

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Oviedo.

Concurrencia de cheque en descubierto y estafa.

La determinación de la relación existente entre el delito de cheque en descubierto y el de estafa ofrece especial interés para la solución de los problemas que plantean los supuestos en que el cheque ha sido el medio a través del cual se articula el engaño típico del delito de estafa, con especial incidencia en los casos en que la estafa reviste, por su cuantía, solo la importancia propia de la falta (1).

Esta cuestión mereció, como es natural, la atención de la doctrina desde la primera tipificación del delito de cheque en descubierto en 1963, y aún más tras la reforma que experimentó la infracción en 1971.

La normativa atinente a ambas infracciones salida de la Reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 25 de Junio de 1983 pudiera suscitar de nuevo la cuestión, y merece por ello una reflexión.

Como es sabido, en la nueva tipificación y remodelación del delito de estafa ha desaparecido el antiguo número 1º del art. 529, que constituía el objeto de

(1) Marginamos de nuestro estudio los supuestos en que media la entrega de un cheque en el total contexto de una estafa, pero sin ser el vehículo a través del cual se articula el engaño determinante del perjuicio patrimonial. En tales casos, aún dándose un concurso de infracciones, no se plantean problemas especiales. Cfr. Suárez Montes, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1964, p. 65.

referencia de la salvedad contenida en el último párrafo del art. 563 bis b) (2). De esta suerte, conforme ha señalado algún autor, al quedar "vacía" esa referencia, "el párrafo último queda prácticamente sin contenido" (3).

Ante este hecho cabrían, en principio, dos actitudes distintas. O entender que, por tratarse de un descuido técnico, todo sigue igual que antes, y entonces habría que buscar el *correspondiente* objeto de referencia. O, por el contrario, que considerándose como inexistente dicho párrafo último del 563 bis b), queda vía libre para la entrada en juego de las normas generales que regulan el concurso de infracciones. Supuesto que se optase por la primera vía, aún pudiera surgir para algunos la duda acerca de si la "salvedad" comprende también a la falta de estafa, o si deberá limitarse al art. 528 más el conexo 529, referentes ambos a la estafa-delito. Si en cambio se optase por la segunda, quedarían manos libres para replantear con rigor si acaso no debiera darse a los supuestos de con-

(2) El art. 563 bis b) dice así: "Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pesetas:

1º. El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2º. El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3º. El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1º, de este Código".

(3) Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, 1983, p. 498, nota 5.

currencia una solución distinta de la que acogió el legislador en el texto del 71 a través del repetido párrafo último del art. 563 bis b), con la eventual posibilidad de asumir el concurso de delitos (art. 71).

Cualquiera que sea la opción por la que uno se pronuncie, la respuesta a todas las cuestiones enunciadas se halla condicionada por la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito de cheque en descubierto. La determinación precisa del interés tutelado por el art. 563 bis b), permitirá decidir si entre cheque en descubierto y estafa hay una relación de especialidad, una relación de alternatividad o un concurso de delitos.

En las líneas que siguen no pretendemos hacer un tratamiento exhaustivo de esta problemática, sino tan sólo ofrecer a grandes rasgos las líneas generales y el marco en que se mueve a nuestro juicio la cuestión.

I. NORMATIVA DE 1963

Aunque lo que a la postre interesa sea el momento actual, nos parece oportuno tomar la cuestión desde el origen mismo del precepto tipificador del cheque en descubierto.

Como es sabido el delito de cheque en descubierto emerge a nuestra legislación penal en la revisión del Código de 1963 (4).

(4) Dentro del capítulo de las defraudaciones, el art. 535 bis dispuso: "El que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente de fondos para hacerlo efectivo será castigado con la pena de arresto mayor o multa del triple al décuplo del importe de aquél.

Conforme hemos expuesto en monografía dedicada al nuevo delito en 1964 (5), el designio fundamental del nuevo precepto fue la protección penal del cheque mediante el robustecimiento de la seguridad y confianza en él como sustitutivo del dinero que permite elevarlo prácticamente a medio de pago. Pero señalamos también que su protección aparece condicionada y con importantes limitaciones. De una parte, no se previó como delito la retirada de la provisión (6), el bloqueo de los fondos y la negociación o endoso del cheque (7). De otra parte, junto a la inordinación sistemática del delito en el capítulo de las *defraudaciones*, aparecía el requisito típico de que el cheque haya sido *dado en pago*, que determinaba una *conexión material* con las infracciones contra el patrimonio y era extraño de suyo a la protección penal del cheque, ya que con ello se admitía implícitamente como penalmente lícito cualquier uso del cheque distinto del de pago lo que representaba un grave peligro para la circulación del título (8).

El hecho realizado con negligencia del librador será castigado con multa del tanto al duplo.

En ningún caso la multa será inferior a 5.000 pesetas.

Cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar, se impondrá la pena en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor con arreglo al artículo 528, en cuyo caso se aplicará ésta solamente”.

Un cierto antecedente del nuevo delito se encuentra en la Ley de 16 de Marzo de 1939, completada por la Orden Ministerial de 14 de Febrero de 1951, referente a pagos a la Hacienda mediante cheque. Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 12-14.

(5) Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 14-16 y concordantes.

(6) Nos referimos a la acordada con posterioridad al libramiento y entrega del título, pues en otro caso sí resultaba típica. Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 42-43.

(7) Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 43-45 y 38.

(8) Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 14-17 y 27-34. También en este sentido recientemente Rodríguez Mourullo, *La protección penal*

De esta suerte, el objeto de la tutela aparecía como una síntesis y simbiosis de dos bienes jurídicos distintos y heterogéneos. Junto al bien supraindividual de la seguridad y confianza en la circulación del cheque hacía acto de presencia una lesión del patrimonio, canalizada —como defraudación *sui generis* (9)— a través del requisito de que el cheque haya sido dado en pago, en los términos y con el alcance sistemático que hemos expuesto en la mencionada monografía (10). Al objeto de nuestro tema, importa retener que el perjuicio patrimonial aparece como elemento *coconstitutivo* del tipo de injusto. Con todo, dentro de ese binomio estructural, corresponde un peso prevalente al interés de la seguridad del cheque, como lo ponen de manifiesto, entre otras razones, los datos siguientes: el hecho es siempre *delito* (como infracción castigada con pena grave) aunque el perjuicio irrogado, o el importe del cheque, no supere las 500 pesetas (frontera, entonces, entre el delito y la falta en los delitos patrimoniales, entre ellos la estafa). Y esto, no sólo en la comisión dolosa (que presenta más proximidad a las genuínas defraudaciones), sino también en la culposa, al ordenarse para ésta que la pena (multa del tanto al duplo) no podrá nunca ser inferior a 5.000 pesetas (entonces pena grave, conforme al art. 28). Cosas ambas que serían inexplicables desde la sola vertiente patrimonialista. Sería igualmente incomprensible la agravación representada por el primer inciso del párrafo último del art. 535 bis, al sancionar

del cheque y de la letra de cambio, en trabajo de colaboración en el tomo *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, p. 908.

(9) Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 14, 27 y ss.

(10) Vid. Suárez Montes, *op. cit.*, especialmente pp. 16, 27 a 34 y concordantes.

el hecho por él descrito con pena más grave que la que merece como estafa, supuesto éste al que volveremos en breve.

Bajo una semejante configuración típica, dimensionada de cara a dos bienes jurídicos de la forma indicada, no andaría descaminada la solución dada por el legislador a los supuestos de concurrencia del delito de cheque en descubierto con el de estafa.

Conforme al párrafo último del artículo 535 bis, "Cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar, se impondrá la pena en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor con arreglo al art. 528, en cuyo caso se aplicará ésta solamente" (11).

Conforme nosotros hemos expuesto en la mencionada monografía —y fue aceptado por la doctrina y la jurisprudencia (12)—, se trata de un supuesto en que la *conducta típica* de libramiento sin provisión

(11) Art. 528 del Código "revisado" de 1963: "El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio será castigado:

1º. Con la pena de presidio mayor, si la defraudación excediere de 50.000 pesetas.

2º. Con la de presidio menor, excediendo de 10.000 y no pasando de 50.000 pesetas.

3º. Con la pena de arresto mayor, si la defraudación fuere superior a 500 pesetas y no excediere de 10.000.

4º. Con la de arresto mayor, si no excediere de 500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa o apropiación indebida, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida".

(12) Cfr., entre otros: Quintero Olivares, *El nuevo delito de cheque en descubierto*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972, pp. 58-59 (separata); Bajo Fernández, *Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito. Presente y futuro*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, enero-marzo, 1984, p. 516; Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 937.

queda enmarcada dentro de una más amplia conducta de estafa, siendo dentro de ella el medio engañoso que motiva el desprendimiento patrimonial y subsiguiente perjuicio (13). Cuando esto ocurra, se dan las dos infracciones, con independencia de cuál sea la solución *punitiva* que a esta concurrencia de infracciones se quiera dar. Es decir, se da en la realidad un comportamiento que es típico conforme al art. 535 bis y conforme al art. 528. Pues el hecho reproduce en lo objetivo y en lo subjetivo los tipos de injusto propios de las dos infracciones. Cosa distinta es el que, por las razones que sea —que luego se verán—, no se haya querido apreciar un concurso de delitos.

La solución que el último párrafo del 535 bis da a esta concurrencia, nos parece coherente. Y lo es porque, aunque se den las dos infracciones, una parte del contenido de injusto del delito de cheque en

(13) Sobre la distinción y deslinde entre el delito de cheque en descubierto y el delito de estafa, vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 61-63.

Nuestro supuesto tiene lugar concretamente cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada en el tomador con la promesa de pago inherente al cheque, sea el medio engañoso de que se sirve el librador para que aquél realice, en consecuencia, el acto dispositivo. Han de darse pues todos los requisitos propios del delito de estafa. El acto de libramiento y entrega de un cheque aunque se persiga con ello una finalidad defraudatoria no constituye de suyo una estafa, lo que debe de tenerse presente a efectos de la cuestión a que se refiere la nota 26 de este trabajo.

En orden a las posibles dudas que puede plantear el encuadramiento típico de la conducta a que se refiere el párrafo que estamos examinando, vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 64-66, así como la nota 1 del presente estudio.

Importa señalar que dentro de la conducta típica de estafa el acto de libramiento y entrega del cheque sin fondos desempeña el mismo papel que tenía en ella antes de la introducción en nuestro Código del delito de cheque en descubierto (*en cuanto* “apariencia de bienes, crédito...” del número 1 del art. 529).

descubierto debe quedar absorbido por el contenido de injusto de la estafa.

El ingrediente patrimonial del delito de cheque en descubierto, representado por el perjuicio de la falta de pago, coincide con el perjuicio de la estafa, consistente en la falta de contraprestación frente a la entrega de una cosa o la prestación de un servicio realizado por parte de la persona estafada. Ingrediente ése, que deberá quedar consumido en el contenido de injusto de la estafa, a fin de no castigar dos veces la misma cosa.

Con todo, siempre queda libre la dimensión del contenido de injusto atinente a la protección del cheque, cuya importancia es irreductible, como lo pone de manifiesto el inciso primero del precepto que comentamos, al ordenar una pena grave aunque el perjuicio económico que experimente el tomador estafado sea exiguo, propio de la falta, por lo que el criterio punitivo del inciso segundo de dicho párrafo (que ordena que se aplique exclusivamente la pena de la estafa y además no agravada) solo hallaría una cierta coherencia con el criterio del inciso primero sobre la base de entender que las penas del *delito* de estafa son de suyo ya suficientemente elevadas y por tanto sería escasa la repercusión que sobre ellas pudiera tener la incidencia de la punición de *aquel aspecto* del delito de cheque en descubierto (14) (15).

(14) Al margen de esta reflexión que acabamos de hacer en el texto, entiende Rodríguez Devesa, comentando la normativa del 63, que si la ley hubiera guardado silencio, esto es, si no existiera el último párrafo del art. 535 bis, las hipótesis en que la emisión del cheque es el medio para aparentar una solvencia o un crédito del que se carece y causar así un perjuicio patrimonial determinando un acto dispositivo a favor del sujeto, hubieran quedado sujetas a las reglas generales del concurso de delitos: cheque en descubierto como medio para cometer una estafa (*Derecho penal Español*, Parte especial, 1969, p. 460).

Ahora bien, aunque no se admita el concurso de delitos, una cosa está fuera de duda. Habida cuenta de la *dualidad*, aunque sea parcial, de bienes jurídicos, la relación entre los tipos del delito de estafa y el delito de cheque en descubierto no es una relación de especialidad, sino cuando menos una relación de alternatividad.

Sobre la base de esa diferencia *conceptual-material* o *axiológica* es sobre la que se proyecta la norma resolutive en el orden *punitivo* del último párrafo del 535 bis. Con otras palabras: se parte de que cuando se da el supuesto de hecho a que se refiere el párrafo último del 535 bis (“cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar”), se da el tipo de injusto de la estafa y también el tipo de injusto del delito de cheque en descubierto. Y sobre esa base, la concurrencia se resuelve a *efectos de penalidad* de forma distinta según que se trate del supuesto del inciso primero o del segundo, separando dos supuestos de la estafa subyacente: si la pena correspondiente a la estafa hubiera de ser igual o inferior a la que merece el concepto de cheque en descubierto, se aplicará esta última, sólo, en el grado máximo (inciso primero); si, en cambio, hubiera de ser superior, entonces se aplica la de la estafa solamente, sin agravación (inciso segundo). Se aplica, pues, el principio de alternatividad (art. 68), si bien con reflejos del concurso en el primer supuesto (16).

Una cosa queda, pues, en todo caso clara: si no concurso, al menos alternatividad (17).

(15) Sobre las diversas cuestiones que plantea la exégesis del último párrafo del art. 535 bis, vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 64-70.

(16) Con detalle sobre esta cuestión Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

(17) Acerca de la *calificación técnica* que corresponde en uno y otro supuesto, vid. Suárez Montes, *op. cit.*, pp. 68-70.

II. NORMATIVA INTRODUCIDA EN LA REFORMA DE 1971

La remodelación que el delito de cheque en descubierto experimenta por la Ley de 15 de Noviembre de 1971 ha sido de gran alcance.

Se perfila con nitidez como único bien jurídico protegido la seguridad y confianza en el cheque, a la vez que se superan las limitaciones inherentes a la normativa anterior, señaladas.

La ansiada intensificación de la tutela penal se articula en el nuevo texto (18) a base de los siguientes momentos: por un lado, se extiende el tipo a la retirada de los fondos y a la negociación del cheque a sabiendas de la falta de cobertura; de otra parte, se prescinde del requisito de que el cheque haya sido dado en pago, resultando indiferente la finalidad con que se ha entregado ("con cualquier finalidad" dice el texto legal); y, más allá de eso, aún cabría añadir la protección que podríamos llamar "in extremis" (19), representada por el ofrecimiento de impunidad a quien pague dentro de los cinco días siguientes al de la presentación al cobro. Coherentemente, a la infracción se le extrae del capítulo de las defraudaciones, siendo llevada a un capítulo nuevo al final del título XIII por no haber en la estructura del Código mejor acomodo sistemático para ella (20).

(18) Art. 563 bis b) (véase en la nota 2).

(19) Contrariamente a lo que opina Quintero Olivares, entendemos con Rodríguez Mourullo que la excusa en cuestión no tiene por qué ser interpretada como expresión de una conexión del delito con las infracciones patrimoniales, sino que puede muy bien ser entendida en el sentido que se expresa en el texto.

(20) El Proyecto de Código Penal de 1980 ubicaba la infracción dentro de un título nuevo de delitos contra el orden socioeconómico bajo la rúbrica "De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito".

Sobre esta nueva base legislativa, no puede caber la menor duda de que el bien jurídico protegido es la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque en el ámbito del tráfico mercantil, como bien de naturaleza supraindividual, lo cual, obviamente, como ha señalado Rodríguez Mourullo, no quiere decir que de forma mediata o refleja no resulte también protegido, en su caso, el patrimonio del tomador (21). El sujeto pasivo del delito es la sociedad, o el Estado si se prefiere, y perjudicado el tomador que experimenta el perjuicio inherente a la falta de pago inmediato con las consecuencias consiguientes.

Esta nueva situación normativa pudiera inducir a pensar en un posible cambio de criterio resolutorio de la concurrencia del delito de cheque en descubierto con el de estafa. La diversidad del objeto jurídico protegido por una y otra infracción, permitiría un replanteamiento de la cuestión, en el sentido de que estaría más justificado que antes la posible apreciación de un concurso de delitos.

Eliminada la conexión material del delito de cheque en descubierto con los delitos contra la propiedad, habría desaparecido el obstáculo que a esa solución presentaba la normativa del 73, ya examinado. Pues si bien es cierto que el perjuicio del tomador del cheque "vacío" se solapa y coincide con el perjuicio que experimenta el sujeto pasivo del delito de estafa, tal coincidencia carece de relevancia a los efectos de la presente cuestión. Sí, ciertamente, es admisible que el perjuicio causado (desde la perspectiva del delito de cheque en descubierto) al tomador del mismo coincide —o, mejor, puede coincidir— con el perjuicio de la estafa y por tanto entenderse que queda

(21) Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 909.

absorbido por el delito de estafa. Pero lo que no puede captar ésta es el contenido de injusto típico del delito de cheque en descubierto (de naturaleza distinta, y cuyo titular, la sociedad, es también distinto del sujeto pasivo de la estafa). En otros términos: desde la señalada *dualidad y heterogeneidad* de los bienes jurídicos protegidos por una y otra infracción, no tiene sentido que el contenido de injusto del delito de estafa absorba al contenido de injusto del delito de cheque en descubierto, por más que haya coincidencia del sujeto pasivo del primero con el perjudicado del segundo (22). Falta una zona de contacto *relevante* entre ambos tipos penales.

En base a ello, la *compatibilidad axiológica* del concurso de delitos está a nuestro juicio fuera de dudas. Y esto es preciso no perderlo de vista, a fin de evitar equívocos que derivan de la falta de clarificación de las cuestiones en la sede correspondiente. Conviene dejar sentado ya ahora, aunque luego volveremos sobre ello, que no se puede admitir sin más la ya tan extendida contraposición o dicotomía según la cual el cheque con finalidad defraudatoria pertenecería siempre al reino de la estafa, mientras que el cheque sin finalidad defraudatoria integraría el dominio del delito de cheque en descubierto, confusión a la que ha contribuido la exposición del preámbulo de la Ley de septiembre del 71 y la fórmula un tanto defectuosa adoptada para la solución de la concurrencia de ambas infracciones en un mismo hecho.

Pese a esa situación normativa más propicia al concurso de delitos, el legislador del 71 ha resuelto de

(22) En el supuesto de referencia se produce, junto al perjuicio, la frustración de la confianza institucional en el cheque por parte del tomador, aún sin considerar la posibilidad de que el cheque ineficaz sea endosado ulteriormente, de buena o mala fe, por parte del tomador.

modo distinto, al prescribir en el párrafo último del art. 563 bis b) que "lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1º, de este Código".

Excluida la apreciación de un concurso de delitos, ¿cuál es la situación resultante de esa disposición?, ¿cuál es el sentido y alcance de esa "salvedad"?

A nuestro juicio la situación es la misma de antes, con la única diferencia de que se ha suprimido la agravación de la pena del cheque en descubierto que prescribía el inciso primero del párrafo último del derogado art. 535 bis, de que se ha hecho mención anteriormente.

Reconocida la dualidad y heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos, y excluida *ex ope legis* la apreciación del concurso, la relación existente entre el delito de estafa y el de cheque en descubierto no puede ser otra que la de alternatividad.

En base a ello se podrá resolver sin dificultad el supuesto en que el cheque es empleado como medio engañoso para cometer una *falta* de estafa. Tendrá prioridad aplicativa el 563 bis b), por imponer mayor sanción (23).

No es obstáculo a esta solución ni la exposición de motivos de la ley de reforma de 1971, ni la deficiente redacción técnica por ella dada al párrafo último del nuevo art. 563 bis b). No lo es aquélla, porque, como bien ha observado Rodríguez Devesa, "La aseveración de que todo cheque o talón emitido con finalidad defraudatoria está excluido del art. 563 bis b), núm. 1º, que se repite en los materiales y en el preámbulo de la Ley, es inexacta. Al hablar de "cual-

(23) La solución es materialmente la misma que en el texto legal anterior. Cfr. Suárez Montes, *op. cit.*, p. 67 en relación con p. 61.

quier finalidad" se comprende gramaticalmente la "finalidad defraudatoria", y si el desplazamiento patrimonial que mediante este engaño se propone causar el sujeto no excede de 30.000 pesetas, esto es, si los hechos hubieran merecido en su caso la calificación de una falta del art. 587, núm. 3^o (falta de estafa), habrá que aplicar el art. 563 bis b), número 1^o (24). Y tampoco lo es el párrafo último del art. 563 bis b), porque, como es obvio y han señalado ya varios autores, el objeto de la "salvedad" lo constituye el art. 529, núm. 1^o, esto es, el *delito* de estafa (25).

Por todo ello, no puede admitirse la opinión que da por sentada sin más la premisa de que el cheque librado con finalidad defraudatoria tiene que ir siempre a la estafa, no pudiendo llevarse nunca al 563 bis b) (26). Esta dicotomía carece a nuestro juicio

(24) Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1983, p. 505. En igual sentido Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 938. Por la prioridad aplicativa del 563 bis b), también Cuello-Camargo, *Derecho Penal*, II, 1975, p. 1017.

(25) Así: Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 61: "Rigurosamente la Ley se refiere al caso en que pudiera ser aplicado el artículo 529-1^o, y ningún otro más. Si mediante el cheque en descubierto se ha defraudado a otro en cantidad inferior a las 2.500 pesetas, no puede ser incluido el hecho en el artículo 529-1^o en relación con el 528 por la sencilla razón de que tal conducta no está incluida en dichos preceptos."; Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, 1983, p. 500; Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 938.

(26) Así Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 1985, pp. 274-275. Entiende Muñoz Conde que "si algún valor tiene la mención expresa del "aparentando ... saldo en cuenta corriente" en el art. 529,1^o, éste no puede ser otro que el de excluir del art. 563 bis b) toda emisión de cheques en descubierto con finalidad defraudatoria". Esta argumentación no parece convincente. El objeto de referencia de la "salvedad" era en el Código del 63 el art. 528, que era el que determinaba las penas en el delito de estafa en función de sus diversas cuantías, pero su encabezamiento (el que defraudare a otro en la "sustancia, cantidad o calidad") no era

de asiento técnico legal. La alternativa es cheque-estafa en relación de alternatividad (ya que no en concurso), no cheque con finalidad defraudatoria-cheque sin finalidad defraudatoria.

obviamente muy afortunado para tomarlo como *modalidad* defraudatoria objeto de referencia de dicha salvedad, por lo cual con buen criterio el artículo objeto de la referencia a partir del 71 será aquel artículo del *delito* de estafa que recoge modalidades similares a la articulada a través de un cheque, que son las del art. 529. Y sobre esta base, aunque era innecesario porque caía bajo el genérico concepto de "aparentar bienes o crédito", se explicitó el supuesto de engaño mencionando expresamente el aparentar saldo en cuenta corriente (que, dicho sea de paso, comprende muchos más supuestos que el de libramiento sin provisión, como es falseando un cheque, librando sobre cuenta ajena o imaginaria, actos éstos que no son típicos conforme al art. 563 bis b). Pero sigue en pie la exigencia, expuesta anteriormente en el texto, de que se trate de un *delito*, que es el único al que se pueden aplicar "las penas del artículo anterior" (según las diferentes cuantías).

Es decir, la explicitación del objeto de referencia de la "salvedad" si-gue moviéndose dentro del marco del *delito* de estafa. Y esa es la situación legal real, conforme se ha examinado en el texto. Esto sentado, el ir más allá de eso, supone dar un salto dialéctico cualitativo, para el que no solo no hay base sino que significa atribuir al legislador el absurdo de querer castigar con pena más grave el cheque sin finalidad defraudatoria que el que tiene esa finalidad, castigando así más gravemente el hecho menos grave (ya destacado por Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 61; Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 501 nota 11; Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 938). Y, claro está, si tal hubiera sido la voluntad del legislador, tendría que haber empleado para expresarla una fórmula bien distinta de la constituida por el binomio 529-1º-563 bis b) último párrafo. Podría, o mencionar expresamente junto al 529-1º el 587-3º, o emplear alguna otra fórmula comprensiva de la estafa en su globalidad. Pero adviértase que aunque se hubiera hecho esto, no por ello se habría eliminado la injusticia mencionada. Esta no desaparecerá mientras para el delito del artículo 563 bis b) siga siendo indiferente la cuantía o importe del cheque. Aquella injusticia solo desaparecería sobre la base de que el delito de cheque en descubierto reconociera una modalidad de delito y otra de falta, o una equivalente diversificación de las penas en función de las cuantías.

Pero nada más lejos de la intención del legislador que eso. El delito nació de aquella forma, y así sigue, lo cual es lógico si se tiene en cuenta

Así lo ha entendido *de facto* también la jurisprudencia. Se han pronunciado, entre otras, en el sentido expuesto, la sentencia de 11 de septiembre de 1975 de la Audiencia de Pontevedra, la de 11 de mayo de 1979 de la Audiencia de Cádiz, y la de 29 de enero de 1982 de la Audiencia de Salamanca (Cfr. *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1975, 1979 y 1982). Se trataba en todos estos casos de una *falta* de estafa cometida mediante cheque sin fondos, y en todas ellas se rechaza la calificación de falta de estafa (art. 587-3º) para dar paso al delito de cheque en descubierto (art. 563 bis b)) por virtud del art. 68 del Código penal. Si en vez de falta hay *delito* de estafa, la cuestión no ofrece problemas de *aplicación* a los Tribunales, dada la prioridad prescrita por el último párrafo del art. 563 bis b) en favor del 529-1º. Cosa distinta es lo que ocurre en el orden *conceptual*, cuyo análisis merecería un estudio por separado.

Antes de terminar estas reflexiones sobre la normativa salida de la reforma de 1971, queremos expresar nuestra opinión de que la solución del rechazo del concurso de delitos impuesta por el párrafo último del art. 563 bis b) no parece razonable.

la clase de interés que tutela. E incluso se ha rubricado y fortalecido ese criterio con ocasión de la ampliación al delito de cheque en descubierto del número de infracciones en que la reincidencia originaba la conocida transformación de la falta en delito (arts. 514-4º en relación con el 587-1º; art. 528-4º en relación con 587-3º). De estos artículos se desprende que solo hay delito, no falta, de cheque en descubierto. La ampliación a esta infracción se introdujo el año 1969 y fue respetada por la reforma del 71 que remodeló este delito.

Por lo demás, este argumento después de la Reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, decae al dejar de hacerse "mención" al engaño consistente en "aparentar saldo en cuenta corriente". Y téngase en cuenta también lo que se dice en la nota 13 del presente trabajo.

Una cosa es que uno pueda estar en desacuerdo con la criminalización del libramiento de cheque irregular, por entender que el acto no posee el contenido de desvalor ético-social necesario para que aparezca como acto socialmente intolerable, y que consiguientemente se abogue por la desincriminación de esta infracción siguiendo el principio de intervención mínima y el sentido de la pena como *última ratio* —cuestión ésta de política criminal en la que no vamos a entrar aquí—, y otra el que, admitido el carácter punible del hecho como sucede en nuestra legislación, no sea uno consecuente con la *dualidad* ofensiva de aquellas conductas en que el cheque en descubierto ha sido el vehículo elegido para cometer una estafa. Una tal coherencia falta en nuestro Código. Y ello tanto cuando el perjuicio causado al estado es el propio de la *falta* como cuando es el propio del *delito* de estafa: en el primer caso porque se prescinde del perjuicio patrimonial, y en el segundo porque se olvida la seguridad del tráfico. Alguna clase de agravación parecería obligado. La aplicación aquí del principio de alternatividad, conforme al art. 68, no es suficiente; y, a falta de una previsión agravatoria específica, quizá sería oportuno recurrir al art. 71, que regula el concurso ideal de delitos con un sentido liberal bien conocido (27). Esta reflexión parece más obligada aún de cara a la benignidad de las penas de la estafa introducida por la Reforma urgente y parcial del Código de 1983.

De lo dicho no debe deducirse proclividad alguna al mantenimiento del delito; queremos tan solo seña-

(27) En sentido crítico, también: Quintero Olivares, *op. cit.*, pp. 61-62; Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, p. 938 respecto del supuesto de falta de estafa.

lar la incoherencia del legislador, que parece no tener fe en aquello que dice querer defender.

III. SITUACION TRAS LA REFORMA URGENTE Y PARCIAL DE 1983

Tras la reforma del 83, el actual art. 529-1º no puede ser, por razones obvias, objeto de referencia de la "salvedad" del párrafo último del art. 563 bis b).

¿En qué situación legal queda entonces la concurrencia de cheque en descubierto con estafa?

En principio, caben respuestas distintas.

Si se entiende que, al quedar "vacía" la referencia, el párrafo último queda prácticamente *sin contenido* (28), quedaría vía libre para replantear con rigor la solución pertinente en los casos en que concurren ambas infracciones, no descartando la posibilidad de que sea apreciado un concurso de delitos. En apoyo de esta actitud no sólo vendrían los motivos de crítica a la normativa surgida de la reforma del 71, ya señalados, sino también el dato, importante, de la benignidad —acaso excesiva— de las penas del delito de estafa traída por la reforma del 83, en contraste con las severas penas de la normativa anterior. Salvo que concurren determinadas circunstancias especiales, la pena del delito de estafa, aunque sea de importe cuantioso, se castiga ahora con arresto mayor, que es la misma pena privativa de libertad que se establece para el delito de cheque en descubierto por el art. 563 bis b). Ante esta situación, la relación

(28) Así lo entiende Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, 1983, p. 498 nota 5, si bien no se plantea la cuestión que nos ocupa.

de alternatividad no da respaldo suficiente a la protección de los dos bienes jurídicos lesionados en los casos de estafa cometida mediante cheque en descubierto.

Pero, frente a este entendimiento, cabe también otra posibilidad exegética.

Cabe, en efecto, entender que, por tratarse de un descuido técnico de coordinación de preceptos, el *valor* de la remisión sigue en pie. Sobre esa base, el sentido y alcance del último párrafo del art. 563 bis b) sería el mismo de antes: por un lado, rechazo del concurso, y por otro, el mismo objeto de referencia de la "salvedad".

Sobre esa base de que el descuido legislativo no invalida el criterio legal que explicita el último párrafo del 563 bis b), solo quedaría por determinar, de cara a la nueva tipificación y remodelación del delito de estafa, el correspondiente objeto de la equivalencia (el "caso"). Este tendrá que ser el *delito* de estafa tipificado y sancionado en los artículos 528 y 529. Es de señalar que en estos dos artículos, que constituyen la nueva regulación del delito de estafa, desaparece toda mención a los diversos medios o modos de engaño que se pueden emplear, incluido por tanto el consistente en "aparentar ... saldo en cuenta corriente", en el que entraba el libramiento de un cheque empleado como medio del engaño en la articulación de una conducta típica de estafa (29).

(29) Con ello desaparece la base en que se apoya el argumento formulado por Muñoz Conde en favor de la comprensión de la *falta* de estafa en el objeto de la "salvedad" del repetido párrafo último del art. 563 bis b), que hemos recogido y valorado en la nota 26 del presente trabajo.

Y de esta forma también decae la aparente base en que se apoyaba la pretendida dicotomía: cheque con finalidad defraudatoria-estafa;

Frente a la descrita alternativa exegética, el Tribunal Supremo ya ha tomado posición. Se pronuncia por la última solución. Así lo hizo en sus Sentencias de 18 de octubre y 5 de noviembre de 1983, y 24 de enero de 1986. Y considera como objeto de referencia de la "salvedad" los artículos 528 y 529.

cheque sin finalidad defraudatoria-delito de cheque en descubierto (art. 563 bis b)). Ahora resulta más evidente que entre cheque y estafa no puede haber otra relación que la de alternatividad, o el concurso de delitos.