaciones de injusticia que provocó la reacción legal. De este modo, en 1908 se promulga la llamada Ley Azcárate, mediante la que se declaran nulos tres clases de préstamos usurarios: 1) el que se estipule con interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, 2) el leonino aceptado por situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales en el prestatario, y 3) por último, aquel en el que se supone recibida mayor cantidad que la entregada.

La Ley penal, sin embargo, no secundó los propósitos del legislador civil hasta el

Código Penal de 1928, en donde se castigaron como préstamo usurario sólo los casos en que el préstamo se realiza aprovechándose de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de una persona (arts. 739 y sigs.), redactándose los delitos de usura en los términos del Código Penal actual, en 1932.

Préstamo usurario a efectos del delito de usura es *aquel en el que se pacta un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, impuesto al prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.*

No es ésta la opinión de doctrina y jurisprudencia que comúnmente -siguiendo con fidelidad las tres clases de préstamos usurarios de la Ley Azcárate-, distinguen dos supuestos de usura objetiva y otro de usura subjetiva. Constituyen *usura objetiva* los contratos con interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y los que supongan mayor cantidad que la realmente entregada, cualquiera que sea su entidad y circunstancias. Supuesto de *usura subjetiva* sería aquel contrato de préstamo leonino aceptado por el prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Según esta común opinión los tres supuestos, alternativamente, constituyen delito de usura en la medida en que concurra la habitua-lidad (art. 542) o el encubrimiento (art. 543).

Obsérvese que lo que, en definitiva, se trata de dirimir es si el concepto penal de usura ha de elaborarse con fidelidad absoluta a lo dispuesto en la Ley Azcárate o no. A mi juicio, y en oposición a la doctrina mayoritaria, el concepto penal exige la refundición de la usura objetiva y la subjetiva, porque sólo así se consigue un desvalor de acción que explique la pena prevista en la Ley penal.

La *jurisprudencia* parte del *concepto civil* de préstamo usurario de la Ley de 1908. Aunque en expresión de muchas sentencias la Ley de 1908 aparece como presupuesto *indicativo* del concepto de préstamo usurario (Ss. de 8 de marzo de 1973, 2 de noviembre de 1976, 28 de junio de 1974, 10 de abril de 1973, 2 de diciembre de 1971, 15 de junio de 1971, 21 de diciembre de 1970 y 17 de diciembre de 1977), es lo cierto que la jurisprudencia viene operando con el concepto civil de la Ley de 1908 como presupuesto *ineludible* del concepto de préstamo penal usurario. Y así, de una manera más explícita, la Sentencia de 9 de octubre de 1984 advierte sin paliativos que por préstamo usurario debe entenderse «aquel que se encuentra comprendido dentro de la Ley civil que regula esta ilicitud contractual», con las características que la Ley penal luego añade. Sólo así se explica que en la mayor parte de dichas sentencias se conciba el delito de préstamo usurario como *norma penal en blanco* que, por tanto, remite a otra ley para la determinación de su contenido.

No se sabe bien la razón por la que la Doctrina no suele hacer referencia específica al problema del *bien jurídico* en el delito de usura, pero cuando lo hace sostiene que es la *propiedad* el objeto de protección. Esta tesis es, sin embargo, incoherente con la irrelevancia del consentimiento de la víctima y con la determinación de la consumación en el momento de perfeccionamiento del contrato.

En efecto, estamos ante un delito en que se exige la participación activa de la víctima como parte en un concreto de préstamo *consintiendo* en las condiciones del

negocio. Pxaes bien, en la medida en que es inconcebible e inaceptable que el Derecho Penal patrimonial declare indisponible el derecho de propiedad y dado que en el préstamo usurario el prestatario consiente en pagar los intereses, debemos concluir que el bien jurídico protegido va más allá del derecho de propiedad. Por otra parte, Doctrina y Jurisprudencia entienden que para la consumación del delito basta con la perfección del contrato realizado, sin que sea necesario el perjuicio patrimonial efectivo, lo que no es coherente con la propiedad como bien jurídico protegido.

Fue QUINTANO el primero que hizo referencia a valores de carácter ético o social superiores a los de la simple propiedad privada como objeto de protección jurídica en este delito, pero es GARCÍA ARAN quien de modo más claro expresa sus dudas sobre el bien jurídico protegido, advirtiendo que este delito más que con el derecho de propiedad, está en referencia con la figura del usurero y de su *conducta inmoral y abusiva*, de modo que «se persigue a quien se lucre injusta y exageradamente, pero no se protege directamente un patrimonio individual, sino que predomina el tipo criminológico del usurero».

En este mismo sentido, la Sentencia de 3 de diciembre de 1976, aunque en un tono excesivamente profesoral y dogmático que no le corresponde, advierte que la común determinación del momento de la consumación obliga a mantener que «por más que el delito se haya incluido en el Título XIII del Libro segundo del Código Penal, es un delito *sui generis* con el que se trata de amparar valores de igual e incluso superior entidad ética y social a los del patrimonio privado, siendo delito de riesgo o de mera actividad».

A mi juicio, se produce en el delito de usura lo que encontramos en otros delitos de carácter económico, es decir, la intervención del Estado en el mundo económico en defensa del más débil dentro de una contratación colectiva. Lo que ocurre es que, en el delito de usura, al contrario que en el delito social del artículo 499 bis o en las maquinaciones para alterar el precio de las cosas de los artículos 541 y sigs., la intervención del Estado no se realiza directamente en el mundo económico sino a través de una Ley que faculta a los Jueces para determinar cuándo un determinado interés resulta o no abusivo, usurero.

En consecuencia, el bien jurídico protegido ha de estar en relación con la defensa del débil en el mercado del dinero, de modo que, además de la propiedad, *se protege la libertad de voluntad del prestatario. De ahí que, deben considerarse comportamientos delictivos de usura sólo aquellos en los que, existiendo un interés excesivo en relación con el normal precio del dinero, se abusa de una situación específica en el sujeto pasivo*, concepción que, conviene tener presente, mantenemos en estos momentos aisladamente en la Doctrina.

Desde el punto de vista *político criminal*, entiendo que la represión penal de la usura por los cauces en que está discurriendo desde 1932 y las líneas de desarrollo que aparecen en los proyectos de modificación penal, constituye un auténtico disparate por un doble motivo: de un lado, porque castiga simples *ilícitos administrativos*, como el relativo a incumplimientos de orden contable (art. 543) o de entrega de resguardos (art. 546). De otro lado, porque sin castigar el préstamo usurario en sí, sino *sólo formas periféricas de usura* en frase feliz de Landrove, lo hace atendiendo a un *desvalor de*

acción equivocado. En efecto, en lugar de cifrar la gravedad del hecho en el abuso de situaciones de necesidad como hizo el Código Penal de 1928, invoca circunstancias de relevancia discutible como la habitualidad o el encubrimiento, cuando previamente -y, a mi juicio, de modo correcto- ha renunciado a castigar el *préstamo usurario como tal* en atención a la concurrencia en el negocio del *consentimiento del prestatario*.

El legislador, a mi juicio sin haber reflexionado suficientemente, en 1932 amplió el alcance de la usura de modo que ya no quedó reducida a los supuestos del Código Penal de 1928 en que el desvalor de acción consistía en una maquinación reprochable, como es el abuso de la impericia o de la necesidad, sino que hizo mención exclusiva de la habitualidad y el encubrimiento de la forma contractual. Esto facilitó que el intérprete (Doctrina y Jurisprudencia) entendiera punible no sólo la llamada *usura subjetiva* a que se refería expresamente el Código de 1923 (abuso de la situación de necesidad o de la impericia del prestatario), sino también la *usura objetiva* que recogía la Ley Azcárate, es decir, aquella en la que *con pleno y válido consentimiento* del prestatario, se realiza un préstamo con interés excesivo siempre que en ambos casos concurriera la habitualidad o el encubrimiento exigidos en la Ley.

Pues bien, esta tendencia ampliatoria de lo punible continúa en el Proyecto de 1930 que extiende el núcleo de las conductas punibles no exigiendo la habitualidad e incluyendo en la usura encubierta no sólo los casos en que se encubre el contrato de préstamo, sino también aquellos en que se encubren los intereses usurarios.

Para programar una política criminal adecuada frente al delito de usura, hay que tener en cuenta que «la Ley Azcárate ha caído en desuso; que los bancos han asumido, casi exclusivamente, la función crediticia, con lo que ésta se ha mercanalizado; que el préstamo civil se ha reducido a casos a favor entre amigos; que no subsisten prácticamente prestamistas profesionales civiles (o usureros) y que, en definitiva, el contrato de préstamo ha traspasado los límites de su regulación legal, la cual ha caído en desuso por no responder a la realidad social y por haber sido ideada para otra realidad social muy distinta». En este contexto, el mantenimiento de los tipos penales sobre la usura vigentes en la actualidad, o la modificación de los mismos en el sentido ampliatorio del proyecto de 1980, constituyen un dislate político criminal. Entiendo con GARCÍA ARAN que «no tiene sentido perseguir penalmente al que obtiene excesivos beneficios». No debe de bastar la enumeración del interés permitido para penalizar el comportamiento. Tales supuestos pueden quedar suficientemente sancionados con la nulidad civil de la Ley Acárate.

Como muy bien apunta GARCÍA ARAN, la defensa del derecho de propiedad en los supuestos en que el titular consiente, sólo puede hacerse por la vía penal cuando el desvalor de acción cobra suficiente relevancia, que en nuestro caso sólo se produce en los casos de usura subjetiva, es decir, aquellos en los que se abusa de la situación del prestatario pero no en los de usura objetiva, es decir, aquellos en los que *con consentimiento del prestatario* simplemente se produce un interés excesivo o superior a lo que resulta normal en el mercado, aun cuando hubiera habido habitualidad o encubrimiento.

Los problemas de abuso que puedan surgir de las relaciones contractuales de préstamo deben ser solucionadas, en primer lugar, con una legislación civil coherente

que equilibre instituciones tan dispares como la admisión de las cláusulas de estabilización, la inexistencia de interés en el mutuo y la desaparición de las tasas de interés, determinando qué supuestos de préstamo usurario deben de ser considerados civilmente ilícitos y, por tanto, nulos. Sólo después, el Derecho Penal debería de castigar aquellos casos que revistan mayor gravedad en los que el desvalor de acción cumple un papel fundamental, dado que se parte de la base de que el prestatario ha dado su consentimiento. Sólo los supuestos en los que hay un abuso de la situación del prestatario pueden cobrar dignidad penal.

VI. APROPIACIÓN INDEBIDA DE DINERO

La primera cuestión que interesa hacer objeto de estudio es la relativa a la apropiación indebida de quien tiene por cosa títulos que tienen como objeto el *dinero*. El dinero es la *cosa fungible por excelencia* y, por tanto, para adquirir la propiedad del mismo basta con la *tradictio*. Desde este punto de vista siempre que el sujeto «ha recibido» dinero se convierte en propietario del mismo. Por eso, al incluir el dinero en el artículo 535 no puede entenderse el derecho de propiedad como objeto exclusivamente protegido en el precepto, sino también el derecho de crédito, con lo que nos acercamos a los delitos de insolvencia, con la sustancial diferencia de que en el texto actual del artículo 535 no se exige la insolvencia del autor.

A mi juicio, frente al problema que plantea la inclusión del dinero en el artículo 535 sólo caben *dos posturas*. La primera sería la de entender que el dinero sólo constituye objeto de apropiación indebida cuando haya sido recibido como cosa específica y determinada (el dinero metido en una caja, billetes numerados, el dinero que se encuentra en el domicilio del difunto, etc.). Según esta primera postura, siempre que el dinero sea entregado en su condición de cosa genérica adquiriendo el cedente un simple derecho de crédito, sin *actio reivindicatoria*, el comportamiento posterior de disposición o apropiación por parte de quien lo recibe constituiría un simple ilícito civil.

Una segunda postura sería aquella que entendiera que la apropiación del dinero que se tiene obligación de entregar o devolver constituye siempre delito de apropiación indebida por imperativo del artículo 535, siempre que sea un título válido de los que se recogen en el precepto. Conforme a esto tendríamos que concluir que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida no lo es el derecho de propiedad exclusivamente, sino también el derecho de crédito, entendido en su sentido más estricto de derecho al cumplimiento de las obligaciones, con lo que la apropiación indebida incluiría supuestos de prisión por deudas.

La *Jurisprudencia* de una forma arbitraria, pero coherente con lo que ocurre en el Derecho comparado y defiende la doctrina, excluye del delito de apropiación indebida ciertos supuestos en donde constituye objeto material del delito el dinero e incluye otros. Así, se excluye el *préstamo mutuo* desde que Pacheco, y en general todos los comentaristas decimonónicos, criticaran severamente su inclusión en el Código Penal de 1848. Se explica esta exclusión porque se entiende que el dinero pasa al dominio del que lo recibe, entre otras razones porque así lo dispone el artículo 1.753 del Código

Civil («adquiere propiedad»).

Por otra parte, porque se entiende que el *depósito irregular* al implicar la entrega de cosas fungibles con transmisión de la propiedad constituye en realidad un préstamo mutuo (art. 309 del Código de Comercio), doctrina y jurisprudencia lo excluyen también de la apropiación indebida. Dada la fungibilidad del dinero, los preceptos invocados no son argumento suficiente que explique por qué el préstamo mutuo y el depósito irregular quedan excluidos de la apropiación indebida, mientras la comisión, administración, sociedad, etcétera, *relativas a dinero*, pueden constituir delito de apropiación indebida.

Esta discutible conclusión (beneficiosa para las entidades bancarias cuyo pasivo se compone de dinero captado en la modalidad de depósito irregular en cuenta corriente) se dice venir impuesta por el hecho de que el artículo 535 incluye el dinero como objeto de apropiación indebida y que el artículo 1.7.53 del Código Civil (al que remite de algún modo el artículo 309 del Código de Comercio) considere que en el préstamo mutuo el mutuuario adquiere la propiedad del dinero. Por otro lado, la tesis jurisprudencial es la común en el Derecho comparado. Sin embargo, es necesario señalar que en otros Derechos existen disposiciones específicas sobre delitos societarios y sobre el abuso de confianza, a las que sería permitido reconducir los comportamientos regulares cometidos por los Bancos en relación con el depósito irregular en cuenta corriente, lo que no ocurre en Derecho Penal español.

La *Jurisprudencia* ha sostenido que «cuando el título sea de los que no sólo transmiten la posesión legítima, sino que trasladan también el dominio de las cosas muebles entregadas, su ineptitud para generar la infracción estudiada es patente e indiscutible; entre tales títulos se encuentra el préstamo mutuo o de consumo (arts. 1.740 y 1.543 del Código Civil) (S. de 9 de febrero de 1984). Del mismo modo, la Sentencia de 6 de julio de 1984 entiende que «no puede comprender títulos traslativos de la propiedad como el mutuo, ya que el prestatario no está obligado a conservar la cosa y a devolverla». En general, se entiende que en todos aquellos casos en que el dinero se entrega sin la voluntad de transmitir la propiedad, la apropiación del mismo permite la aplicación del artículo 535 del Código Penal. Así, por ejemplo, cuando el sujeto se apropia del dinero que le han entregado con un destino determinado (*vid.* Ss. de 15 de octubre de 1984, 21 de octubre de 1983, 20 de enero de 1984, 9 de octubre de 1984, 19 de octubre de 1984). Unánimamente la Doctrina cifra el objeto de protección en el *Derecho de propiedad* de los bienes muebles.

Sin embargo, pecaríamos de ingenuos si esta unanimidad de criterio quisiéramos entenderla como equivalente a una pacífica situación del problema. El parecido que van a tener muchos supuestos de apropiación indebida con el simple incumplimiento de obligaciones, sobre todo cuando se trata de *dinero*, complica la cuestión.

En la práctica, no nos engañemos, siendo la mayor parte de los supuestos de apropiación indebida relativos a bienes fungibles y, en concreto, a dinero, el delito se aplica generalmente frente a *insolventes*. De tal forma que lo que se está protegiendo no es sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, con lo que se está castigando el incumplimiento por parte del deudor del deber de mantener su patrimonio para el pago de sus deudas. La *insolvencia* se convierte, entonces, en ese mayor desvalor necesario para explicar el

delito de apropiación indebida (de dinero) que, unido a la *deslealtad* y a la *irregularidad* del comportamiento causante de la insolvencia aleja el delito de la prisión por deudas.

MUÑOZ CONDE ha intuido este *paralelismo* entre la apropiación indebida y los *delitos de insolvencia*. Así, observa que las leyes especiales que incluyen supuestos de apropiación indebida (por ejemplo la Ley de hipoteca mobiliaria y ayudas sin desplazamiento o la Ley de compraventa de bienes legales a plazos) están extendiendo la apropiación indebida a supuestos a simple incumplimiento, acercándonos a la prisión por deuda. De ahí que MUÑOZ CONDE se vea obligado a apreciar en estos supuestos extensivos de la apropiación indebida un objeto de protección superior al derecho de propiedad; en concreto, *el derecho a que se disponga de la cosa con las limitaciones del título por la que se ha obtenido* o, como dice la Sentencia de 21 de marzo de 1975, el derecho a la restitución de la cosa, por lo que debe entenderse que con la pena se castiga el incumplimiento del sujeto activo de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver.

El Proyecto de 1980, consciente de todas estas dificultades político-criminales, propugnó la *atenuación* de la apropiación indebida en caso de *restitución* de lo apropiado dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso, lo que constituye un reconocimiento de que no es el derecho de propiedad el único objeto de protección que se trata de amparar en la apropiación indebida, sino algo más cercano al cumplimiento de las obligaciones en la línea de los delitos de insolvencia y que aparece con más evidencia en la apropiación indebida de dinero. Se trata de ese derecho a que se disponga de la cosa con las limitaciones del título por la que se detenta, el derecho del acreedor a la restitución o el derecho a la satisfacción del crédito en el patrimonio del deudor.

Desde esta perspectiva, el peligroso acercamiento a la prisión por deudas, tan repudiada por el moderno jurista liberal, puede ser compensada con la observación de que una situación de insolvencia *fortuitamente* obtenida excluye o podría excluir no sólo los delitos de insolvencia propiamente dichos, sino también el de apropiación indebida de dinero.