

SECCIÓN DOCTRINAL

Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995 (*)

RODRIGO FABIO SUÁREZ.MONTES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

Como es sabido, por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha sido aprobado para España un nuevo Código Penal. Pero no creo que sea éste precisamente el Código que España necesitaba. Era posible, a no dudarlo, otro mejor.

El objeto de nuestro estudio es una cuestión muy concreta, que enseguida desvelaré. Pero antes debo decir dos palabras que justifiquen aquella severa afirmación.

A mi juicio, no cabe duda de que nuestro país necesitaba de una profunda renovación de sus Leyes penales. El Código Penal viejo —hoy aún vigente debido a la *vacatio* de seis meses para la entrada en vigor del nuevo— data, en su sistema y definiciones, de mediados del siglo pasado, y aunque es cierto que se le han ido introduciendo numerosas reformas parciales sucesivas hasta nuestros días, no lo es menos que en la actualidad resultaba ya en gran medida un Cuerpo anticuado y desfasado en múltiples aspectos.

La Constitución española de 1978 pedía un Cuerpo de Derecho Penal de nueva planta, que responda a las nuevas condiciones sociopolíticas y económicas, a los modernos avances de la Política Criminal y la Criminología, así como a la renovación de valores que ha ido experimentando la sociedad española.

(*) El presente artículo es una adaptación al nuevo Código Penal, recientemente aprobado, de mi trabajo de colaboración en «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez» titulado *Estafa mediante cheque en el Proyecto de Código Penal de 1994*. Aunque los preceptos objeto de estudio mantienen el mismo contenido por no haber experimentado modificación a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto, sí ha cambiado la numeración de los artículos en cuestión, lo que hacía necesario un retoque de adaptación.

Pero está fuera de toda duda también que la elaboración de un Código penal es obra extraordinariamente compleja, que, conforme ha señalado el Prof. Luzón Peña, «no sólo requiere que estén bien trazadas sus líneas maestras políticocriminales, sino que estén bien estudiados y cuidados sus innumerables detalles técnicos, lo cual es especialmente prolijo y difícil de dominar en la parte especial» (1). Se requiere largo tiempo de estudios preparatorios, y de consultas a las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y otras Corporaciones e Instituciones que puedan contribuir a la fijación de objetivos y señalamiento de medios. Y, al mismo tiempo, deberá ser elaborado por una Gran Comisión de expertos teóricos y prácticos, amplia y plural, desde el punto de vista científico e ideológico, sin olvidar la intervención de la Comisión General de Codificación. Sólo esto garantiza que sea una verdadera tarea de Estado, como tiene que ser, la elaboración de un Código penal, reto legislativo de la mayor envergadura para la democracia.

Pues bien, estas reglas de procedimiento no han sido observadas en la obra prelegislativa y legislativa producida en España a lo largo de los últimos trece años. No se han observado en la preparación de la llamada Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, ni en la elaboración de los Proyectos de Código penal de 1992 y de 1994, como tampoco en las múltiples reformas introducidas en nuestro Código durante ese período, algunas de gran importancia y calado como fueron, entre otras, la operada por la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, la de despenalización parcial del aborto, y la llamada Ley de Actualización del Código penal, de 21 de junio de 1989. Por ello, el Proyecto de 1994 (2), que desembocó en el nuevo Código Penal, ni por su procedimiento de elaboración ni por sus contenidos, puede pretender ser el Código Penal de la democracia. España necesita y merece más consideración democrática que la otorgada gubernamentalmente (3).

Siendo éste el panorama en que se ha movido la Reforma penal en España, no puede extrañar que haya faltado una política criminal definida. Es más, un análisis comparativo de los mencionados Proyectos entre sí y con las reformas habidas durante dicha etapa, ponen de manifiesto que durante ese tiempo, lejos de haber existido objetivos claros, se ha ido dando tumbos en un vaivén incesante de alternativas contradictorias.

(1) LUZÓN PEÑA, *El Anteproyecto de Código Penal de 1991: Observaciones de urgencia*, en *Jueces para la democracia* 144 (33/1991), p. 61.

(2) *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Congreso de los Diputados, de 26 de septiembre de 1994.

(3) Sobre el procedimiento de elaboración del Proyecto de Código Penal de 1992, vid. SUÁREZ MONTES, *La fallida Reforma penal en España*, en el volumen colectivo *Ciencias Humanas y Sociedad: La Fundación Oriol-Urquijo (1953-1993)*, pp. 513 ss. La elaboración del Proyecto de 1994 no le ha desmerecido en opacidad y secretismo.

Nosotros hemos puesto de manifiesto en un reciente estudio un cúmulo de ellas de carácter fundamental, tanto en el terreno de los principios de la teoría del delito y sus consecuencias, como en varios de los delitos en particular (4).

En el presente estudio nos proponemos extender nuestro análisis crítico del nuevo Código Penal a un punto más. Vamos a analizar una figura delictiva que aparece *ex novo* en el texto legal que nos ocupa. Me refiero a la modalidad agravada de estafa contenida en el artículo 250.1.3.º, esto es, la que tiene lugar «cuando la estafa se realice mediante cheque». Se ordena para ella un severísimo trato penal, el cual, a nuestro juicio, y dicho sea adelantando conclusiones, no sólo es injusto, sino que encierra a la vez una grave quiebra de coherencia axiológico-punitiva intrasistemática dentro del nuevo Código. Veamos.

I

El Código penal de 1995 corrige drásticamente la benignidad punitiva que impregna la regulación del Código anterior en el sector de los delitos patrimoniales, entre ellos en particular los de hurto, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida y estafa.

Según es sabido, la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983 llevó a cabo una amplia modificación de la regulación legal de esta materia. La «filosofía» *minusvalorativa* de los bienes de signo patrimonial que inspiró dicha reforma se tradujo en una excesiva benevolencia punitiva en este sector, que no halla paralelo en la legislación comparada. Conforme a la regulación introducida por dicha reforma de 1983, el tipo básico del delito de estafa, aunque se trate de una estafa multimillonaria, se castiga con la suave pena de arresto mayor, pena cuya duración oscila, como es sabido, entre un mes y un día y seis meses. La aplicación de una pena superior es sólo posible cuando concurren determinadas circunstancias cualificativas especiales (dos de ellas o una muy cualificada) (5).

Esta extrema benignidad punitiva y la situación práctica a que condujo, de sobra conocida, ha sido objeto de crítica general.

(4) Vid. SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 517-527.

(5) Por su relevancia para nuestro tema, transcribimos los artículos 528 y 529 del Código Penal viejo.

Art. 528: «Comenten estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias 1.ª o 7.ª con la 8.ª, la pena será de prisión mayor.

Si concurre sólo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo».

Frente a ello, afortunadamente, el Código Penal de 1995 reacciona, y rectifica, viniendo a representar la reforma de la reforma, conforme hemos expuesto en otro estudio (6).

Efectivamente. El sentido agravatorio tiene lugar tanto en el tipo básico de la estafa como en las figuras agravadas o cualificadas de la misma.

Para el tipo básico se ordena, conforme al art. 249 del nuevo Código, la pena de prisión de seis meses a cuatro años, mucho más grave que el arresto mayor del Código penal anterior. Y para los tipos agravados, diseñados en el art. 250 del mismo, se prescribe la pena de prisión de uno a seis años más una pena de multa de seis a doce meses (7). También esta penalidad de las modalidades agravadas es notablemente superior a la que para las mismas prescribe el Código penal viejo (8), y ello por va-

Art. 529: «Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

1.^a Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.^a Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.

3.^a Cuando se realice con abuso de firma en blanco.

4.^a Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.^a Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

6.^a Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnias que a éstos corresponda.

7.^a Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.

8.^a Cuando afecte a múltiples perjudicados».

(6) SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 513-527.

(7) Los arts. 249 y 250 del Código Penal de 1995 disponen lo siguiente:

Art. 249: «Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de cincuenta mil pesetas. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción».

Art. 250: «1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

3.º Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.

4.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

5.º Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

7.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

2. Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».

(8) Cfr. nota 5 de este trabajo.

rias razones. En primer lugar, porque el límite mínimo de la privación de libertad, en vez de seis meses, es de un año. En segundo lugar, porque aunque el límite máximo de privación de libertad sea el mismo en una regulación que en la otra, a saber, seis años, hay que advertir que tal límite lo mantiene el nuevo Código a pesar de su criterio general de reducir la duración de las penas en los diversos ámbitos delictivos, constituyendo así el patrimonial una excepción a tal criterio reductor, a lo cual aún hay que añadir que en el Código nuevo —a diferencia del viejo— las penas típicas pretenden ser reales por no poder experimentar la significativa disminución inherente a la redención de penas por el trabajo, que el nuevo Código suprime. En tercer lugar, porque junto con la pena privativa de libertad se ordena una pena de multa, de cuantía nada desdeñable. En cuarto lugar porque, en el ámbito de los tipos agravados, en el Código viejo la concurrencia de *una sola* de las circunstancias configuradoras de tales tipos no determina más efecto que el de que se aplique el grado máximo de la pena del *tipo básico*, esto es, el grado máximo de la pena de arresto mayor (cuatro meses y un día a seis meses), siendo necesaria la concurrencia de dos o más de ellas, o una muy cualificada, para que proceda imponer la pena de prisión menor (9). Por el contrario, en el Código nuevo basta una sola de tales circunstancias agravatorias para que se produzca el salto punitivo, debiendo aplicarse la prisión de uno a seis años, más la susodicha multa (10).

Todo ello configura un rostro adusto que evoca el recuerdo de la ley del péndulo, moviéndose por el ámbito de los delitos patrimoniales (11).

II

Los referidos tipos agravados de estafa que presenta el nuevo Código en su artículo 250 proceden básicamente en su mayoría de la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 1983, y son mantenidos por la Ley de Actualización del Código Penal de 1989. Algunos de ellos son sometidos por el nuevo Código a una cierta reestructuración —que por cierto dará lugar a difíciles problemas de concurrencia con algún otro precepto general de la estafa, así como con otras infracciones diversas, que no es del caso examinar aquí— (12) y retoques, todos en sentido amplificador del ámbito de las cualificaciones en este delito.

Pero hay también otros que son completamente nuevos. Entre éstos se encuentra uno que nos ha llamado poderosamente la atención, y al cual vamos a dedicar el presente estudio.

(9) *Vid.* regulación en nota 5.

(10) *Vid.* regulación en nota 7.

(11) *Vid.* SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 524-525.

(12) Así, alguno de los supuestos previstos en 1.4.º en relación con el delito de falsedades, o el 1.6.º en relación con el art. 249, por señalar algún ejemplo.

Nos referimos al que tiene lugar «cuando [la estafa] se realice mediante cheque» (art. 250,1.3.º) (13).

III

La primera observación que a nuestro juicio se debe hacer a este nuevo precepto es que favorece poco las exigencias de concreción y certeza derivadas del principio de legalidad, que postulan la descripción de la materia prohibida de forma tal que no puedan caber dudas sobre el ámbito de operatividad de las disposiciones.

Queremos creer que, con toda probabilidad, los autores del nuevo Código quisieron referirse sólo al cheque sin fondos, es decir, a los supuestos en que se emplea la emisión y entrega de un *cheque sin fondos* como medio a través del cual se articula el engaño típico del delito de estafa (14).

Creemos eso teniendo en cuenta el total contexto en que la presente cuestión se mueve. De una parte, la asimilación a la «estafa mediante cheque» de la «estafa mediante pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio» (que son otros tantos supuestos nuevos más de estafas agravadas, a tenor del propio art. 250,1.3.º). Y de otro lado, la coetánea supresión en el Código nuevo del delito de cheque en descubierto (art. 563 bis b del Código anterior), según luego habremos de ver.

Pero la verdad es que la literalidad del texto legal no obliga en rigor a reducir el ámbito de operatividad del precepto a los solos supuestos de cheque sin provisión. Pues «estafa mediante cheque» lo son también aquellos supuestos en que es utilizado el cheque como medio engañoso tan idóneo como el carente de fondos: así sucederá con el cheque falso, el emitido sobre cuenta imaginaria o cuenta ajena real previa falsificación de firma, o sobre cuenta propia cancelada, etc. (15), cuando revista los caracteres del «engaño bastante» para hacer creer en una capacidad y voluntad de pago.

Para poder excluir del tipo agravado que analizamos los supuestos de empleo de cheque falso será preciso acudir a consideraciones hermenéuticas de carácter lógicossistemático contextual que rebasan el elemento gramatical.

(13) Emerge, *ex novo*, en el Anteproyecto de 1992 (art. 250,1.3.º) y se reproduce en el Proyecto de 1992 (art. 254,1.3.º) y en el de 1994 (art. 243,1.3.º). La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, pese a que suprimía el delito de cheque en descubierto, no propuso un semejante tipo agravado de estafa.

(14) Sobre la problemática de base que plantea la utilización de cheque en descubierto como medio engañoso al servicio de una estafa, *vid.*, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1965, p. 59 ss.

(15) Sobre falsificación de cheque, *vid.* SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, *op. cit.*, p. 74.

Estimamos por ello que si la *voluntas legislatoris* ha sido el limitar el tipo agravado al cheque sin provisión, hubiera sido muy conveniente expresarlo de algún modo (verbigracia, «mediante cheque sin fondos», «en descubierto», «carente de provisión», u otra expresión similar). Al no haberlo hecho así, la duda siempre puede surgir, y en tal caso se plantearán problemas concursales entre este tipo agravado de estafa y el delito de falsificación de documento mercantil (art. 392 del Código nuevo). Esta interpretación conduciría a que sean sometidos a la misma pena supuestos bien diferentes: con la estafa confluye una falsificación de documento mercantil, que es delito, mientras que si se trata de cheque sin fondos éste no es delito en el nuevo Código. De esta forma se tratarían de igual modo casos desiguales (16).

Descartado por estas razones la consideración del cheque falso, centramos nuestra reflexión sobre el cheque sin fondos como componente del tipo agravado de estafa que nos ocupa.

La pregunta que entonces surge es ésta: ¿Cuál es el criterio axiológico, o razón de ser, de esta estructura *cuálificada* de estafa?

En hipótesis, cabría pensar en dos respuestas distintas: una derivada desde la perspectiva propia del delito de estafa, y la otra derivada desde la protección penal del cheque. Se trata de dos instancias de motivación agravatoria netamente diferentes que vamos a analizar sucesivamente.

IV

Cabría, efectivamente, desde la propia perspectiva de la estafa, entender que se ha querido destacar el empleo del cheque como un medio especialmente insidioso de engaño, y consiguiente error en la víctima.

Se trataría de un engaño especialmente reprochable o disvalioso, que determinaría una potenciación, por así decir, del desvalor de acción de la conducta de estafa.

A nosotros esta explicación no nos parece convincente en absoluto. Pues si bien es cierto que el desvalor de la acción en la estafa, esto es, el engaño, constituye contenido importante del injusto de la misma —máxime tras la reforma introducida en nuestro Código por la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, en que la cuantía del perjuicio perdió en buena medida el protagonismo prioritario de antaño para valorar la gravedad de la estafa, y de modo particular en el Código nuevo que potencia la significación de las circunstancias de carácter personal e individuales— (17) no puede a nuestro juicio admitirse en modo alguno que el empleo del cheque como medio engañoso al servi-

(16) Partimos de que, bajo tal interpretación, el tipo agravado de estafa que nos ocupa vetaría la entrada en juego del delito de falsedad, por ser ley especial frente a ella.

(17) Cfr. art. 249, así como algunos de los tipos agravados que diseña el art. 250.

cio de una estafa conlleva, de suyo y por sí, un mayor desvalor de acción que el propio de cualquier otro tipo de engaño. Y ello es así por varias razones.

Ante todo, y con carácter general, es preciso no olvidar que para que haya estafa, y de eso se trata, es necesario por propia exigencia conceptual y legal que medie «engaño *bastante*», en la terminología de nuestro Código, que quiere decir tanto como adecuado para producir engaño que induzca a un error relevante. De ello deriva la necesidad de que la calificación como «bastante» debe ser fruto de un análisis individualizador que tenga en cuenta las circunstancias y condiciones del sujeto activo y pasivo. Conforme ha señalado la doctrina, al engañado le es exigible una cierta diligencia en la verificación de los elementos que el sujeto activo utiliza para su fraude, por lo que donde no haya esa mínima prudencia debe negarse que el engaño sea *bastante* (18), lo que supone que cuando la confirmación bancaria del cheque fuera posible debe excluirse la apreciación de la estafa (19). Otras veces habrá motivos suficientes para tener una razonable duda sobre la capacidad y voluntad de pago del emisor o endosante del cheque.

Según ello, el libramiento y entrega de un cheque en descubierto no supone automáticamente el *engaño bastante* que requiere el delito de estafa.

Por otro lado, no hay que perder de vista, en sede de valorar el cheque como medio engañoso, el dato cierto del actual descrédito y desconfianza generalizada en que se encuentra su uso como medio de pago, salvo cuando por las circunstancias personales y reales del caso particular vaya respaldado de la firme creencia en la capacidad y voluntad de pago de su emisor.

Cuando se dieran las condiciones y circunstancias que permitan afirmar, conforme a lo expuesto, que ha habido *engaño bastante*, entendemos que tal clase de engaño no es de suyo más disvalioso que el que pueda producirse a través de otros artificios o maquinaciones, y por tanto, la estafa mediante cheque no contiene, desde la sola perspectiva de la estafa, un *plus* adicional de desvalor de acción que justifique una pena agravada.

Por eso en nuestra legislación anterior a la introducción del delito de cheque en descubierto por la revisión del Código penal en 1963, al igual que en otros Códigos que no conocen la incriminación del cheque sin fondos, el engaño de referencia siempre ha sido tratado pura y simplemente como un engaño más de los múltiples que se pueden utilizar para la comisión del delito de estafa. Se trata de un engaño que cae bajo el concepto genérico de aparentar bienes o saldo en cuenta corriente, reconducible al concepto más amplio de aparentar capacidad y voluntad de pago. Por esta razón no ha habido en los Códigos anteriores a 1963

(18) Vid. a este respecto, entre otros: GONZÁLEZ RUS, *Delitos contra la propiedad*, tomo II, p. 202, del *Manual de Derecho Penal (P. Especial)*, obra conjunta con CARMONA SALGADO, MORILLAS CUEVA y POLAINO NAVARRETE, dirigida por COBO DEL ROSAL. TORÍO, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Libro Homenaje al prof. ANTON ONECA, Salamanca 1982. VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, en *La Ley*, 1984.

(19) GONZÁLEZ RUS, *op. cit.*, p. 423.

un tipo agravado de estafa por el hecho de que la ficción de saldo en cuenta corriente haya sido expresada mediante la expedición de un cheque. Tal hecho ha sido castigado en ellos simplemente como un supuesto más del tipo básico del delito de estafa (20).

De lo anteriormente expuesto se sigue que en el tipo agravado de estafa previsto por el Código penal de 1995 para cuando la estafa «se realice mediante cheque» (art. 250.1.3.^o), la función agravatoria del cheque no puede obtenerse desde la perspectiva propia de la estafa.

V

Descartada, por estas razones, la función agravatoria del cheque *en la estafa*, es obvio que la agravación punitiva de referencia tendrá que ser obtenida desde la perspectiva propia de otra instancia axiológica. ¿Y cuál será ésta en el nuevo Código?

Parece que no puede ser otra que la de la protección penal del cheque, entendiendo que el libramiento de cheque sin fondos es un hecho digno de sanción penal.

Mas si esto es así, habrá que examinar con mucha atención cómo «administra» el nuevo Código este criterio.

Instalada así nuestra reflexión en la ladera de la protección penal del cheque, para poder dar respuesta a nuestra pregunta, interesa examinar las dos cuestiones siguientes: 1. Cuál es el posicionamiento del nuevo Código sobre el delito de cheque en descubierto en general. 2. En la hipótesis de que hubiese querido mantener esta infracción, asumiendo así la protección penal del título valor, ver cuál sería el tratamiento a dar a los casos en que haya concurrencia de este delito con el de estafa.

Para poder comprender y valorar el alcance de la reforma llevada a cabo por el nuevo Código en esta materia, será preciso conocer los antecedentes y el estado de la cuestión en el Código al que viene a sustituir.

VI

Conforme hemos señalado más arriba, antes de 1963 el cheque podía entrar en contacto con el Derecho penal sólo cuando hubiese sido empleado como medio engañoso al servicio de la comisión de un delito de estafa, o bien cuando hubiese sido objeto de una falsificación. Carecía así de significación penal propia, al quedar embebido dentro del delito de estafa o de falsificación.

(20) El Código de 1928 al describir con su característico casuismo las formas y medios de engaño del delito de estafa, consignó de forma *explícita* como *uno más* de ellos el de quienes «con ánimo de defraudar expidieron un cheque o letra sin previa provisión de fondos o después de que la provisión hubiera sido retirada o retirándola antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro» (art. 725, núm. 21).

Pero esta situación va a cambiar en 1963. La influyente monografía del Prof. Cuello Calón *La protección penal del cheque*, junto con otras circunstancias de la vida nacional española, determinaron un clima favorable a la protección penal del cheque. Y de esta suerte la revisión del Código penal de 1963 introdujo como infracción penal el libramiento de cheque sin provisión. Bajo la rúbrica «Del cheque en descubierto», incluida dentro de la sección de las defraudaciones, dispuso en su nuevo artículo 535 bis lo siguiente: «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.

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».

Conforme hemos señalado en una monografía de 1965 dedicada a la nueva infracción (21), el designio fundamental del nuevo precepto fue la protección penal del cheque mediante el robustecimiento de la confianza en él para favorecer su difusión como medio de pago prácticamente equivalente al dinero.

Sin embargo, el texto legal no logró perfilar con nitidez el bien jurídico protegido. El indudable propósito de proteger la seguridad del tráfico mercantil, esto es, el interés público representado por la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque, quedaba empañado por ciertos defectos técnicos que comprometían en buena medida dicha finalidad: de un lado la concepción sistemática del delito como *defraudación*, y de otro el requisito de que el cheque haya sido dado en pago, que determinaba una *conexión material* con las infracciones contra el patrimonio, eran cosa de suyo ajenas al pensamiento constructivo de la protección penal del cheque, y representaban un grave peligro para la circulación del título al admitirse implícitamente como lícito cualquier otro uso del mismo (22). Además, en el texto de 1963 no se preveía como delito ni la retirada ni el bloqueo de los fondos, pese a tener ambos la misma gravedad que el libramiento sin provisión. Y por si esto fuera poco, aún resultaba dudoso y discutible el si la negociación o endoso del cheque a sabiendas de su falta de cobertura era un acto subsumible o no en el tipo legal (23).

(21) SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Ariel, Barcelona 1965.

(22) Vid. ampliamente sobre el particular, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 14-16 y 27-34. También en este sentido recientemente RODRÍGUEZ MOURULLO, *La protección penal del cheque y de la letra de cambio*, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid 1986, p. 908.

(23) Cfr. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., p. 38.

De esta suerte, en el texto del 63 el objeto de la tutela aparecía como una síntesis o simbiosis de dos bienes jurídicos distintos y heterogéneos. Junto al interés supraindividual de la seguridad del tráfico mercantil, hacía acto de presencia una lesión patrimonial, canalizada —como defraudación *sui generis*— (24) a través del requisito de que el cheque haya sido dado en pago.

Al objeto de nuestro tema, importa retener que en la construcción legal de la infracción el perjuicio patrimonial aparece como elemento *co-constitutivo* del tipo de injusto. Con todo, dentro de ese binomio estructural, corresponde un peso prevalente al interés de la seguridad del tráfico mercantil, 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 superase 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 genuinas 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 (a la sazón pena grave, conforme al art. 28 C.p.). 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 que en breve nos vamos a referir especialmente.

Para superar esas limitaciones, se reforma el delito por Ley de 15 de noviembre de 1971. Se le extrae del capítulo de las defraudaciones, llevándolo a un capítulo nuevo al final del título XIII del Libro segundo. La nueva redacción del precepto es ésta:

Art. 563 bis b): «Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pesetas:

1.º 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.

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

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

(24) La idea y realidad de un perjuicio económico toma gran importancia: un perjuicio económico irrogado al acreedor por la entrega de un cheque en calidad de pago, que no es tal pago, por faltarle la provisión de fondos y en consecuencia la posibilidad de su realización, viéndose así frustrada la esperanza de cobro inmediato. Ampliamente sobre ello, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 27-34.

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 1.^o de este Código».

La ansiada intensificación de la tutela penal se articula en el nuevo texto legal a base de los siguientes momentos: por un lado, al comportamiento típico anterior del libramiento sin provisión, se añade ahora la retirada de los fondos y la negociación del cheque a sabiendas de su falta de cobertura; de otra parte, se prescinde del requisito de que el cheque haya sido dado en pago, resultando indiferente la causa o finalidad con que se ha entregado («con cualquier finalidad», dice el texto legal). De esta forma, el ámbito del comportamiento típico delictivo se ve notablemente ampliado. A esto se debe aún añadir la protección que podríamos llamar *in extremis*, representada por el ofrecimiento de la impunidad a quien pague dentro de los cinco días siguientes al de la presentación al cobro.

Se busca la protección penal del cheque en toda la línea, como título valor abstracto, desconectado, también a efectos penales, de la causa que da origen al mismo. Queda desligado, así, por completo de los delitos patrimoniales.

Sobre esta nueva base legislativa, no puede haber la menor duda de que el bien jurídico protegido es la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque en el ámbito mercantil, como bien de naturaleza supraindividual (25).

La entrega en pago de cheque sin provisión, en los términos requeridos por el art. 563 bis b) —y lo mismo antes por el art. 535 bis— envuelve ciertamente un engaño, consistente en aparentar fondos y hacer creer así al tomador que por este medio verá satisfecho su crédito. Pero un tal engaño no constituye por sí y en cuanto tal estafa.

Conforme hemos señalado, de acuerdo con la doctrina española y extranjera, no menos que con la definición legal de estafa, la estafa supone una conducta, más o menos compleja, de engaño que, persiguiendo una ventaja económica propia o ajena, provoca en otro un error que le lleva a realizar en perjuicio suyo un acto de disposición patrimonial que no se ve debidamente correspondido.

De esta definición se deduce que la conducta típica del delito de cheque en descubierto no implica de suyo estafa. Así, siempre que el

(25) Ello, obviamente, no quiere decir, como ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO (*op. cit.*, p. 909), que de forma mediata o refleja no resulte también protegido, en su caso, el patrimonio del tomador.

cheque se da en pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término a una relación existente entre librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque, no habrá estafa.

Pero nada impide que pueda a veces hallarse encuadrado el libramiento —o endoso— dentro de una conducta de estafa de la que forma parte. Así ocurrirá cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada en el tomador con la promesa de pago inherente a la entrega del cheque sea el medio engañoso de que se sirve el librador —o endosante— para que aquél realice en consecuencia el acto de disposición patrimonial (26).

Cuando el acto típico de libramiento sin provisión queda enmarcado dentro de una más amplia conducta de estafa por ser dentro de ésta el medio engañoso que motiva el desprendimiento patrimonial y subsiguiente perjuicio, entonces se dan las dos infracciones, por haber sido lesionados simultáneamente los bienes jurídicos tutelados por una y otra: el interés público supraindividual de la confianza en el cheque y el interés individual de carácter patrimonial que como defraudación castiga la estafa.

Con independencia de cual sea la solución punitiva que se quiera dar a esa concurrencia de delitos, lo que no cabe duda es que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos requeridos para la existencia de ambas infracciones. Estamos ante la configuración de una modalidad del concurso de delitos en que un hecho delictivo es medio para la comisión de otro.

¿Qué solución *punitiva* ha dado el Código viejo a esa concurrencia de infracciones?

En puridad nada se opondría a que esa concurrencia de infracciones fuese sometida a efectos de penalidad a la normativa del concurso de delitos del art. 71 del Código, según la cual en los casos en que «un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro» «se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos».

Sin embargo, el legislador español no lo ha querido así.

Aquel Código, aunque en la tipificación originaria del delito, en 1963, se contiene un parcial atisbo del concurso, pero sólo parcial según vamos a ver, a partir de la reforma que se dió al delito en 1971 abandona

(26) A este respecto resulta indiferente que el acto de disposición preceda o siga temporalmente a la entrega del cheque; lo importante es que entre ambos elementos se de una secuencia lógica, esto es, que aquel engaño haya sido determinante del acto de disposición —en que consiste el perjuicio— que en otro caso no se habría realizado o se realizaría en condiciones distintas. El perjuicio propio del delito de estafa es cosa distinta del perjuicio del delito de cheque en descubierto, a que nos hemos referido en páginas anteriores.

Sobre la distinción y deslinde entre los delitos de cheque en descubierto y estafa, vid. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 59-63.

esa mínima-manifestación del concurso de delitos para adscribirse de lleno al concurso de normas. Es decir, los supuestos de estafa mediante cheque quedan *de facto* sujetos al imperio del principio del art. 68, conforme al cual «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos». Es la solución del principio de alternatividad en el concurso de *normas*.

Efectivamente.

El texto originario del delito de cheque en descubierto dispuso que en los casos de referencia se impusiera la pena de este delito «en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor con arreglo al artículo 528 [*delito de estafa*] (27), en cuyo caso se aplicará ésta solamente» (art. 535 bis, último párrafo) (28).

Conforme a ello, si la pena correspondiente a la estafa (29) hubiera de ser igual o inferior a la que los hechos merecen en concepto de cheque en descubierto, se aplicará esta última, sola, en el grado máximo; si, en cambio, hubiera de ser superior, entonces se aplica la de la estafa solamente, sin agravación.

La solución que el último párrafo del art. 535 bis dió a esta concurrencia, nos parece coherente. Y lo es porque, aunque se den las dos infracciones, una cierta parte del contenido de injusto del delito de cheque en descubierto debe quedar absorbido por el contenido de injusto de la estafa (30), debido a la ya referida *conexión material* que el delito de cheque en descubierto presentaba en su concepción originaria de 1963 con los delitos patrimoniales.

(27) Art. 528 del C.p. 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:

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

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

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

4.º 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».

(28) Un análisis de esta disposición concursal, en SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 64-70; del mismo, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 363-369, y *Revista Jurídica de Asturias*, 1985, pp. 185-204.

Esa disposición no es aplicable a los casos en que, dentro de una amplia maniobra de estafa, el cheque no sea el medio engañoso, sino meramente un accidente posterior de una precedente acción de estafa; en tales casos el cheque queda fundamentalmente al margen del medio o medios engañosos que se hayan utilizado. Entonces, sin duda, habrá un concurso de delitos, sustraído al imperio del párrafo último del art. 535 bis.

(29) Tanto si, por razón de la cuantía, era *delito* o era *falta*.

(30) Sobre ello en particular, SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, op. cit., pp. 363-369, y *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 67-68.

Si la pena del delito de cheque en descubierto es superada por la pena que corresponde al delito de estafa, en ésta queda consumida y diluida la de aquél.

La reforma del delito en 1971 se adscribe de lleno, según antes se apuntó, al concurso de *normas* en la forma del principio de alternatividad. Se dispone lisa y llanamente para todo supuesto de delito de cheque en descubierto que la pena de éste «deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1 de este Código», que es el caso de estafa en que el engaño consiste en aparentar saldo en cuenta corriente (31). Este criterio se mantiene de forma invariable en las sucesivas reformas que ha tenido el Código penal español desde entonces hasta el Código de 1995. La última manifestación de la alternatividad la formuló la llamada Ley de Actualización del Código penal de 1989, la cual, por razones de coordinación con la reforma operada en 1983 en el delito de estafa, deja redactado el último párrafo del artículo 563 bis b) en estos términos: «Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave». Aunque resulte de suyo obvio, conviene dejar constancia aquí, a efectos dialécticos ulteriores, que la *falta* de estafa no puede desplazar, dejando sin aplicación, al delito de cheque en descubierto, dado que esta última infracción (ajena a los delitos patrimoniales) es siempre *delito*, nunca *falta* (32).

Llegados a este punto en el examen de la normativa del Código penal anterior al de 1995, conviene destacar que, desde la *dualidad y heterogeneidad* plena de los bienes jurídicos protegidos por el delito de cheque en descubierto y el delito de estafa, la compatibilidad axiológica del concurso de delitos y su penalidad con arreglo al criterio del artículo 71 estaba fuera de toda duda. Y sin embargo, pese a ello, dicho Código no ha querido castigar la concurrencia de esas dos infracciones conforme al concurso (ideal) de delitos. Incluso desde 1971 se suprime la agravación de la pena del delito de cheque en descubierto cuando la pena de éste fuese igual o inferior a la de la estafa en que aquél fue utilizado.

A la vista de lo que antecede, podemos concluir diciendo que ha sido criterio constante del Código penal español desde la introducción del delito de cheque en descubierto en 1963 hasta la actualidad, pasando por la reforma del delito en 1971, la Reforma Urgente y Parcial de 1983 y la reforma de 1989, el de aplicar *sólo* la pena de la estafa cuando ésta sea superior a la del cheque en descubierto, renunciando con ello a toda

(31) Art. 529, número 1: «El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencias o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes». Las penas del delito de estafa, señaladas en el art. 528, oscilan desde presidio mayor hasta arresto mayor, en función de la cuantía de la defraudación.

(32) Vid. sobre ello SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, op. cit., pp. 373-380.

agravación que pudiera derivar —conforme a la norma del concurso de delitos— de la apreciación de la lesión de un segundo bien jurídico. Se estima, en definitiva, que es suficiente la pena de la estafa. Y conviene no perder de vista la consideración de la benignidad extrema, según vimos más arriba, de la penalidad en el delito de estafa, introducida en la reforma de nuestro Código en 1983 y que perdura hasta el de 1995.

VII

Frente al cuadro normativo que se acaba de exponer, ¿qué postura adopta el Código penal de 1995?, ¿qué novedades aporta?

La primera y radical novedad es que suprime el delito de cheque en descubierto, y la segunda es la creación de la superestructura de la «estafa mediante cheque» como forma muy agravada del delito de estafa (subrayamos el término delito, porque para la falta de estafa no establece agravación alguna).

A nuestro modo de ver, y dicho de un modo directo y sencillo, la primera de ambas novedades nos parece plausible. Pero la segunda resulta incomprensible, por contradictoria con la primera, a parte de injusta.

La primera novedad nos parece plausible, decimos. Conforme hemos expuesto en otra ocasión en una reflexión de política criminal sobre la protección penal de los títulos valores (33), la incriminación penal del cheque nunca ha sido admitida de forma pacífica, porque no está clara su legitimidad ni siquiera su conveniencia o utilidad.

A nivel internacional, la opinión es desfavorable.

Muchos de los países de economía liberal, como Inglaterra, Alemania o Estados Unidos, no incriminan la emisión de cheque irregular, salvo si se empleare como medio para una estafa (34). Otros países, que acogieron el delito, muestran hoy un movimiento regresivo, como acontece en Francia.

En los congresos y reuniones científicas internacionales, se advierte reticencia a la incriminación.

(33) SUÁREZ MONTES, *La protección penal de los títulos valores*, en *Economía y Derecho Empresarial. El reto europeo a la empresa española: análisis interdisciplinar*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1988. También en *Revista Jurídica de Asturias*, 1987-1988, pp. 7-21.

(34) Vid. en «Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerrechts», Köln, 1985, *Schekbetrug* de OTTO HARRO, pp. 1-16; del mismo, *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, 1978, pp. 41 ss.; TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en «Juristenzeitung», 1986, pp. 865-912; STEINHILPER, *Die missbräuliche Verwendung von Euroschekkkarten in Strafrecht*, en «Jura», 1983, pp. 401 ss.

En nuestro país se puede decir que ya la tipificación, en 1963, nació bajo el signo de la discordia. Frente a su principal defensor que fue el profesor Cuello hubo detractores acérrimos como Quintano. Desde entonces hay pocos defensores de la penalización (35). Hay oposición porque se entiende que el hecho no posee los caracteres propios del delito. Carece del contenido de desvalor ético-social necesario para ser un acto socialmente intolerable, digno de represión penal. Conforme al principio de intervención mínima, que debe presidir la legislación penal, la pena —como *ultima ratio*— debe ser empleada sólo frente a actos que pongan en peligro la convivencia social (36), y sólo cuando el fin perseguido no pueda ser conseguido con medios menos dolorosos.

Conviene, por otra parte, tener en cuenta que, según demuestra la experiencia obtenida desde la implantación del delito entre nosotros, la amenaza penal no ha logrado el apetecido robustecimiento de la confianza en el cheque. Según se ha puesto de relieve desde diversos sectores de la doctrina, por diversos motivos, esa amenaza es en la práctica virtualmente inoperante; hay una generalizada falta de creencia en el público sobre la protección penal del tráfico de cheques.

De lo que acabamos de decir no debe deducirse que no reconozcamos la importancia que tiene para el tráfico mercantil la confianza social en el cheque como medio cuasimonetario de pago. Lo que ocurre es que no parece que sea por la vía penal, sino por otros cauces, por donde se debe buscar la apetecida seguridad. En este sentido es de celebrar que la nueva Ley Cambiaria y del Cheque, en su artículo 108, ordena que «el librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del

(35) Han manifestado oposición, entre otros: BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito. Presente y futuro*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1984, pp. 525-528. EL MISMO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, 1993, pp. 534-536. BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, en *La Ley*, 12 de julio de 1983. GONZÁLEZ RUS, *Delitos contra la propiedad*, op. cit., p. 421. JOVÉ JANÉ, *La necesaria supresión del delito de cheque en descubierto*, en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Pérez Vitoria*, I, 1983, p. 381 ss. LLOBEL MUEDRA, *El delito de cheque en descubierto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *RDMercantil*, julio-diciembre 1968, p. 515. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, P.E.*, 1993, p. 319. QUINTANO RIPOLLÉS, *En torno al cheque en descubierto*, en *RDP*, pp. 97-102. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, P.E.*, 1993, p. 531. SEGOVIA LÓPEZ, *El delito de cheque en descubierto en el Proyecto de Reforma del Código penal*, en *Boletín Informativo del M. de J.*, 1971, pp. 14-15. SUÁREZ MONTES, *La protección penal de los títulos valores*, op. cit., pp. 219-220. VIVES ANTÓN, en COBO, VIVES, BOIX, ORTS, CARBONELL, *Derecho Penal (P.E.)*, 1987, pp. 978.

Más allá del ámbito español, *vid.* notas 34 y 36.

(36) En semejante sentido, los directores de Institutos de Criminología de Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, República Federal Alemana, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido en la IX Conferencia del Consejo de Europa de directores de Institutos de Criminología, celebrada en Estrasburgo en 30 de noviembre-2 de diciembre de 1971, han constatado que la emisión de cheques en descubierto no figura ya entre los actos considerados como verdaderos crímenes, pronunciándose en favor de que será preciso limitar la definición de delito a los actos que verdaderamente ponen en peligro la vida de la sociedad.

librado, por la suma en él indicada, deberá pagar al tenedor, además de ésta, el diez por ciento del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios». Se debería, asimismo, exigir mayor rigor a los bancos en la entrega de talonarios de cheques a cuentacorrentistas, prohibir su uso futuro a los reincidentes, y otras medidas que la doctrina ya ha señalado (37).

Por todo ello, parece acertada la decisión de política criminal del nuevo Código penal de suprimir el delito.

Ahora bien, una vez dado ese trascendental paso, resulta incomprensible la creación del nuevo tipo agravado de «estafa mediante cheque».

El incremento que experimenta la pena no es nada desdeñable. El tipo básico del delito de estafa se castiga en el nuevo Código con prisión de seis meses a cuatro años. Si la estafa se realizare mediante cheque la pena es prisión de un año a seis años, más una multa de seis a doce meses.

A nuestro juicio esta superestructura agravada de estafa constituye un verdadero contrasentido, que evoca la imagen del mundo al revés.

Pero antes de adentrarnos en el examen de esta incoherencia, se debe poner de relieve el carácter poco preciso de la formulación legal del precepto que nos ocupa. Aún descartando, como hicimos al comienzo de este estudio (38), los supuestos de empleo de cheque falso como medio engañoso, no con ello queda suficientemente acotado el ámbito fáctico de operatividad del motivo agravatorio.

No es momento de profundizar aquí en esta cuestión, pero sí de decir algo sobre ella. Evidentemente, el cheque sólo podrá entrar en juego dando lugar a la pena agravada, cuando se emplee como medio de engaño al servicio de una estafa y reúna por tanto el carácter de «engaño bastante». Pero esto no es todo. Pues, según antes se vió, el *plus* adicional de injusto que fundamenta una pena más grave no proviene de la estafa sino de la protección penal del cheque (bien jurídico distinto). Mas resulta que, una vez suprimido el delito de cheque en descubierto, desaparecen las *descripciones típicas relevantes*, con lo cual no se puede saber cual es el *ámbito* de protección que se quiere dispensar al cheque, y por tanto tampoco se podrá saber cuando debe funcionar agravando una estafa. El intérprete se encuentra, así, inevitablemente ante una *petitio principii* o círculo vicioso.

Hecha esta observación, volvamos al análisis de la incongruencia axiológico-punitiva.

Si se entiende que el menoscabo del clima de confianza en la seguridad de la circulación del cheque no es un hecho merecedor de inter-

(37) En esta línea se encuentra, entre otras, la regulación portuguesa, que no descarta sin embargo como *ultima ratio* la intervención penal.

(38) Vid. apartado III.

vención penal, conforme al plausible criterio valorativo asumido por el nuevo Código, dicho se está que la emisión de cheque irregular, *como tal*, carecerá de relevancia penal, *siempre y en todo caso*, y por tanto también cuando se haga uso de él como ardid al servicio de una estafa. Pues ¿cuál podría ser la razón para que, siendo penalmente intrascendente en general, dejara de serlo en este último caso? La afectación al clima de confianza en el cheque es la misma. ¿De dónde esa agravación de la pena de la estafa como si hubiese aquí un segundo bien jurídico penalmente protegido, cuando sabemos que se ha renunciado a su tutela penal? ¿Y por qué —dando un paso más en la ficción— sólo en el *delito* y no también en la falta?

La agravación de la pena de la estafa carece, así, de fundamento. Pero además resulta sorprendente: donde no hace falta castigar —pues ya hay respuesta penal por delito de estafa—, se castiga (por vía de agravación de la pena de esta última), mientras que donde haría falta (el inmenso océano del uso de cheques en descubierto sin finalidad defraudatoria, o con esta finalidad como medio engañoso al servicio de una estafa que por la cuantía del perjuicio es sólo *falta* de estafa —no rebasa las 50.000 pesetas—) no se ve razón por parte del legislador para la intervención penal (39).

No perdamos de vista lo que ya hemos examinado más arriba (40), a saber: que desde la ladera o perspectiva del delito de estafa, la utilización de cheque como medio engañoso (expresión de capacidad y voluntad de pago, por ficción de saldo en cuenta corriente) es un momento o requisito del delito de estafa, pero justamente como cualquier otro medio de engaño. Ni más ni menos. Ya vimos como *para el delito de estafa* el cheque, en cuanto *medio de engaño*, no posee especial relevancia de desvalor que pueda fundamentar una modalidad agravada del delito de estafa. Y desde la perspectiva del delito de cheque en descubierto, *tampoco*, pues éste ha sido borrado del nuevo Código.

Conforme a ello, la estafa mediante cheque no puede ser en el Código nuevo sino un supuesto más del tipo *básico* de estafa, nunca una modalidad agravada.

(39) Apenas si es preciso advertir que la actitud del nuevo Código (desincriminación del delito de cheque en descubierto, y agravación en el delito de estafa) no tiene nada que ver con el principio de intervención mínima (de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho penal). Pues tal principio debería dictar precisamente lo contrario de lo que hace este Código. Si el cheque juega dentro de un delito de estafa, puede muy bien entenderse que la pena de este delito da cobertura punitiva suficiente; si en cambio se agrava, habrá respuesta excesiva innecesaria. Si, por el contrario, se da pura y simplemente el hecho del cheque en descubierto (o bien con finalidad defraudatoria pero determinando sólo falta de estafa), sería entonces cuando haría falta incriminarlo. Claro que todo esto es sobre la base policríminial de que se quiera proteger penalmente el cheque, tal como ocurre en el Código viejo (cfr. apartado VI), porque si, por el contrario —tal como acontece en el nuevo— se parte del principio, opuesto, de que no es un bien que deba tutelarse penalmente, la estafa agravada no sólo expresaría una intervención máxima sino que además resultaría contradictoria con el principio axiológico asumido.

(40) *Vid.* apartado IV.

A efectos dialécticos, aún en el supuesto de que el nuevo Código, contrariamente a lo que ha hecho, hubiese optado por mantener el delito de cheque en descubierto, la «estafa mediante cheque» agravada que nos ocupa no dejaría de constituir una novedad digna de consideración, aunque no de encomio.

En efecto. Bajo tal hipótesis, la agravación o incremento de pena en el delito de estafa por la concurrencia del delito de cheque en descubierto (en vez de prisión de seis meses a cuatro años, prisión de un año a seis años), supondría no ya sólo la sustitución del criterio tradicional del concurso de normas (alternatividad) por el criterio del concurso de delitos, que según el Código viejo significaría imponer la pena de la estafa en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos (art. 71), y según el Código nuevo correspondería aplicar la pena de la estafa en su mitad superior (art. 77), sin que —tanto conforme al nuevo como conforme al viejo— la pena pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Sino que más allá de eso, entrañaría una desafortada agravación inaudita, pues no se respetaría el límite máximo de la pena más grave (la de la estafa, que es de cuatro años) (41), conforme prescribe la norma del concurso, sino que sería rebasada al pasar de cuatro a seis años, más la pena adicional de multa de seis a doce meses.

Y si esto parecería excesiva exacerbación ya para un Código que incriminase el cheque en descubierto, ¡qué no decir del Código de 1995, que no reconoce tal infracción!

Esto es mucho más grave aún si se tiene en cuenta el endurecimiento que experimentan en el Código nuevo las penas de la estafa (42), así como la supresión en él de la redención de penas por el trabajo, todo lo cual contrasta tanto más con el achaparramiento general que presentan las penas privativas de libertad en dicho Código.

Por todo lo que antecede, entendemos que el «superdelito» de estafa mediante cheque constituye un despropósito puntivo, a la vez que envuelve una contradicción valorativa intrasistemática. Pues la pena agravada, y de forma tan abultada, no puede justificarse, dentro del Código de 1995, ni desde la perspectiva del delito de estafa ni tampoco desde la perspectiva del delito de cheque en descubierto, que es por él suprimido. Se trata simplemente de una manifestación más del Derecho penal simbólico, de que tanto se abusa.

(41) Se da por supuesto que si el Código de 1995 hubiese optado por el criterio axiológico de mantener la incriminación penal del cheque en descubierto, siguiendo en ello al Código anterior, a buen seguro que no le habría asignado pena superior a la del delito de estafa.

(42) *Vid. apartado I.*