

Del dolo penal y civil en la estafa

(Sent. de 20 de febrero de 1954)

JUAN DEL ROSAL

Vicerrector de la Universidad de Valladolid.
Abogado de los J. C. de Abogados de Madrid, Valladolid y otros

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho.* II. *Sentencia del Tribunal «a quo».*—
III. *Impugnación de la citada sentencia.*—IV. *Breve comentario del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

I. Supuesto de hecho

La relación circunstanciada quedó así: «Que el procesado F. F. V., que había sostenido relaciones mercantiles con el B. de V., consistentes en distintas operaciones, entre ellas, el descuento de letras de cambio producto, al parecer, de su negocio de fabricación y venta de calzado, cuyo descuento era sobre efectos creados y librados por aquél, simuló en distintas fechas comprendidas en los meses de diciembre de 1944 y enero de 1945, guiado siempre del mismo propósito e intención dolosa, una serie de operaciones, con distintos clientes de diferentes localidades, de compra por éstos de calzado fabricado por el procesado, librando las oportunas letras de cambio para el pago de aquellos suministros, que fueron presentados a descuento al B. de V., quien ante la apariencia de crédito legítimo contra los librados de las letras y guiado de la confianza que supone el haber realizado con anterioridad otras operaciones mercantiles con entera normalidad, satisfizo al procesado el importe de aquellas cambiabiles por valor de 26.706,50 pesetas, de cuya suma se apropió el mismo con ánimo de lucro, defraudando al citado B. de V. en dicha cantidad, puesto que pasadas al cobro aquellas letras no fueron satisfechas por los librados, bien por no haber realizado ninguna operación comercial con el procesado, bien por haber satisfecho con anterioridad el importe de la compra en virtud de la letra o factura pasada directamente por el propio procesado, y en 392,60 pesetas, a que han ascendido los gastos y devolución de los referidos efectos, de cuya suma total de 27.099,10 pesetas solamente se ha reintegrado el B. de V. de 54 pesetas, abonadas por un cliente del procesado, que reconoció adeudarle a él tal cantidad.»

II. Sentencia del Tribunal «a quo»

Que el Tribunal conocedor de los hechos estimó que eran constitutivos de un delito de estafa, previsto en el artículo 523, número 1 y penado en el 522, número 4 del Código penal de 1932, del que era autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancia alguna de modificación de la responsabilidad criminal, condenándole a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor y a las accesorias correspondientes, así como a la indemnización de la total cantidad de 27.099,10 pesetas.

III. Impugnación de la citada sentencia

El condenado formalizó recurso de casación al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley Rituaria Criminal, por entender, como único motivo, que se habían infringido los artículos 523, número 1, y 522, núm. 4, del mentado texto penal; en cuanto a los hechos probados, no constituyen el delito de estafa, contemplado en dichos preceptos, por cuanto si algún descubierto existe, es de apreciar que el recurrente nunca ha negado el pago de lo que se acreditara estuviese debiendo y que lo que en realidad ha pasado es que por impaciencia de la entidad acreedora que no esperó a formalizar una completa liquidación, se ha precipitado a una acción y convertido inadecuadamente un proceso que debió ostentar el carácter de civil en un procedimiento criminal.

Que el Ministerio Público se instruyó del recurso, habiendo dejado la representación del citado B. de V. transcurrir el término concedido a tales efectos, sin exponer cosa alguna, impugnando ambos el recurso en el acto de la vista.

IV. Breve comentario del fallo de la Sala Segunda del T. S.

La decisión dictada por la Sala de lo Criminal del T. S. reviste particular interés, toda vez que puntualiza en concreto las lindes entre el dolo civil y penal, utilizando unos argumentos extraídos, como no podía ser menos, de la actitud psíquica de la persona y de la naturaleza de la relación jurídica existente entrambas partes. Mejor aún: la actual decisión judicial fija en claros contornos de dónde arranca la responsabilidad criminal y la civil, con lo que dicho se está que se ve obligada a acentuar la distinta configuración de ambas imputaciones, concretadas en el modo y manera con que la persona ha perseguido una u otra finalidad, y el *conocimiento* con que transita en busca de aquélla. Veamos el primero de los «considerandos». Dice así: «Que en ningún caso engendra responsabilidad penal el mero descubierta de letras de cambio, sean procedentes de operaciones comerciales, sean las llamadas de favor, en el curso de una relación mercantil entre las entidades bancarias y sus clientes, y en las que el eventual buen fin constituye el riesgo natural de la negociación, ni tampoco engendra dicha responsabilidad criminal el hecho de que, admitidas a descuento

tales letras y pasadas al cobro, no fueron satisfechas por los librados, que evasivamente pueden manifestar no haber realizado ninguna operación comercial o haber satisfecho con anterioridad el importe de la letra.»

La tesis, pues, de contraer la discusión al ámbito puramente mercantil es bien absoluta y categórica, amparándose en la clase de relación jurídico-mercantil, excluyente de la exploración de la postura psíquica con que la persona prepara y planca estas operaciones. Y así nos dice que en el curso de una operación mercantil debe admitirse el riesgo lícito que aparezca cualquier negocio de esta clase, conceptuándolo como un «riesgo natural», sin que proyecte su sombra por fuera de la órbita estrictamente civil. Queda, pues, sentado que el simple descubierto de las cambiabiles, aunque se efectúe con la apariencia engañosa queda embebido en el denominado «riesgo natural». Obsérvese, además, que en este examen de la «relación jurídica» y de sus efectos carece, ahora, de relieve penalístico el empleo en los «hechos probados» de vocablos delatores de engaño. Concretamente usa el término «simuló». La imputación criminal queda, por tanto, recortada esencialmente por el examen que posteriormente se hará del contenido psicológico de la conducta. Aquí las márgenes de la responsabilidad civil se amplían a costa de la que pudiera ser penal, ya que prevalece como referencia valorativa la «clase» de «la relación». De una operación mercantil de tal índole no dimana responsabilidad penal.

Así, pues, la responsabilidad criminal parece indicar la argumentación empleada en el «considerando» transcrito, no surge en cuanto la relación jurídica versa sobre operaciones mercantiles, la especie de vínculo jurídico cubre, en cierto modo, la apariencia dolosa del individuo. En esta dirección, no cabe duda que prevalece en la estimación del hecho la «clase» de operación sobre la actitud psíquica guardada por el individuo. El dolo, por tanto, no traspasa las fronteras del puro negocio mercantil, en atención al enlace jurídico que media entrambos. El aspecto objetivo, en que viene tipificado el tráfico jurídico elimina, automáticamente, la evaluación de la postura del individuo con respecto a lo efectuado. Y en el peor de los casos siempre vendrá a absorber la actitud dolosa el eventual peligro que implica una operación de tal clase. La confianza —cabría decir— depositada por la entidad bancaria en su cliente, no le exime de la discriminación diligente que en cada operación debe efectuar el acreedor. En parte, está yacente esta imagen mental en el razonamiento concerniente al «peligro» y a la «operación».

Ahora bien, con ello no se satisface la pregunta respecto al carácter civil o penal de la supuesta responsabilidad, puesto que la calificación del vínculo jurídico no confiere un salvoconducto general, como para encubrir una actitud de falta de buena fe, por parte del beneficiario de la operación. Y para reforzar el primero de los argumentos, el meritado «considerando» trae a colación una segunda alegación, esta vez apoyándose en los supuestos pretextos que pudieran aducirse por los librados. De esta manera, declara a renglón seguido que tampoco brota la responsabilidad criminal porque los librados evadan el pago, y la letra quede al descubierto, ya que es posible que con ello se pretenda soslayar el efecto de una deuda con-

traída. Argumento de índole abstracta, que no concreta si efectiva y realmente en el supuesto actual tuvo o no comprobación, pues hubiere bastado con saber si al no hacer frente a la cambial, ello obedecía a que no contrayeron obligación alguna o que, por el contrario, habían ya con anterioridad realizado el pago. Extremo, de suyo, importante, ya que los «hechos probados» se limitan a decir lo siguiente: «puesto que pasadas al cobro aquellas letras no fueron satisfechas por los librados, bien por no haber realizado ninguna operación comercial con el procesado, bien por haber satisfecho con anterioridad el importe de la compra en virtud de la letra o factura».

Pero la decisión judicial necesita, para ajustarse al buen sentido jurídico y de justicia que la preside, dar cabida al planteamiento de la anterior pregunta, y de aquí que en el siguiente «considerando» se nos diga «que engendra clara y precisa responsabilidad penal el libramiento de letras que quedan impagadas, cuando, presentadas a descuento, su importe se ha percibido previamente, y no por hecho explicable o debido a tercero, sino en virtud de letra o factura pasada directamente por el procesado, pues ello significa el doble cobro de la misma deuda y, en tal sentido, el caso de antes excede el estricto límite de un descuento bancario y se enmarca en el núm. 1 del artículo 523 del Código de 1932, hoy 529 del vigente, sin que pueda ser motivo de consideración por esta Sala la condena a indemnizar la total cantidad en que se estima el perjuicio, no obstante declarar el mismo resultado primero que hubo reintegro al Banco perjudicado en una determinada suma».

Así, el presente «considerando» subraya, como debía ser, en virtud de qué actitud psíquica nace el dolo penal y, en consecuencia, la responsabilidad de esta clase. Anteriormente se declaró que el simple descubierto no produce consecuencia penal, a la vista de los naturales riesgos que entraña una operación mercantil. En una palabra, todavía rige aquí el dolo civil por cuanto no denota una actitud maliciosa, mejor aún, de marcada mala fe. Cabría hablar del llamado *dolo buene* de los romanos, comprensivo del daño producido por una mala operación, habida razón del tan repetido riesgo. Tampoco entra en liza el dolo penal porque el librado eluda el pago de la cantidad so pretexto de cualquier excusa. Hasta ahora, la valoración encaja, desde el plano subjetivo, dentro de los moldes del comportamiento civil. Sobre todo, si la exploración subjetiva se efectúa desde la cúspide de la naturaleza jurídica de la relación entre ambas partes.

La distinción entre *dolo malo* y *dolo bueno* se refiere exclusivamente al elemento intencional de este concepto. El primero, claro está, invalida el negocio jurídico; en tanto que el segundo carece de eficacia. Precisamente en atención al efecto, se dice por algunos autores que esta separación es arcaica e inoportuna en los días actuales. El entendimiento que tuvo el Derecho romano, según los especialistas, es diverso a como se ha comprendido por parte de los tratadistas. Modernamente la expresión *dolus bonus* hace alusión a todos los casos en los cuales la actitud engañatoria no acarrea la anulabilidad del negocio (1). En el supuesto actual es bien fácil co-

(1) Véase para una exposición detallada A. TRABUCCI: *Nuovo Digesto Italiano*, 1928, XVI, págs. 149-154.

legir que el «riesgo» cubre, por tanto, la consecuencia de la letra al descubierto, sin que con ello suponga que existe una *machinatio*, expresiva de un comportamiento doloso malo, tan señaladamente acusado como para valorarlo dentro de la esfera penal. En todo caso, dará cabida al *dolus malus* de carácter civil.

Pero la cosa cambia de cariz desde punto y hora que el libramiento impugnado tiene la causa de haberlo realizado ya, «en virtud de letra o factura pasada directamente por el procesado», pues entonces entra en juego el *dolo malo*, de aspecto puramente penal, ya que con esta maquinación, de origen engañoso y francamente «malicioso» se pretende obtener un doble luero, cual supone cobrar lo ya verificado. Se exige, para que no quepa duda alguna, la intervención directa, como demanda, por supuesto, del dolo, tal el criminal, que requiere un conocimiento de primera mano del luero fraudulento que desea obtener, sin que nuble tamaña postura la ignorancia o el pretexto de participación de terceras personas. El engaño queda, pues, montado sobre un aparato escénico que reviste visos de verosimilitud, cual supone utilizar el libramiento contra las personas, de las cuales la entidad bancaria no conoce si realmente tienen o no la condición de deudores. El Banco descuenta las letras amparándose en la confianza que le depara un cliente que hasta ahora realizaba normales operaciones. «El doble cobro de la misma deuda», a sabiendas del librador entraña una acción esmaltada de tintes penales a todas luces, tipificable, como señala el «considerando», dentro del artículo 523, num. 1, del derogado texto penal, hoy artículo 529 del vigente, puesto que ya cobran vida los elementos integrantes de esta figura penal, tales como, por ejemplo, «cobrar con malicioso engaño y mediante él realizar un enriquecimiento ilícito con manifiesto perjuicio para el ofendido» (S. 12 abril 1944); de modo que tanto el engaño cuanto el perjuicio aparecen claramente de la lectura de los «hechos probados» (S.S. 9 marzo 1942 y 10 febrero del mismo año), con lo que ya no puede hablarse de un incumplimiento de obligación civil, ni de causa que invalida el negocio (véase reciente sentencia, 14 enero 1953).

Este engaño traspasa, por tanto, el amplio recinto civil para caer de lleno en el área penal, por cuanto obtiene, mediante el mismo, un luero que, de no mediar, no se hubiera dado, conceptuándose en razón de ello de ilícito, con caracteres penales. Una vez más, la distinción entre *dolo penal* y *dolo civil* se verifica desde el plano de la distinta intensidad, pues resulta por demás difícil operar, en cuanto a la separación, con criterios extraídos de la norma, de la moral colectiva o de cualquiera otro aspecto. «El contenido del *dolo penal* sólo puede comprobarse si se considera el comportamiento ético-social de los varios tipos de delincuentes, y resultará tanto más evidente cuanto el legislador, en la incriminación de las figuras del delito, se haya separado de las exigencias de la conciencia colectiva que quiere penar, ante todo, los hechos que ofenden los sentimientos naturales de probidad de piedad y de honradez. En estos casos, el *dolo penal* sigue exponiendo GUARNERI— adopta actitudes de gravedad y perversidad singulares, que no pueden compararse con la *calliditas ad decipiendum, circumveniens* no-

minem adhibita del Derecho civil, siendo en esta intensidad especial en lo que parece que pueda consistir la razón justificativa de distinguir» (2).

Vieja orientación, diseñada por CARMIGNANI en la *magna o parva calliditas* del dolo malo o bueno (3), que en el fondo no es otra cosa si no la polemizada cuestión de «distinguir» el llamado «*dolo licito*—que interviene sin ser delictivo en las contrataciones usuales— del *fraude*, que es el criterio esencial del estelionato» (4). Al primero se concreta el primero de los «considerandos» cuando sienta las dos premisas, según las cuales, no generan responsabilidad criminal, ya que se trata en el peor de los casos de un engaño permitido o, al menos, que no delinea la figura del dolo penal. Ahora bien, en el segundo de los «considerandos» se perfila la *magna calliditas*, del jurista romano (5), consistente en que mediante una supuesta apariencia de crédito se cobra por dos veces la misma deuda, con lo que «el caso de autos excede el estricto límite de un descuento bancario y se enmarca» en el delito de estafa, conforme con la dirección jurisprudencial y científica (6).

Además, el presente fallo confirma la tesis ya sostenida por su ponente, en una obra penal de la que nos hemos ocupado. Decía el Magistrado de esta Sala, profesor CASTEJÓN, que en punto al debatido problema de la distinción entrambos dolos, su criterio era el siguiente: «1.º En teoría existe una afinidad intrínseca, en vez de una separación, entre lo ilícito civil y lo ilícito penal. 2.º Para el legislador, la línea divisoria se halla en la razón «política» de incriminar por la ley primitiva los ilícitos más graves (según las ideas imperantes en lo moral, lo religioso, lo social, lo público, etc.). 3.º Para el magistrado, singularmente para el magistrado de lo penal, puede afirmarse que hay delito civil cuando la responsabilidad contraída por el culpable puede ser explicada en una forma más o menos satisfactoria, dentro de la conducta lícita.

En cambio, existe delito criminal cuando el responsable no puede *ponder*, es decir, cuando interrogado no puede explicar por ningún medio factible, al menos con visos de verosimilitud, que actuó en forma que él creía correcta o, al menos, posible dentro de la licitud» (7).

Si ahora se aplica el transcrito esquema mental, se comprenderá a las claras que la conducta del recurrente era de índole penal, ya que ¿cómo explicar el libramiento de una letra pagada? ¿Qué argumento cabe emplear de frente a que por medio de su intervención directa, bien por letra o factura, se pagó lo que se quiere cobrar de nuevo? ¿No está patentizada a las

(2) V. JOSÉ GUARNERI: *Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal* Puebla México, 1952 págs. 159-160.

(3) V. G. CARMIGNANI: *Elementi di Diritto Criminale*. Milano, F. Sanvito, 1865; página 42.

(4) V. F. CARRARA: *Programa*. T. IV. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946 pág. 417.

(5) Sobre una exposición del tema, véase la obra acabada de citar de CARRARA.

(6) Véase una interesante y completa exposición en la obra de JEAN GRAVEN: *L'escroquerie en droit penal suisse*. Verlag f. R. u. G. Basel, 1947, principalmente págs. 13 y siguiente.

(7) V. FEDERICO CASTEJÓN: *Teoría de la conformidad de los Derechos penal y civil*. Ed. Bosch. Barcelona, 1949 pág. 10.

claras la conciencia de la antijuricidad de la conducta? ¿Cabe amparar tamaño actuación dentro de la influencia de un error excluyente de dolo? ¿Ni está aquí la precisa afirmación de DE MARSICO de que «cuando la representación ha impuesto a la voluntad la actitud particular que la hace dirigirse a la consecución de un cierto fin, es decir, cuando se ha convertido en intención, entonces, y sólo entonces, subsiste el dolo en todos sus elementos constitutivos»? (8).

Y también en esta ocasión, en el rescoldo de tanta polémica, el práctico, mejor, la persona que realiza un día y otro el derecho, tiene que volver al viejo criterio, que ya expusiera CARMIGNANI cuando venía a decir que la voluntad de quebrantar la ley daba la clave de la existencia del dolo penal. «Mas es lícito pensar —expone el prof. CASTEJÓN— que los Tribunales de casi todos los países, en estos casos de duda sobre lo que llamaríamos la pureza sobre la configuración del dolo, entienden que no existe intención perfecta de vulnerar la ley y que no hay responsabilidad penal» (9).

Así, adquiere confirmación plena que en última instancia, cuando se trata de entresacar de los hechos vitales situaciones penales o civiles, la valoración del juzgador tendrá que penetrar, al través del examen agudo de la prueba, en el remoto confin de la actitud interior de la persona, mediante el hilo exterior de la finalidad propuesta y claramente exteriorizada. Del *objetivismo* de la actuación manifestada al *subjetivismo* con que esmaltó el conocido comportamiento. De esta manera su acción maliciosa persigue un enriquecimiento ilícito, ofreciéndonos aquélla con el natural artificio, propio del fraude penal. La exigencia de una evaluación de los elementos fácticos en concordancia con las características demandas a la culpabilidad penal, en orden al delito de estafa, constituye uno de los problemas en los que se nos revela la compleja misión del magistrado del juicio penal, pues el examen de los «hechos» habrá de realizarse sin pérdida de la conexión que guardan con la situación personal del imputado. Con lo que de nuevo resurge en un juicio de esta naturaleza la difícil, difícilísima tarea del llamado a juzgar, particularmente en casos «límites» en los que inclinarse por uno u otro camino supone desencadenar una tramitación procesal diversa, y lo que es más grave, consecuencias jurídicas de bien distinta gravedad. Y así no podemos sustraernos a recordar aquellas líneas finales de la conocida obra de RADBRUCH, en que nos dibuja el humano perfil del juez. Decía así: «¿Pero quién podrá desconocer que la profesión jurídica engendra en sus servidores otras calidades valiosas? Todos nos hemos encontrado alguna vez con el viejo juez dotado de una mirada superior y llena de comprensión para todo lo humano, severo en sus principios, pero con una suavidad que practica silenciosa y admirablemente, imparcial ante las opiniones en lucha, y, sin embargo, no careciendo él mismo de opinión, en su incommóvil integridad. Pero también todo el mundo conoce su reverso, el ironista amable con el alma destrozada, a quien le ha faltado conseguir el firme apoyo de la alegría de la profesión. Hay profesiones que

(8) V. DE MARSICO: *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*. Napoli, 1930; página 147. Cfr. obra de GUARNERI, pág. 161.

(9) V. F. CASTEJÓN: *Supra*, pág. 11.

siempre son profesiones malogradas; pero ciertamente la Jurisprudencia no pertenece a este grupo», etc., etc. (10).

En la confluencia entre puntos de vista colegidos del precepto y la estimativa real del *facto*, se halla la línea pendular que hará caer sobre uno u otro campo la clase de responsabilidad, pues en fin de cuentas, la trayectoria marcada por la ley queda supeditada a una ponderación equilibrada del juzgador, y en cuyo juicio entran proporcionadamente elementos inferidos de la realidad cotidiana que se vive, del elemento objetivado en el derecho constituido y sentimientos políticocriminales de justicia y utilidad.

(10) V. G. RAMBRICH: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, V. Suárez, 1930 págs. 268-269.

Posteriormente el autor nos dirá en su obra póstuma *Der Innere Weg. Aufriss meines Lebens* K. F. Kochler Verlag, Stuttgart, 1931; pág. 76 en que figura humana—el viejo Dr Funk encarnaba el retrato judicial, estampado en su obra.