

PROTECCION PENAL DE LOS INSTRUMENTOS DE PAGO Y DE CREDITO. PRESENTE Y FUTURO.

*El presente artículo supone una actualización del que, con el mismo título, publiqué en el nº 15 de la separata de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (Madrid, 1.984).

Por

Miguel Bajo Fernández, Catedrático de Derecho penal, Abogado
(puesto al día por Alfonso Trallero y Masó, Abogado).

SUMARIO

- I.- Explicación
- II.- Protección penal de la letra de cambio. 1.- Falsificación de la letra de cambio. 2.- Estafa mediante letra de cambio.
- III.- Protección penal del cheque. 1.- Falsificación. 2.- Estafa mediante cheque y cheque en descubierto.
- IV.- Estafa de abuso de crédito (tarjeta de crédito, línea de crédito).
- V.- La supresión de los delitos de cheque en descubierto y letra vacía. 1.- La letra de cambio vacía. 2.- El cheque en descubierto.
- VI.- La introducción de la estafa agravada mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio.

I.- EXPLICACIÓN

-1- (*) En los sucesivos intentos de reforma de nuestro Código penal que han venido desarrollándose desde finales de los años 70, hubo, en lo relativo al tratamiento jurídico-penal del cheque y la letra de cambio, un momento de inflexión, constituido por el Proyecto de Código penal de 1.983. Frente al mantenimiento del delito de cheque en descubierto (introducido, como es bien sabido, en nuestro Código penal con la reforma de

1.963) y frente a la incorporación del delito de letra de cambio vacía (que se propugnaba en el Anteproyecto de 1.980), el Proyecto de 1.983 suprime toda referencia a ambos delitos. Significativa resultaba esta supresión en relación con el delito de letra de cambio vacía, toda vez que el Proyecto de Código penal de 1.983 precisamente venía a seguir el de 1.980, que -como decimos- introducía por vez primera en nuestro Derecho el repetido delito.

-2- (*) El planteamiento del Proyecto de 1.983 parecía así responder al entendimiento de que, en esta materia, se consideraba de mayor utilidad y urgencia la introducción de nuevas disposiciones de carácter mercantil, al tiempo que resultaban superfluas las de carácter penal. En este sentido, sin duda se orientó igualmente la Ley 19/1.985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, con específicas previsiones en relación al extravío, sustracción o destrucción de letra de cambio (artículos 84 y siguientes) o cheque (artículos 154 y 155), así como en supuestos de cheque falso o falsificado (artículo 156).

-3- (*) Así las cosas, el Anteproyecto de Código penal de 1.991 y el Proyecto de 1.994, vienen a confirmar la antedicha tendencia despenalizadora, al dejar de tipificarse el delito autónomo de cheque en descubierto y al renunciarse a la inclusión del delito de letra de cambio vacía. Pero al tiempo, tanto en el Proyecto de 1994, como en su antecedente, el Anteproyecto de 1991, se ha venido a introducir, dentro del delito de estafa, una modalidad agravada de la misma que operaría precisamente mediante la utilización de los referidos instrumentos de pago y crédito (art. 243.3º).

-4- (*) A la vista de la sustancial modificación que el Proyecto de 1.994, de prosperar, supondría respecto del actual marco jurídico-penal en relación al cheque y a la letra de cambio, en las presentes páginas pretendemos exponer una panorámica de la vigente protección penal de los repetidos instrumentos de pago y crédito para, a continuación, exponer nuestras reflexiones acerca de la anunciada reforma.

II

PROTECCION PENAL DE LA LETRA DE CAMBIO

1. Falsificación de la letra de cambio

-5- La falsificación de la letra de cambio se castiga expresamente en el art. 303 C.p. Los supuestos más comunes de falsedad en letra de cambio son los que hacen referencia a las distintas firmas que figuran en el documento y al propio contenido de las cláusulas. El abuso de firma en blanco no constituye delito de falsedad, sino de estafa de los artículos 528 y 529, número 3º.

-6- El delito de falsificación de letra de cambio no se sustrae a los requisitos generales relativos a la falsedad. De este modo, constituyen requisitos necesarios, entre otros, que la falsificación verse sobre un elemento esencial del documento y que sea idónea para afectar al tráfico mercantil. (*) En este sentido, la S. de 12 de febrero de 1992 (ponente: Hernández Hernández), apreció delito de falsedad en un supuesto de alteración de la fecha de libramiento: se trataba de dos empleados de una misma empresa que se pusieron de acuerdo para que el primero de ellos librara una letra de cambio contra la entidad y el segundo la aceptara, pero como éste último había sido despedido de la empresa, aunque la cambial fue rellenada en fecha posterior a su despido, pusieron como fecha de libramiento y aceptación una anterior al despido, cuando todavía era empleado, para poder obligar a su antigua empresa. Por su parte, la S. de 17 de abril de 1989, condenó por falsedad a quien alteró el domicilio de la entidad libradora, para crearse así, al menos inicialmente, una cierta impunidad ante el previsto impago del efecto descontado.

-7- (*) De contrario modo y por no alterar un elemento esencial del documento, la STS de 25 de marzo de 1992 (ponente: Puerta Luis), consideró atípica la conducta de quien, tras suscribir un contrato de obra con otra persona, se limitó a completar determinados extremos de las letras aceptadas por el último, de acuerdo sustancialmente con las previsiones consignadas en el contrato, procediendo seguidamente a endosarlas a una entidad bancaria, siguiendo una práctica que debe considerarse habitual en el comercio.

-8- (*) La emisión de una letra no comercial ("letra vacía"), es decir, aquélla que no representa una auténtica operación mercantil y que se libra con el único fin de obtener crédito, no implica delito. En este sentido, la S. de 13 de diciembre de 1976 negaba ya el delito de falsedad en el hecho de "consignar como librado a persona que nada adeuda al librador ... (ya que) no supone necesariamente alteración ideológica de la verdad en el

estricto orden cambiario en el que, dada su abstracción, los conceptos de librador y deudor no son forzosamente sinónimos". En este mismo sentido se pronuncia la S. de 18 de junio de 1993: "La falsedad ideológica consistente en hacer figurar en la letra como librado a alguien con quien el librador no ha tenido relación alguna, es irrelevante en cuanto no es en atención a la veracidad o falta de veracidad de dicho dato por lo que se concede el descuento, sino en atención a la solvencia ofrecida por el librador que es el único obligado cambiario."

-9- (*) En cambio, la creación de una letra vacía a la que se da apariencia de comercial (por ejemplo, mediante la introducción de firmas falsas en el "acepto"), constituye delito de falsedad que, normalmente, concurrirá como medio para la comisión de un delito de estafa. En este sentido, la STS 1225/1993, de 29 de mayo de 1993 (ponente García Ancos), condenó por falsedad a quien, conociendo la condición espuria de las firmas estampadas en los correspondientes <<aceptos>> de las cambiales, no dudó en aprovecharse de ellas "para presentarlas a la entidad bancaria y con ello obtener el correspondiente descuento a su favor".

-10- (*) Sin embargo, la Jurisprudencia se muestra un tanto vacilante en los casos en que no ha sido acreditado quién ha podido falsificar la firma de los aceptos. Por un lado, la S. de 29 de junio de 1992 (ponente: Soto Nieto) confirma la condena por falsedad en documento mercantil a quien, a pesar de no resultar acreditado que estampase falsas firmas en el acepto de las cambiales por sí, bien imitando la firma o haciéndolo en su forma habitual, debió sin duda instar a efectuar esas firmas falsas, puesto que fue él quien hizo suya la ficción de la letra, asumiendo la responsabilidad de su incorporación al tráfico mercantil. Por otro, la STS de 11 de diciembre de 1992 (ponente: Bacigalupo Zapater) confirma la absolución de quien entregó, en pago de una deuda que tenía con una empresa, una letra de cambio librada en nombre de su sociedad y endosada a favor del acreedor, en la que se había imitado la firma de un cliente de la sociedad como supuesto aceptante, al no constar la persona que imitó esa firma.

-11- La doctrina mercantil se ha esforzado en distinguir entre falsedad y falsificación en la letra de cambio, sin que tal diferenciación tenga mayor trascendencia a efectos penales. Efectivamente, en Derecho penal la distinción no tiene más que un valor sistemático, ya que la falsedad incluirá no sólo los supuestos de falsificación, sino otros, como, por ejemplo, el *uso* de documentos falsificados. La detallada distinción de los mercantilistas no tiene otras consecuencias que las exclusivamente mercantiles.

2. Estafa mediante letra de cambio

-12- No hay delito de estafa por simple impago (S. 11 de diciembre de 1992), ya que se precisa un comportamiento disvalioso que le otorgue relevancia criminal, y así, hay estafa cuando se falsifica la firma de acepto, con independencia aquí de que el perjudicado pueda ser el descontante de la letra impagada o bien el propio librado que paga la letra en la que se ha falsificado su firma de aceptado, incluso en el correspondiente juicio ejecutivo. Las dudas que suscita este último supuesto provienen de la existencia del engaño. A mi juicio, el tema conecta necesariamente con la llamada estafa procesal que se castiga en el artículo 529, número 2º.

-13- (*) Menores problemas presenta la calificación como estafa del supuesto resuelto por la S. de 10 de julio de 1991 (ponente Martín Pallín), consistente en la falsificación, como medio engañoso, de la firma del avalista de una letra de cambio, cuando tal firma era exigida expresamente por quien vendía unas mercancías contra entrega de la cambial. En este supuesto, el engaño se basa, precisamente, en la utilización de la firma falsa para aparentar una solvencia ajena y solidaria, sin que la misma tenga real existencia.

-14- (*) En cuanto a las llamadas *letras de favor*, la existencia del delito dependerá igualmente de la acreditación del engaño. La Sentencia de 16 de julio de 1993, por ejemplo, reconoce que el comerciante acostumbrado a este tipo de operaciones que conoce además las dificultades económicas por las que pasa el favorecido con la *firma de favor*, no puede considerarse engañado por el hecho de no recibir oportunamente provisión de fondos, pues lo que se buscaba era precisamente propiciar a aquél financiación en esas difíciles circunstancias.

-15- A nuestro entender, hay que partir de la base de que el firmante de favor asume riesgos voluntariamente y no puede considerarse engañado por el simple hecho de no recibir a tiempo provisión de fondos. Sin embargo, caben supuestos en los que se produzca un engaño idóneo para inducir a error y, por tanto, delito de estafa. Tal sería el caso si el solicitante de la firma de favor falsea las causas de su carencia de descuento bancario, oculta su real insolvencia o el grado de su crisis económica o realiza cualquier otra maniobra engañosa capaz de ser causa determinante del error que motiva la voluntad

del firmante (así, el supuesto resuelto por la Sentencia de 16 de mayo de 1977, que apreció estafa en la inveraz alegación de que se había extraviado la primera letra de complacencia, por lo que el firmante de favor nuevamente se prestó a firmar una segunda letra de cambio).

-16- Un supuesto distinto al de las letras de favor aparece en el caso del llamado **papel proveedor**, consistente en que el comprador que no puede pagar al contado acepta letras de cambio antes de recibir la mercancía para facilitar al vendedor el acceso al crédito. La cuestión de la posible calificación como estafa surgiría desde el momento en que el vendedor no provee de fondos, no entrega la mercancía. (*) La STS 24 de septiembre de 1991 (ponente: Ruiz Vadillo), aprecia estafa en la conducta de quien pacta la entrega de una mercancía, exigiendo el pago de la misma por adelantado, documentando dicho pago en 13 letras de cambio debidamente aceptadas por la otra parte, por un determinado importe que fue descontado y endosado, "no obstante tener conocimiento de la imposibilidad de llevar a término la entrega de la mercancía". Por el contrario, no existirá estafa en supuestos de comerciantes habituados a operar entre ellos con este tipo de negocios, con existencia de deudas y créditos recíprocos pendientes de liquidación.

-17- La dificultad más importante para admitir aquí la estafa proviene, una vez más, de la concurrencia de engaño. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que normalmente la estafa se dará en grado de tentativa, ya que normalmente adquirirá eficacia la excepción de la ausencia de provisión de fondos impidiendo la ejecución de la letra y el perjuicio. (*) En cuanto al Banco descontante, la Sentencia de 29 de junio de 1992 (Ponente Soto Nieto), no referida a un supuesto de papel de proveedor, sino de letra vacía, sitúa la consumación de la estafa en el mismo momento en que la letra se descuenta, con ruptura así del esquema propio de la cambial (posibilidad de acudir al librado para el abono de la letra o, en caso de impago, al propio librador en vía de regreso).

-18- El incumplimiento por parte del favorecido de la condición supeditada a la firma de favor no se considera estafa, si, no obstante, provee de fondos. Así, la Sentencia de 16 de febrero de 1976 absuelve al favorecido que incumple la promesa de conceder un crédito al firmante de favor con el importe del descuento de la letra, precisamente porque había provisto de fondos con anterioridad al vencimiento de la letra. (*) Un supuesto parecido es el resuelto por la Sentencia de 19 de junio de 1990, que absolvió a quienes, tras conceder un préstamo a un empleado, solicitaron y obtuvieron de éste la firma de

favor en diversas cambiales en la confianza de que podrían satisfacerlas a su vencimiento y con pleno conocimiento por parte del aceptante de favor de la difícil situación económica por la que atravesaba aquéllos.

-19- Problemática especial plantea el **descuento de las llamadas *letras vacías o no comerciales***. La jurisprudencia declara que no todo descuento de esta clase de letras entraña necesariamente delito de estafa, pero basta para incurrir en este delito ocultar el carácter no comercial de la letra (STS de 18 de octubre de 1991 y, de modo rotundo, la muy reciente S. 6 de septiembre de 1994). Esta tesis, que -con origen en la Sentencia de 24 de noviembre de 1975- se ha convertido ya en doctrina jurisprudencial, parte de diferenciar aquellos supuestos en que el banco cedente permite la disponibilidad de la letra no comercial "sin reserva alguna, de manera expresa o sobreentendidamente" (inexistencia del delito por atipicidad), de aquéllos otros en que el banco concede el descuento precisamente en la confianza de que responden a verdaderos negocios subyacentes y ello con independencia de la solvencia o insolvencia del beneficiario del descuento (existencia de estafa: Ss. 8 de mayo de 1989 y 10 de julio de 1991).

-20- (*) El carácter comercial o no de la letra no dependerá sólo de su aceptación, motivo que llevó a la S. 5 de mayo de 1992, a la absolución en un supuesto en que el Banco descontó las letras no aceptadas, con lógico conocimiento de los riesgos en que incurría, pero sin que hubiese sido acreditado el carácter no comercial de las mismas.

-21- Cuando se trata de un particular, a quien se le descuenta una letra, es fácil constatar la existencia de estafa a partir de la existencia del engaño. Normalmente, el sujeto no comerciante se coloca en el ámbito trayecticio de la letra con una determinada actitud psicológica: necesidad de confiar en la sencillez y eficacia del documento en razón de lo extendido de su uso, e ignorancia absoluta de su trascendencia. Desde este punto de vista, el engaño constituye una maniobra relativamente sencilla de constatar. Por ejemplo, nadie discute el delito de estafa en el caso recogido en la Sentencia de 10 de septiembre de 1990 (ponente: García Miguel). (*) Se trataba de un contrato de compraventa de una finca rústica por un precio determinado, en el que el comprador entrega inicialmente al vendedor una parte en metálico y una letra de cambio a 90 días renovables por el resto. Al llegar el vencimiento, el comprador entrega en metálico al vendedor una parte de la cantidad establecida en la letra y otra letra por el resto del importe, y así sucesivamente. Todas las letras vencidas, en lugar de ser recogidas, son presentadas a descuento por el vendedor, llegando a deber el comprador una elevada cantidad al banco, como

consecuencia de las cantidades abonadas por razón de las letras presentadas para su descuento, produciéndose el embargo de los bienes del librado, debido al juicio ejecutivo iniciado por el banco contra éste.

-22- En cualquier caso, sea el descontante un banco o un particular, cuando su conducta, al presentar las letras ocultando su carácter no comercial, se ve acompañada por la falsificación de la firma de aceptación o de facturas falsas que explican la relación comercial o de la ocultación de la situación de insolvencia o falsa relación de bienes, hay que concluir que hay estafa porque hay engaño y el error es consecuencia de éste (Ss. de 6 de junio de 1988, 25 de abril, 1 de julio y 18 de octubre de 1991, 29 de junio de 1992 y 1225/1993, de 29 de mayo). Cuando a la ocultación del carácter no comercial de la letra se une la ocultación de la insolvencia de alguno de los firmantes, igualmente hay delito de estafa.

-23- (*) Los supuestos en que la letra vacía se ha creado artemente por el agente para su descuento, con alteración de la firma del acepto, son definidos por la S. de 29 de junio de 1992 como "letras meramente simuladas". En ellos, frente al previo acuerdo entre los intervinientes en su creación que caracteriza a la letra de favor y que tiene por ordinario objeto la concesión de un crédito, el sujeto activo busca aquí el desplazamiento patrimonial desde la entidad descontante, a la que precisa situar en estado de error. La calificación consecuente como estafa (normalmente en concurso con la falsedad como delito medio del art. 71 del Código penal: Ss. 7 de julio de 1989, 25 de febrero, 8 de abril y 9 de julio de 1992 y 702/1994, de 4 de abril), no ofrece así dificultades, al operar un concreto medio engañoso como la falsificación de los aceptos.

-24- Por el contrario, la tesis jurisprudencial según la cual se incurre en delito de estafa con la mera ocultación del carácter no comercial de la letra cuando se trata del descuento bancario ofrece numerosas dudas como criterio general.

III

PROTECCION PENAL DEL CHEQUE

1. Falsificación

-25- La consideración del cheque a que se refiere el Título II de la Ley 19/1985, de

16 de julio, Cambiaria y del Cheque, como documento mercantil constituye opinión común de doctrina y jurisprudencia. De ahí que su falsificación se considere incurso en el art. 303 C.p., siéndole aplicables las normas generales sobre falsificación de documentación.

-26- Antes de entrar en el estudio de los supuestos específicos de *falsificación de cheques*, conviene advertir que la falsedad en documento mercantil exige, además de la concurrencia de alguno de los supuestos enumerados en el art. 302 C.p., que se hayan variado extremos esenciales del documento conteniendo la idoneidad o aptitud suficiente para afectar al tráfico mercantil. La concurrencia o no de estos dos elementos decidirá la tipicidad del comportamiento.

-27- La emisión de cheque en descubierto, que, según Quintano, podría encuadrarse en el delito de falsificación, nunca fue considerada como tal. En la actualidad, y desde que se creó el delito de cheque en descubierto como supuesto específico, es indudable que "la sola falta de verdad consistente en el libramiento de un cheque sin provisión no es un hecho típico, o cuando menos punible, conforme al número 4 del artículo 302". Tal supuesto habrá de remitirse exclusivamente al delito del art. 563 bis, b).

-28- El delito de falsificación de cheque cumple, de hecho, la función de recoger supuestos dignos de represión criminal no reconducibles a las figuras genéricas de estafa o de cheque en descubierto. Tal es el caso de la entrega en pago de cheque librado sobre cuenta imaginaria, o sobre cuenta ajena, o sobre cuenta propia, pero cuya facultad de disponer mediante cheque haya sido revocada por el banco y tenga conocimiento de ello el librador. En todos estos casos falta el contrato de cheque y no es posible castigar la conducta conforme al art. 563 bis, b). Independientemente de que pueda en algún caso castigarse el hecho como estafa del artículo 528, interesa aquí determinar las posibilidades de un delito de falsificación en documento mercantil del art. 303.

-29- No ofrece duda la concurrencia de delito de falsificación de un cheque cuando el autor libra el documento a nombre de un sujeto imaginario con firma imaginaria. Ya la S. de 2 de marzo de 1976 mantuvo la tesis de que, aunque la Sala anteriormente exigía que la persona suplantada exista y no resulte imaginaria, debe entenderse que basta la firma ficticia de cualquier ser humano, tuviera o no existencia real, porque se trata de falsedad ideológica en la que es irrelevante la persona suplantada. Hechos de esta clase fueron castigados como tal falsificación en la S. de 5 de abril de 1977, en que los procesados

habían conseguido, mediante la colaboración inocente de familiares y amigos, distintos impresos de autorización para la utilización de determinadas cuentas corrientes, rellenando tales impresos a nombre de una persona imaginaria para la que creaban firmas también fingidas. De este modo, podrían librar talones contra tales cuentas que luego cobraban en el banco del cual eran empleados.

-30- (*) Respecto de los usualmente denominados "cheques en blanco", habrá delito de falsedad cuando, aún firmado por el titular de la cuenta sobre la que se libra el mismo, sea posteriormente completado por el tomador en sentido diferente al acordado o sin anuencia del librador. En este sentido, la S. 24 de noviembre de 1992 aprecia falsedad ideológica en este caso "al atribuir al pretendido firmante una voluntad que no podía ser la suya".

-31- La utilización de cuenta ajena reviste diversas modalidades. Existe falsificación en los casos en que el sujeto imita la firma del titular de la cuenta. Un hecho de esta clase fue castigado conforme a lo establecido en el art. 303 en relación con el 302, número 1 del C. p., habiendo sustraído el autor el cheque de un compañero e imitado la firma de éste para su presentación al cobro. (*) Sin embargo, y en un supuesto similar, la S. 4 de junio de 1990 absolvió del delito de falsedad a quien, en pago de una deuda, entregó diversos talones contra cuenta corriente propia y contra cuenta corriente de su suegro, imitando en estos últimos la firma del titular. La absolución por falsedad y cheque sin fondos se motiva en que "la entidad vendedora y querellante estaba al tanto de la mala situación del procesado" y que la falsedad exige "un daño real o potencial en el tráfico jurídico", daño que no se habría producido por cuanto el procesado tenía negocios comunes con su suegro, realizando gestiones en nombre de éste.

-32- (*) Habrá falsedad, igualmente, en el supuesto de que se simule en el dorso del cheque, al objeto de su endoso, la firma del titular o beneficiario del mismo (S. 24 de mayo de 1993).

-33- (*) En cuanto a la **utilización de talones ajenos, pero con firma propia**, tradicionalmente se ha venido negando el delito de falsificación en tales supuestos. Así, la S. de 12 de diciembre de 1991 absolvió del delito de falsificación en documento mercantil a quien entregó en pago de una deuda un cheque sustraído a un socio. La razón para la absolución la encontró la sentencia en la imposibilidad de acreditar la existencia de dolo falsario y en la falta de "entidad suficiente" de la acción pretendidamente falsaria sobre el

cheque "para entrar en el tráfico jurídico ni idoneidad para la legitimidad aparente del documento o para su veracidad". Por su parte, la S. 15 de mayo de 1993, en un supuesto en que el acusado había librado, con su propia firma, talones contra cuentas corrientes de su tío y padre, en las que no tenía autorización, absuelve igualmente del delito de falsedad, por cuanto "no hubo fingimiento de letra, firma o rúbrica", calificando este comportamiento como "falsedad inocua".

-34- A mi juicio, no deja de ser dudosa la absolución en los casos en que se estampa una firma distinta a la del titular de la cuenta, porque, si bien es verdad que difícilmente el librado cumplirá la orden de pago que entraña el cheque, no implica que el cheque carezca de toda idoneidad o aptitud para cumplir sus funciones propias en el tráfico mercantil. (*) En este mismo sentido, una última corriente jurisprudencial viene apreciando delito de falsedad aún cuando la firma puesta en el cheque ajeno es la propia de quien lo emplea. Así, la S. 16 de julio de 1992, calificó como falsedad ideológica del art. 302.2 C. p. la conducta de quien entregó un cheque librado sobre cuenta ajena en pago de un coche. Esta misma sentencia viene a diferenciar los supuestos en que se imita la firma del titular de la cuenta librada, que encaja en el art. 302.1, de aquéllos otros en que tal imitación no se hace, pero igualmente se hace creer al tomador del cheque que es su titular quien lo ha completado. De este modo, lo fundamental será la creación de una apariencia de legitimidad del cheque (S. 10 de abril de 1992), máxime cuando de tal apariencia de legitimidad puedan derivarse negociaciones tales como el endoso del título.

-35- (*) En este sentido, se ha de destacar igualmente un evidente cambio de orientación jurisprudencial en los supuestos de presentación al cobro de un cheque ajeno, librado con firma propia, pues, si bien tradicionalmente tampoco se apreciaba aquí estafa ni siquiera en grado de tentativa imposible del art. 52, párrafo 2 (S. de 11 de diciembre de 1968), las últimas sentencias no dudan en calificar estos supuestos como constitutivos de estafa, llegando a hacerlo incluso para el caso de absolver respecto de la falsedad (Ss. 12 diciembre de 1991 y 15 de mayo de 1993).

-36- Respecto a la estampación de una **firma ajena en cheque propio**, la S. de 10 de mayo de 1990 apreció delito de falsedad en documento mercantil. Se argumenta en la sentencia, a nuestro juicio acertadamente, que con tal falsedad se puede poner en peligro el orden jurídico y de la prueba, puesto que la apariencia creada permitía la misma ocultación de lo realmente ocurrido: se trataba de un apoderado de una empresa que se apropió de determinadas cantidades que tenía que entregar a su poderdante y, para disimular la falta

de dichas cantidades, le entregó diferentes cheques propios en los que había contrahecho su propia firma.

-37- En realidad, en este caso se hubieran podido utilizar los mismos argumentos para la absolución que los esgrimidos en los casos de estampación de firma propia en cheque de titularidad ajena. (*) Sin embargo, y de acuerdo con la última tendencia jurisprudencial antes señalada, lo decisivo ha de resultar la capacidad de alteración del tráfico e incluso la potencialidad del cheque para ser negociado a partir de la buscada creencia de su autenticidad.

-38- (*) Por parecidas razones de justicia, en algunas ocasiones se ha llegado a conceptualizar como falsificación el libramiento de cheque contra cuenta cancelada del propio librador. La S. 25 de abril de 1988 así lo hace respecto de quien entregó, como parte del pago de una vivienda, un cheque librado contra una cuenta corriente que había tenido en una entidad bancaria, pero que había sido cancelada por la propia entidad ante el saldo deudor que presentaba, conociendo este extremo el librador. Se trata sin duda de un supuesto muy próximo al del apartado 1º del párrafo primero del art. 563 bis b) C. p., pero en el que falta el elemento fundamental de la pervivencia del contrato de cheque. Ante esta ausencia, y en aras a evitar la impunidad del comportamiento, se condena por falsedad. Sin embargo, resulta dudosa, a nuestro entender, esta solución, pues parece indudable que en este caso falla el elemento objetivo de la falsedad, al no existir verdadera afectación de los elementos del documento, y ello con independencia de que con la entrega de ese talón se hubiese buscado y/o conseguido algún otro resultado disvalioso, susceptible de ser subsumido en algún otro tipo penal (estafa, singularmente).

-39- Hay delito en la falsificación de la diligencia bancaria del llamado cheque conformado conforme a la cual el banco librado da a conocer que existen fondos suficientes y que los necesarios para pagar el cheque quedan retenidos. El significado y trascendencia de la diligencia bancaria de conformidad, que provoca una confianza especial en el documento, hace que tampoco quepan dudas sobre la concurrencia del delito en la falsedad ideológica consistente en que la persona competente (director de la sucursal bancaria) da su conformidad cuando en realidad el cuentacorrentista carecía de fondos.

-40- El uso del cheque falsificado es punible conforme al artículo 304 C. p. de cumplirse el resto de requisitos exigidos y de no ser el propio falsificador quien usa el cheque, en cuyo caso sólo cabe aplicar el art. 303 C. p., al tratarse de un acto posterior co-

penado. (*) En este sentido, la Jurisprudencia ha llegado a apreciar, incluso, concurso medial entre un delito consumado del art. 304 y una estafa en grado de frustración del art. 528, en la conducta de quien presenta un cheque falso al cobro en una entidad bancaria sin conseguir que le sea abonado (S. de 23 de diciembre de 1993). ¡¡OJO: **discutir con Miguel esta postura**, ya que, a mi entender, es incorrecta: ¿de haber cobrado el cheque, no habría consumido la estafa al uso de documento falso?, en ese caso, ¿no supone penar dos veces mismo comportamiento y ruptura principio especialidad?!!

2. Estafa mediante cheque y cheque en descubierto

-41- La Ley de 15 de noviembre de 1971, que reformó el Código penal y modificó el delito de cheque en descubierto, trasladó esta figura delictiva del capítulo de las defraudaciones (art. 535 bis, hoy derogado) a otro capítulo independiente (capítulo IX bis, art. 563 bis) e introdujo en el art. 529, nº 1 una nueva modalidad de estafa: defraudar a otro "aparentando ... saldo en cuenta corriente". Aunque esta modalidad de estafa no se conserva de modo expreso en el Código penal vigente en virtud de la reforma de junio de 1983, la apariencia de saldo en cuenta corriente puede ser una modalidad de defraudación subsumible en la definición del art. 528 actualmente vigente. Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia relativa a la diferenciación entre el delito de estafa mediante cheque y el delito de cheque en descubierto sigue siendo hoy válida.

-42- Las reformas de 15 de noviembre de 1971 se explicaron por la necesidad de "separar la emisión de cheques sin cobertura metálica, que se emplea, como medio engañoso, con una finalidad defraudatoria, y el mismo libramiento cuando no tiene la finalidad apuntada". En el primer caso habrá delito de estafa del art. 529 nº 1 (hoy art. 528) y, en el segundo, delito de cheque en descubierto del art. 563 bis b). Así pues, la emisión de cheques sin disponibilidad de fondos constituye estafa cuando tal comportamiento es el medio engañoso que provoca por error el acto de disposición patrimonial en el tomador y su correspondiente perjuicio.

-43- Decía Suárez Montes que se produce estafa "cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada en el tomador con la promesa de pago ínsita en el cheque, sea el medio engañoso de que se sirve el librador para que aquél realice, en consecuencia, el acto dispositivo", siendo "indiferente que el acto de disposición preceda o siga temporalmente a la entrega del cheque". Y no habrá estafa "si el cheque se da en pago de

una obligación contraída con anterioridad sin engaño o para poner término a una relación existente entre el librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque". En este sentido, Sentencias de 6 de mayo de 1987 y 2 de marzo y 14 de junio de 1988. Resulta elemental que para calificar la conducta de estafa, es necesario acudir a los antecedentes del hecho de la emisión, (*) resultando a estos efectos fundamental, por ejemplo, el carácter sinalagmático del negocio subyacente "y la correlación causal entre las prestaciones de las partes" (S. de 15 de diciembre de 1988).

-44- Se ha manifestado también en este sentido la Jurisprudencia, cuya doctrina puede exponerse a través de las siguientes observaciones de la Sentencia de 21 de abril de 1989: (*) "El delito de cheque en descubierto constituye una infracción contra la seguridad del tráfico mercantil, mientras que el de estafa es un delito patrimonial o contra la propiedad, y en el primero, el perjuicio es anterior al nacimiento o dación del cheque y, por consiguiente, el impago del mismo no es la causa desencadenante del perjuicio patrimonial, aunque el tenedor legítimo vea esfumarse su fundada esperanza de cobrar un legítimo crédito, mientras que el mismo cheque, librado con finalidad defraudatoria, no se diferencia en nada del delito de estafa, siendo el engaño o resorte estimulador que vicia el consentimiento de la contraparte y la determina a realizar una prestación de ficción de solvencia que entraña el libramiento del cheque y siendo consecutivo a esa ficción el perjuicio patrimonial, el cual es asignado o generado, causalmente, por el libramiento y dación del cheque, cheque para cuyo pago carece de fondos el librador para que pueda ser atendido en el momento de su presentación y vencimiento." Así pues, el art. 528 aparece como norma principal frente al art. 563 bis b), que se presenta como norma subsidiaria, relación que expresamente reconocía la Ley en este último precepto (aunque en errónea remisión a la estafa del art. 529.1º, error subsanado por la Ley Orgánica 3/89, si bien esta Ley ya no alude exclusivamente a la estafa como norma principal, sino a cualesquiera otros delitos susceptibles de operar como tales frente al tipo del 563 bis b).

-45- En resumen, la emisión de cheque sin cobertura constituye delito de estafa en la medida en que tal comportamiento implique un engaño como apariencia de "saldo en cuenta corriente", engaño que induce a error a quien realiza el acto de disposición patrimonial. Esta caracterización del delito de estafa precisa la aclaración de dos extremos, referido el uno a la idoneidad del engaño para inducir a error y el otro a la calificación jurídico-penal que merecen los supuestos en que la entrega del cheque sin provisión de fondos es un medio artificioso más del total del engaño.

-46- En relación con el delito de estafa mediante la emisión de cheques sin cobertura, (*) la Sentencia de 10 de febrero de 1987 confirma la necesidad de que el engaño sea bastante, entendiendo por tal el que teniendo entidad suficiente para ser percibido por el sujeto pasivo, pueda producir en éste el error necesario para provocar el desplazamiento patrimonial. A este respecto, la S. 5 de julio de 1993, señala que la consideración del engaño como bastante dependerá de lo que "en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial, por lo que sólo se excluye aquél que por sus circunstancias sea incapaz de mover la voluntad de las personas destinatarias del engaño, cuya capacidad habrá de medirse en función del ambiente social y cultural en que se desarrolle su actividad".

-47- La jurisprudencia viene consignando engaño idóneo la simple entrega del cheque sin fondos aparentando saldo en cuenta corriente, siempre que tal maquinación sea la que provoca el acto de la disposición patrimonial. El punto de partida es exacto; sin embargo, no siempre su aplicación al caso concreto ha sido realizada, a nuestro juicio, con acierto. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de 2 de marzo de 1977, en que un sujeto libra varios cheques sin cobertura, que entrega a un tercero para que éste, de común acuerdo, intente hacerlos efectivos en su propia cuenta. El banco donde el tomador del cheque tiene abierta la cuenta corriente atiende los efectos e ingresa en ésta su importe sin comprobar la existencia de provisión de fondos en el banco librado. A continuación, el titular de la cuenta corriente dispone del dinero ingresado. La Audiencia condena por estafa del art. 529,1 (hoy 528) y el Tribunal Supremo confirma el fallo sin atender los argumentos del recurrente, que negaba la existencia de engaño sobre la base de que "el hecho de que tuviese en su cuenta abonados talones de otra cuenta sin fondos no supone engaño, porque los cheques se abonan en cuenta salvo buen fin, no produciéndose abono firme hasta que no se ha comprobado que son corrientes, y si los bancos hacen efectivos cheques en estas circunstancias es porque quieren conceder un crédito con esta simulación de efectivo que tienen garantizado en la seguridad de que el cuentacorrentista en descubierto repondrá fondos ante la amenaza de denuncia o querrela". Esta interesante observación del recurrente pone de relieve la inidoneidad del engaño para inducir a error al banco, por lo que reputamos no aceptable la decisión jurisprudencial de apreciar delito de estafa.

-48- (*) Con mayor motivo entendemos incorrecta la más reciente S. 21 de abril de 1989, cuando aprecia igualmente la existencia de estafa en la conducta de quien libra diversos cheques contra una cuenta corriente propia que se hallaba bloqueada en una

determinada entidad bancaria, procediendo posteriormente al ingreso de esos cheques en otra cuenta corriente de la que era titular en diferente banco, siendo atendidos los efectos por éste último y retirado su importe por el titular de la cuenta, sin comprobar la inexistencia de liquidez en la cuenta librada. La razón para nuestra disconformidad con el fallo condenatorio estriba en que en estos supuestos de identidad de titular de las cuentas resulta aún más injustificable la ausencia de toda comprobación, por lo que con mayor fuerza ha de pensarse en la existencia de préstamo encubierto por parte de la entidad bancaria posteriormente perjudicada.

-49- Un supuesto similar a los anteriores se enjuicia en la Sentencia de 21 de abril de 1977, en donde el procesado libra un talón sin fondos entregándolo a su socio para su ingreso en la cuenta corriente de ambos, de la que con posterioridad trataron de extraer el dinero, cosa que no consiguieron al ser descubierta la maniobra. Se castigó por estafa en grado de tentativa, ya que no llegó a producirse perjuicio al banco, y el recurso ante el Tribunal Supremo se basaba igualmente en la ausencia de engaño y dolo. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que los hechos "constituyen medios engañosos, con virtualidad suficiente para confundir a la persona a quien se pretende defraudar, y, por consiguiente, potencialmente idóneo para alcanzar el resultado delictivo propuesto, sin que pueda entenderse degradada su eficacia por el argumento esgrimido por la parte recurrente, de que era imposible o muy difícil que, dados los mecanismos de control del banco, los procesados hubieran alcanzado su finalidad, pues si la eficacia del engaño o la idoneidad del medio engañoso se valorase o hiciese depender de la agudeza o sagacidad del destinatario del engaño o de sus mecanismos de defensa para poder detectar aquéllos que pudiesen ser utilizados para pretender defraudarle, sería prácticamente imposible la estimación de supuestos de imperfección ejecutiva".

-50- Los argumentos esgrimidos en esta última sentencia (o en la más reciente de 2 de marzo de 1989 que expresamente manifiesta que resulta indiferente "que el engaño pudiera descubrirse con relativa facilidad por el perjudicado") no son, a nuestro juicio, atendibles. Obsérvese que, con ello, se viene a reconocer la simple mentira como elemento de la estafa, ya que el engaño, según esta línea jurisprudencial, nunca puede depender de la sagacidad del destinatario. Se olvida así aquella observación de Groizard, tantas veces repetida, en el sentido de que no hay engaño si el error procede de la estúpida credulidad del sujeto. Siguiendo la tesis jurisprudencial que comentamos, habría engaño en la mentira del mendigo, en quien exagera sus propios infortunios, etc. Por otra parte, esta posición conduciría a incriminar una enorme cantidad de mentiras sin éxito con el consiguiente

efecto de saturación de los tribunales. Por todo ello, pensamos que quien presenta un cheque sin fondos para ser ingresado en su cuenta corriente está mintiendo respecto a la existencia de provisión de fondos, pero no está realizando un comportamiento engañoso idóneo para inducir a error.

-51- Cuando la emisión de cheques sin cobertura es un medio engañoso más de la total maquinación, de modo que resulta innecesario para la calificación del hecho como delito de estafa, habrá de apreciarse concurso de delitos con el de cheque en descubierto del art. 563 bis b). Son supuestos en que el engaño de aparentar saldo en cuenta corriente no es determinante del error, subsistiendo otra maquinación engañosa susceptible de ser encuadrada en otros comportamientos típicos del art. 528, causante del aquel error.

-52- La Sentencia de 10 de junio de 1976, sin embargo, parece apartarse de este entendimiento al calificar exclusivamente como delito de estafa el supuesto en que un sujeto se hospeda en un hotel aparentando bienes; días más tarde y también días antes de abandonar el hotel, entrega como garantía del pago del hospedaje cheque que resultó en descubierto. La Sentencia advierte en sus considerandos que "muy reiteradamente se ha considerado por esta Sala que el hospedaje, si no se advierte previamente la carencia de medios para sufragar su importe, supone e implica el fingimiento de una solvencia de la que se carecía", constituyendo, por tanto, delito de estafa. Según esta tesis, la entrega posterior de un cheque en garantía de pago no era más que otro medio dentro del total engaño de la estafa, por lo que, en puridad, procedía castigar por concurso entre estafa y cheque en descubierto. Sin embargo, la sentencia aprecia exclusivamente delito de estafa.

-53- (*) Cuando la emisión de cheque sin cobertura se produce una vez perfeccionada la previa estafa, el delito del art. 563 bis b) entrará en concurso real con aquélla (S. 10 de febrero de 1987). Sin embargo, la S. 12 de junio de 1990, apreció en un supuesto similar exclusivamente delito de estafa, aunque ello impuesto por la prohibición de "reformatio in peius" (sólo se interpuso recurso por el condenado en la instancia por un delito de estafa, argumentándose en el recurso, precisamente, el que los hechos no eran constitutivos del delito del art. 528 sino del del art. 563 bis b).

-54- La S. 23 abril 1976 niega el delito de estafa si los cheques sin fondos se libran con fecha posterior con conocimiento del librado, porque éste "conocía la falta de provisión de fondos en el momento de su entrega y que en las fechas consignadas la provisión de fondos podía o no existir". (*) Por el contrario, la S. 16 de enero de 1987

considera que la postdatación del cheque sólo puede tener relevancia a los fines del art. 563 bis b), siendo, por el contrario, irrelevante a la hora de constatar la existencia de estafa, siempre y cuando la entrega del talón postdatado sirva para "aparentar una solvencia de la que (se) carece y hacer creer a quienes lo toman que su librador está dispuesto a cumplir las obligaciones que ficticiamente asume".

-55- (*) En relación al delito del art. 563 bis b) 1º, la S. de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de enero de 1994, recoge la figura del llamado "sobregiro" ("posibilidad de disponer de efectivo con cargo a una determinada cuenta corriente aun sin provisión de fondos"). Se trataba de la entrega de un talón contra una cuenta corriente que ya se hallaba en números rojos, que no fue atendido por el Banco, a pesar de que la entidad librada tenía concedido al titular de la cuenta una línea de descuento hasta un determinado importe, en virtud de la cual tenía que haber abonado el citado talón, dado que éste, unido al saldo deudor ya existente, aún no superaba en absoluto el importe máximo autorizado. El Tribunal absolvió por el referenciado delito, por cuanto el impago del cheque se produjo por exclusiva voluntad del Banco, dado que, por virtud del sobregiro, el librador del cheque confiaba en que fuera atendido.

IV

ESTAFA DE ABUSO DE CREDITO (TARJETA DE CREDITO, LINEA DE CREDITO)

-56- (*) Como reconoce la S. 15 Mar. 1994. -ponente: De Vega Ruiz-, "la utilización indebida o abusiva de las tarjetas de crédito no ha recibido en el ordenamiento jurídico penal un tratamiento específico". Ello no obstante, 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 25 de junio de 1984 entiende que para la aparición del delito, no se hace preciso un preordenado plan defraudatorio por parte del sujeto activo a la hora de solicitar la tarjeta, sin que tampoco sea preciso que en el contrato de tarjeta de crédito se oculte por aquél su verdadera solvencia. El engaño nuclear del delito de estafa cometido por medio de tarjeta de crédito, según esta sentencia, estriba en mantener la apariencia de crédito ante los establecimientos que aceptan el pago por ese medio, cuando el sujeto sabe perfectamente que el límite de ese crédito ha sido agotado, logrando así, según definición de la S. 16 de junio de 1987, "burlar las normales expectativas comerciales".

-57- (*) No obstante lo anterior, la jurisprudencia viene también reconociendo la existencia de otras modalidades de estafa cometidas a través del uso de tarjeta de crédito, como puedan ser la utilización de tarjeta ajena sustraída, fingiendo ser su titular (S. 16 de junio de 1987), la obtención de la tarjeta mediante engaño bien en cuanto a la solvencia del solicitante bien en cuanto a su misma identidad (S. 5 de octubre de 1987), etc.

-58- En este sentido, conviene transcribir literalmente uno de los considerandos de la Sentencia de 22 de noviembre de 1976, que viene a recoger toda la doctrina jurisprudencial respecto del abuso realizado con las tarjetas de crédito. "La denominada tarjeta de crédito bancaria supone la concesión, por parte de un banco a un particular, de un préstamo de numerario, con la particularidad de que no se fija exactamente la cantidad prestada, sino un límite máximo que no puede sobrepasar el prestatario, sin que las sumas en cuestión sean entregadas directamente al referido prestatario, comprometiéndose simplemente el banco a satisfacer a los vendedores el importe de las adquisiciones mobiliarias que realice el titular de la tarjeta, y que no exceda del tope o límite señalado, debiendo reembolsar, más tarde, el prestatario al banco las cantidades satisfechas por cuenta de aquél más los intereses o prestaciones complementarias convenidas, realizando el titular las adquisiciones mentadas mediante la presentación de la tarjeta y la suscripción o aceptación de las oportunas facturas, cuyo importe perciben los vendedores presentándolas al banco expedidor de la tarjeta. Su naturaleza jurídica es semejante a la de los títulos valores, pues en ella concurre la nota de incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta, desde el momento en que no todo lo convenido entre banco y titular se refleja en la tarjeta, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo, además, dichas tarjetas, personalísimas e intransferibles, estando proscrita la transmisión a tercero de las mismas y de los derechos que representan. Y como instaurada, en el mercado crediticio, una nueva forma, por lo general el ingenio de los que gustan de hallarse al margen de la ley encuentra en ella fuente y posibilidad de aplicación delictiva, de la tarjeta de crédito surgen o pueden surgir hasta tres modos diferentes de defraudación, a saber: a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo en tarjeta verdadera alteraciones que modifiquen su texto, el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello al banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trata -artículo 303, 302, números sexto y noveno, 529, número primero

y 528 del Código penal-; b) el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la misma, el cual, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolsa su importe al banco -arts. 529, número primero y 528 del Código penal-; y c) el agotamiento del crédito concedido y aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o apariencia ante comerciantes y vendedores de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendradora del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el banco, el cual, en aras de la seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha que satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado -art. 529, número primero y 528 del Código penal-, habiendo sido estudiada esta última hipótesis delictiva por la Sentencia de este Tribunal de 19 de abril de 1976, entre otras".

-59- 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 concluyente -dice Bacigalupo- del tenedor de la tarjeta en la que afirme algo falso sobre su solvencia y por lo 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".

-60- 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 art. 528 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.

-61- (*) Diferente resulta el caso de las llamadas **tarjetas de compra** en que es el propio establecimiento comercial el que las concede, previo estudio directo de la solvencia del solicitante. En estos casos, sujeto pasivo y perjudicado por la utilización abusiva o fraudulenta de la tarjeta coinciden, facilitando la calificación como estafa. La S. 5 de octubre de 1987, no duda en condenar por estafa del art. 528 C.p. a quien, "conociendo la existencia de otro cliente de los almacenes, que tenía su mismo nombre y apellido y cuyo domicilio le constaba, se hizo pasar por él" y, tras presentar su propio DNI y "como quiera que los únicos datos de los titulares de la tarjetas de crédito registrados en el ordenador de control eran el nombre, los apellidos y el domicilio del cliente", obtuvo diferentes tarjetas de compra ante la alegación de que la había perdido, realizando diferentes compras que luego no abonó.

-62- 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 art. 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 su error solamente puede ser conectado en el plano causal a un fallo de estas vías de informe, 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".

-63- (*) En parecido sentido, aunque en un supuesto de tarjeta de crédito, la S. de la Audiencia Provincial de Mallorca de 25 de septiembre de 1991, absolvió del delito de estafa por cuanto los descubiertos producidos por la utilización de la tarjeta por encima del crédito concedido tuvieron su origen en una absoluta desidia por parte del propio banco, que los permitió durante años, y de los propios cotitulares de la tarjeta, que la usaron sin control alguno durante ese tiempo.

V

LA SUPRESION DE LOS DELITOS DE CHEQUE EN DESCUBIERTO Y LETRA VACIA

1. La letra de cambio vacía

-64- (*) Como decíamos al inicio del presente artículo, el Proyecto de 1994 parece confirmar el definitivo abandono de la creación de un delito autónomo de letra de cambio vacía, opción que consideramos acertada, fundamentalmente por tres razones:

1ª La amplitud con que la jurisprudencia española ha venido aplicando el delito de estafa a la hora de reprimir el uso de las letras no comerciales, independientemente de la intención defraudatoria, de la idoneidad del embuste y del perjuicio causado. Desde este punto de vista, y para quien compartiera esta orientación jurisprudencial, la creación del delito de letra vacía no venía sino a dotar de una superfluidad perturbadora al nuevo precepto. A su vez, y para quienes nos hemos mostrado escépticos ante la opción jurisprudencial, el dotar a la misma de rango legislativo nos hacía temer la mercantilización del derecho penal, con ruptura de los principios de mínima intervención y culpabilidad.

2ª La aparición en nuestro Derecho de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, al venir a detallar y reforzar expresamente el componente cambiario de la letra, facilitando controles e instrumentos jurídicos para los intervinientes en la negociación de la misma y optando por una protección "adelantada" o preventiva frente al carácter "traumático" de la acción penal.

3ª El mantenimiento del valor de la letra no comercial como instrumento lícito de financiación frente al riesgo que el Anteproyecto de 1980 suponía para aquél, dejando de confundirse "uso lícito" con "abuso ilícito" y permaneciendo vigentes los mecanismos penales de control y castigo de éste a través de los delitos clásicos de estafa, falsedad, etc.

-65- (*) Parecen así resueltas las discusiones que provocó el Anteproyecto de 1980, inseguridad que principiaba ya en el objeto de protección del nuevo delito, al no quedar claro si éste conectaba con el buscado por el artículo 509 del Código penal belga (en el que parece latir más bien la idea de una nueva modalidad de defensa del patrimonio individual, al incluir el delito como una variante de las defraudaciones al lado de la estafa y dar cierta importancia a la figura del librado al excluir el delito su autorización para el giro y, con ello, las letras de favor) o lo hacía más bien con la propuesta del Proyecto alternativo alemán (que enfocaba el nuevo delito en la línea de proteger la letra como instrumento del tráfico económico, evitando los riesgos político-monetario y el peligro

para el patrimonio individual que produce el uso de letras vacías). En los términos en que venía redactado el nuevo delito en el Anteproyecto de 1980, la figura preconizada parecía incluirse entre los delitos contra la economía y, más concretamente, en los que atentan contra los medios de pago y crédito, por lo que ni los medios fraudulentos, ni el perjuicio (independientemente de que la punición del uso de letras de favor se supedite a que no hayan sido pagadas), ni el ánimo de lucro iban a ser elementos decisivos del delito.

-66- (*) Con la postura ahora adoptada de definitiva renuncia a la punición autónoma, consideramos se evita el riesgo criminógeno que ésta hubiera conllevado y que ha venido comprobándose respecto del delito del art. 563 bis b); a saber, la creación, a partir de la criminalización del uso de las letras no comerciales, de un instrumento de chantaje en manos de prestamistas usurarios.

-67- (*) Dicho lo anterior, aún resulta más tranquilizador el "destierro" del referido delito si tenemos en cuenta la incomprensible redacción final que se le daba en el artículo 353 del Proyecto de Código penal de 1980, en tanto se excluían del ámbito de lo punible las letras no comerciales sin firma de acepto. Así no tenía sentido ninguno el delito de letra vacía y en esta situación era preferible que la figura delictiva desapareciera.

-68- Trataré de explicarme. El descuento de letras no comerciales, letras financieras o letras de favor, es decir, de letras vacías, es un medio lícito y usual para la obtención de un crédito. Sin embargo, pueden producirse abusos. El más grave consiste en aparentar una solvencia en realidad inexistente tanto por lo que se refiere al descontante librador como al aceptante, si hubiere firmado. Podemos pensar en una apariencia de solvencia presentando facturas falsas, relación inveraz de bienes, falsificación de firmas, ocultación de una insolvencia sobrevenida a comerciante hasta entonces digno de todo crédito, etc. Pues bien, tales casos no necesitaban de nuevo tratamiento jurídico-penal, porque tales casos son perfectamente subsumibles en el delito de estafa, al cumplirse todos los requisitos de esta figura delictiva.

-69- Ahora bien, cuando el Código penal belga o el Proyecto alternativo alemán tipificaban un nuevo delito de abuso de letras financieras o no comerciales, estaban pensando en otra cosa. Se estaba pensando en la necesidad de controlar el uso de esta clase de letras, obligando a la expresa indicación al banco descontante (y, en caso de redescuento, al Banco de España) de su carácter no comercial, para poder controlar los efectos perniciosos del abuso, como son: la producción de fenómenos inflacionistas al

aumentar el volumen de dinero sin haber mayor oferta de bienes; la utilización del dinero recibido mediante el descuento, no para revalorizar las mercancías, sino para saldar deudas anteriores, abocándose a la cabalgata de letras; y los riesgos que tiene el firmante de favor de pagar el día del vencimiento el dinero que no debe, el banco tomador de buena fe de no encontrar firmantes solventes y el librador de entrar en la rueda de nuevos libramientos.

-70- Pues bien, si esto es lo que se quería evitar, debía castigarse el giro o negocio de letras no comerciales "aceptadas". Castigar el giro de las letras no comerciales sin firma de acepto carecía del menor sentido, porque, se oculte o no el carácter no comercial de la letra, el banco que descuenta sabe que lo que tiene en la mano carece del valor genuino de la letra de cambio. En efecto, el banco sabe que sólo asume obligaciones cambiarias el librador, por ser el único firmante y, por otra parte, el banco no puede negociar la letra mediante el redescuento en el Banco de España, porque el art. 178 del Código de comercio prohíbe a los bancos descontar letras sin la garantía de dos firmas de responsabilidad.

-71- Castigar a quien trata de descontar una letra no comercial no aceptada por el simple hecho de ocultar el carácter financiero de la letra, cuando el banco tiene prohibido el descuento de tales efectos y, además, cargará en el tipo de descuento el escaso valor que el documento tiene, carecía y carece de sentido. Sólo había dos alternativas: o se suprimía este inciso del precepto para darle un sentido, o se eliminaba este delito del Proyecto, como así se hizo en el de 1983 y como ahora confirma el de 1994.

2. El cheque en descubierto

-72- (*) Viniendo a reconocer una ya vieja aspiración de quienes no encontrábamos razones para el castigo de la emisión de cheques sin fondos, sin atender a su aspecto falsario o defraudatorio, en el Proyecto de 1994 desaparece el delito que el Código vigente contempla en su art. 563 bis b). La posibilidad de que el Proyecto se convierta en realidad obliga a unas breves consideraciones al efecto.

-73- Como es sabido, el delito de cheque en descubierto se incorpora al C. p. 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 quizás 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 equipararle con un grado más, a la debida en el homicidio a la vida humana".

-74- 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 ha tenido amplio eco en la Jurisprudencia que, abocada a aplicar el precepto, no ha dudado en limitar sus nocivos efectos al consagrar como único cheque digno de protección por el artículo 563 bis b), el emitido exclusivamente como medio de pago (en contra incluso de la literalidad del precepto, que habla de cheque librado "con cualquier finalidad"). Sin embargo, tal tabla de salvación o moderación no evita sin más la existencia de graves disfuncionalidades al efecto, que ya Quintano advertía ironizando 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".

-75- Entre esas disfuncionalidades, cabe señalar así que el artículo 563 bis b) está redactado de tal forma que obliga al castigo de toda emisión culpable de un cheque sin disponibilidad de fondos, independientemente del negocio jurídico subyacente, con lo que habrá que castigar conductas de emisión aun cuando respondan al pago de deudas no exigibles civilmente.

-76- 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 C. c.). Por otra parte, mientras nadie tiene obligación de aceptar un cheque como medio de pago, sí la tiene de aceptar dinero ("moneda legítima": art. 573.1º C. p.).

-77- 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 art. 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 él 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 que, calmando los fervores de Fanjul Sedeño, iba a confirmar lo precipitado de su análisis, indicando por el contrario el camino que acabaría adoptando la Jurisprudencia. Decía Cabanillas: "El cheque es, 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 al 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 acorrallar a los penalistas, es que cada uno avanza por camino distinto..., porque por formalismo delictivo entendemos todo 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 arrostremos la contundencia de un delito formal por el equívoco, a mi modo de ver, de confundir la

naturaleza del formalismo en ambos supuestos".

-78- Lo cierto es que se creó un delito tan irreflexiva y precipitadamente que no sólo ha sido inútil para los objetivos perseguidos con cierta ingenuidad, sino que, además, ha venido operando como claro factor criminógeno. Para la eficaz defensa del cheque, restableciendo la confianza en él perdida, existen medidas anteriores a las penales (*ultima 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 bancarias 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 a 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.

-79- 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".

-80- (*) Coincidentes con Bacigalupo, la desaparición del delito de cheque en descubierto que propugnan los Proyectos de 1991 y 1994 supone, a nuestro entender, un tardío pero innegable acierto.

VI

LA INTRODUCCION DE LA ESTAFA AGRAVADA MEDIANTE CHEQUE, LETRA DE CAMBIO VACIA O NEGOCIO CAMBIARIO FICTICIO.

-81- (*) Como decíamos al inicio del presente artículo, el Anteproyecto del Código penal de 1.991 y el Proyecto de 1.994, junto a la desaparición del cheque en descubierto y la renuncia a la creación del delito autónomo de letra de cambio vacía, viene a introducir, como específica modalidad agravada del delito de estafa, la utilización de cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio (art. 243.3º del Proyecto de 1.994). Sobre el significado y conveniencia de esta nueva circunstancia agravatoria, conviene realizar algunas observaciones.

-82- (*) En primer lugar, y aunque pudiera quererse ver en esta nueva circunstancia de agravación una suerte de pervivencia en la punición del cheque en descubierto, hemos de manifestar que, en nuestra opinión, la mencionada circunstancia 3ª del art. 243 del Proyecto de 1994 no impide entender definitivamente despenalizado el delito que el Código penal aún vigente tipifica en su art. 563 bis b). Y ello, por cuanto el cheque que permitirá agravar la penalidad base de la estafa, por propia definición, habrá de ser exclusivamente el cheque empleado como medio comisivo para la estafa, o, dicho de otro modo, el cheque empleado como medio engañoso para cometer la estafa, motivos todos ellos que nos hacen entender definitivamente impune el cheque sin fondos posterior a un negocio lícito, emitido precisamente como medio de pago de una obligación asumida por el sujeto pasivo sin que mediara engaño ninguno del sujeto activo.

-83- (*) Respecto al supuesto de agravación referido a la letra de cambio vacía, cabe decir exactamente lo mismo, a saber, que en todo caso será preciso que la misma sea empleada como medio engañoso que provoca el error y el consecuente desplazamiento patrimonial. Desde este punto de vista, no cabe dudar que la letra de cambio no comercial emitida con cualquier otra finalidad que no vaya dirigida a la provocación de un error

seguido de perjuicio en el sujeto pasivo, resultará atípica, sin que quepa por tanto revivir, sin más, el delito autónomo de letra de cambio vacía que se propugnaba en el Anteproyecto de 1.980.

-84- (*) Desde este mismo punto de vista, y tal y como hemos manifestado más arriba, de no existir engaño, la letra vacía carecerá, también para el Proyecto de 1994, de toda relevancia jurídico-penal.

-85- (*) Respecto al banco descontante, con la nueva estafa agravada caben también hacer las mismas consideraciones que efectuábamos anteriormente en II.2 y V. En este sentido, creemos que la línea jurisprudencial predominante apreciará delito de estafa agravada con la mera ocultación del carácter no comercial de la letra, lo que consideramos erróneo por las mismas razones anteriormente expuestas (fundamentalmente, se seguirá persiguiendo la letra no comercial lícita como medio de préstamo, sin diferenciarla de la letra vacía o meramente simulada que busca sólo el perjuicio del banco descontante o, en su caso, del particular tomador de la misma).

-86- (*) Pero aún más, la específica inclusión de la utilización de la letra vacía para la comisión de una estafa, como modalidad agravada de ésta, aún cuando sea entendida exclusivamente como letra meramente simulada, resulta a nuestro entender carente de justificación, sin que se comprenda por qué motivo resulta más grave la estafa cometida por una letra de cambio vacía que no, por ejemplo, la estafa cometida por medio de una escritura pública en la que el sujeto activo haya podido introducir cualquier mendacidad. Desde este punto de vista, la nueva modalidad de agravación no se justifica ni por la protección reforzada del tráfico jurídico ni por la consideración de la letra de cambio como instrumento jurídico que merezca mayor protección que la dispensada a otros.

-87- (*) Por otra parte, la nueva modalidad agravada sin duda planteará graves problemas en supuestos de falsificación de la letra, pudiendo derivarse un efecto divergente al buscado, al tener que castigarse, por aplicación del principio de especialidad, los nuevos supuestos de estafa cometida por cheque falso, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio, con una pena inferior a la que actualmente resultaría con la aplicación de las normas del concurso medial.

-88- (*) Todas las anteriores consideraciones han de valer igualmente respecto de la cláusula de cierre contenida en el apartado 3º del art. 243 del Proyecto de 1.994, que

contempla como circunstancia de agravación, igualmente, el empleo de un negocio cambiario ficticio como medio comisivo de la estafa, y ello con independencia de a qué quiera referirse el reformador con la denominación "negocio cambiario", pues, tras la mención del cheque y de la letra de cambio, parece que el único negocio cambiario restante sería el pagaré.

-89- (*) Por todas las razones expuestas, consideramos injustificada y errónea la introducción de ésta nueva modalidad agravada de la estafa, introducción que, por superflua y perturbadora, sin duda va a derivar en una mayor inseguridad jurídica a la hora de su aplicación por los operadores jurídicos.