

Cheque en descubierto

(S. 6 de noviembre de 1967)

Por JUAN del ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
y de la Escuela Judicial. Director del Instituto de
Criminología de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada de los hechos probados.—2.º Sentencia del Tribunal *a quo*.—3.º Impugnación de esta decisión.—4.º Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.—5.º Algunas consideraciones críticas: A) Apreciación preliminar y de orden descriptivo; B) Concreción de la problemática penal; C) Comportamiento típico; D) De los fundamentos fácticos para su valoración penal; E) Significación del cheque postdatado y circunstancias concurrentes en los hechos.—6.º Jurisprudencia.—7.º Conclusiones.

1.º *Relación circunstanciada de los «hechos probados».*

La sentencia da como probados los hechos que siguen:

«Probado y así se declara que en 27 de enero de 1964 el procesado A. P. M. entregó a la Compañía de S. «L. U. y el F. Esp.» de esta capital, como pago de la prima de un seguro que tenía concertado, un cheque al portador por valor de siete mil diecisiete pesetas cuarenta y cinco céntimos contra su cuenta corriente en la sucursal de M. del B. H. A., el que, de acuerdo con la Compañía lo puso fecha 25 de marzo siguiente por manifestar que entonces tendría suficiente provisión de fondos para su pago. En 4 de marzo siguiente, «L. U. y el F. Esp.» recibió de la Entidad querellante, A. del S. la cantidad importante del cheque expresado contra entrega del mismo; y cuando a su vencimiento en 25 del mismo mes esta última Sociedad intentó hacerlo efectivo no pudo conseguirlo por carecer de fondos el librador. Las relaciones del procesado con las compañías sancionadas provenían de un tractor que compró a plazos a A. del S. y que ésta le había retirado por falta de pago de las cantidades estipuladas, sin que conste acreditado que en el periodo de tiempo comprendido entre el 27 de enero y el 25 de marzo el procesado hubiera convenido con aquélla, previo ajuste de cuentas, que anularía o inutilizaría el referido cheque.»

2.º *Sentencia del Tribunal «a quo».*

La Audiencia provincial dictó una decisión condenatoria, considerándole como autor responsable de un delito de cheque al descubierto realizado por

negligencia (1), sin la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal y, en consecuencia, le impuso la pena de multa de diez mil pesetas con arrestos sustitutorio de quince días y al pago de las costas procesales y que abone, como indemnización de perjuicios a A. del S., S. A. la cantidad de siete mil diecisiete pesetas, cuarenta y cinco céntimos.

3.º *Impugnación de esta decisión.*

La representación del condenado formalizó, en su día, el pertinente recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 535 bis, párrafo 2.º del Código penal vigente «ya que había engaño para el acreedor en este caso, ni había negligencia por parte del librador, hoy recurrente, porque pese a la apariencia de cheque del documento entregado, éste en realidad no era otra cosa que una promesa de pago y era evidente que una promesa de pago daría lugar a responsabilidades económicas, pero nunca a la responsabilidad penal específica del artículo que citaba, estando en realidad, no en el campo del Derecho penal, sino del Derecho mercantil, porque los hechos no acusan ni malicia, ni culpa, ni dolo por parte del recurrente, sino que colocaban ante una irregularidad en la cobertura del cheque que no podía ser objeto de sanción penal, y tanto más cuanto que el recurrente no entregó el cheque directamente a la Entidad querellante A. del S., sino a «L. U. y el F. E.» que lo aceptó con perfecto conocimiento, como así resultaba de los hechos probados, de que en el momento de su emisión, el librador no tenía fondos para el pago y que en realidad no se trataba de pago, sino de ofrecer un pago posterior. Por otro sí, manifestó no considerar necesaria la celebración de vista para la resolución del recurso».

El Ministerio fiscal sólo estuvo conforme con que no celebrara vista.

4.º *Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo.*

La Sala segunda del más alto Tribunal del país de la jurisdicción criminal, acogió el motivo del recurso y razonó de modo que sigue su absolución:

«Que al declarar probado la sentencia que el procesado y una Compañía de Seguros se pusieron de acuerdo el 27 de enero de 1964, para que el pago

(1) El texto revisado de 1963 incluyó en la Sección Quinta (*Del cheque descubierto*), el artículo 535 bis.

«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 triplo 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».

de la prima se efectuase el 25 de marzo siguiente, mediante un cheque que aquél entregó a la Compañía poniéndole de acuerdo con ella la citada fecha del 25 de marzo, en que manifestó tendría hecha provisión de fondos para que fuera atendido, sienta una premisa de facto que repele la aplicación del artículo 535 bis del Código penal, pues en este caso no se entregó el cheque como medio o instrumento de liberación inmediata de deudas ya que no se dice que al asegurado se le entregase el recibo acreditativo del pago de la prima, sino como expresión de un convenio de espera o promesa de pago que el acreedor acepta ante la falta de numerario del deudor, y cuyo incumplimiento queda fuera de la protección penal, tanto más cuando el cheque en cuestión, antes de llegar la fecha en que pudiera presentarse al cobro fue entregado a otra Entidad que tenía relaciones económicas con el librador, sin que conste que éste fuera informado de ello, verificándose de hecho una novación del pacto inicial por subrogación de otro en la persona del acreedor, complejidad jurídica que aleja todavía más el caso contemplado de la vía penal; procediendo en su consecuencia acoger el motivo único del recurso interpuesto por aplicación indebida de dicho precepto.»

Y la nueva sentencia casando la del inferior contiene el considerando que enseguida transcribimos:

«Que al declarar los hechos probados que el procesado convino con la Compañía de Seguros «L. U. y el F. E.», en que el pago de la prima del seguro se verificará dos meses después mediante un cheque que le entregó con esa fecha futura, ya que entonces carecía de fondos, pone de manifiesto un convenio de pago aplazado cuyo incumplimiento no puede ser delictivo, aunque se cubriera con la forma de un cheque antedatado, según se razona en la sentencia de casación, razonamientos que se dan aquí por reproducidos, precediendo absolver al procesado del delito que se le acusa.»

5.º *Algunas consideraciones críticas:*

A) *Apreciación preliminar y de orden descriptivo.*

En los «hechos probados» cabe distinguir, por de pronto:

1.º La ya clásica: *Como pago de la prima de un seguro que tenía concertado.*

2.º Entrega que efectúa el día 27 de enero de 1964 y cuyo vencimiento se cifra el día 25 de marzo del mismo año.

3.º La cantidad consignada en el cheque es de siete mil diecisiete pesetas, cuarenta y cinco céntimos, contra su cuenta corriente de una entidad bancaria, la cual de momento carece de fondos, pero que los había al día de presentación del talón. Acuerda, pues, el pago con la Compañía aseguradora el 25 de marzo siguiente *por manifestar que entonces tendría suficiente provisión de fondos para su pago.*

Ahora bien, se producen unas modificaciones en la peripecia de la circulación del cheque y antes del día señalado, las cuales son las que siguen:

A) Que la parte querellante da el importe del cheque «postdatado» a la sociedad aseguradora, con fecha del día 4 de marzo.

B) Y que al vencimiento, esto es, el día 25 de marzo «intentó hacerlo efectivo, no pudo conseguirlo por carecer de fondos el librador».

De singular importancia a efectos de la prueba, sobre todo, contra el librador, tenemos en los «hechos probados»:

A) Las relaciones del recurrente con las «compañías mencionadas provenían de un tractor que compró a plazos» a la parte querellante.

B) Que ésta se lo había retirado por falta de pago.

C) No está acreditado que en el período de tiempo comprendido entre el 27 de enero y 25 de marzo «el procesado hubiere convenido con aquélla, previo ajuste de cuentas, que anularía o inutilizaría el referido cheque».

B) Concreción de la problemática penal.

La cuestión penal se cifra, a mi modo de ver, y dentro siempre de la llamada «justicia intelectual», que acaba de valorizar el profesor Zaragüeta, en tres vertientes:

a) ¿Existe una adecuación típica y, en consecuencia, es tipificable en el artículo 535 bis, y en caso afirmativo, en qué párrafo? La respuesta es *afirmativa*.

b) ¿Tenemos suficientes elementos *de facto* para configurar el reproche de culpabilidad exigido en el precepto penal precipitado? Igualmente nos vencemos por la respuesta *sí*.

c) ¿Qué valor y alcance revisten las incidencias reseñadas del cheque postdatado? ¿Puede exculpar de la imputación y, en última instancia, de la responsabilidad criminal contraída? Se verá, como las explicaciones de las otras preguntas, a renglón seguido.

C) Comportamiento típico.

La relación circunstanciada de los «hechos probados» son merecedores de su estimación penal y, en consecuencia, de su condena, con los máximos respetos al superior criterio de la Sala, en atención a las consideraciones siguientes:

a) Porque desde un punto de vista de la dimensión subjetiva se da el tipo del artículo 535 bis, ya que se cumple:

a') La relación contractual entre librador y librado y tenedor del cheque.

b') Porque el cheque, como puntualiza el párrafo primero de la precitada proposición típica, se da en dación de pago.

c') Porque para nada juegan aquí: a) Ni que se arguya que fue en forma de promesa de pago; b) Ni tampoco se ha producido novación, pero en caso de que se admitiere, a efectos de la tipificación penal, carece de relieve; c) Porque el argumento con que se manipula para eximirle de responsabilidad criminal, dicho sea respetuosamente, no *consta* en los «hechos probados». Nos referimos, claro está, al pasaje del único «considerando», en que literalmente se reconoce que el «resultado» solencia tamaño extremo, y sin embargo, se emplea para exonerar al recurrente. Se trata del argumento: «ya que no se dice que el asegurado se le entregase el recibo acreditativo»; d)

Por tanto, no cabe traerlo al primer plano de la meditación, puesto que entonces se quiebra la argumentación, ésta se apoya en la de *facti*.

d') El engarce penal se produce con una buena limpieza táctica, puesto que de igual modo:

a'') Carece de valor el problema del cheque postdatado a efectos del realismo con que opera la estimativa penal y sigue en pie la relación jurídica entre librador y tomador, puesto que como se ha dicho acertadamente: «El cheque postdatado suele librarse, como es sabido, en virtud de un acuerdo entre el librador y el tomador, por el que este último se compromete a no presentarlo al librado antes de una determinada fecha convenida» (2).

b'') El relato dice: «Que en 27 de enero de 1964 el procesado A. P. M. entregó a la Compañía de Seguros «L. U. y el F. E.» de esta capital,

(2) Véase R. F. SUÁREZ MONTES: *El cheque en descubierto*. Ed. Ariel. Barcelona, 1965; págs. 35 y sigs.

Justamente la estimación de que el cheque postdatado de la presente sentencia como una especie de concesión de crédito, obedece a la traída de la doctrina extranjera o a la que sostienen algunos mercantilistas.

Con razón dice al respecto este monografista que: «Esta doctrina no es aplicable, por supuesto, a nuestro derecho. Lo que en éste se pregunta es si cabe entender dado en pago un cheque que se entrega postdatado, o si, por el contrario, el sólo hecho de la postdatación ya excluye tal concepto».

Nuestra opinión, dado la *ratio* incriminatoria del artículo 535 bis, no cabe duda alguna: Sirve como forma de pago, de lo contrario, se burlaría en la mayoría de los casos el supuesto penal, contemplado en el párrafo 2.º del artículo 535 bis.

Y como en el caso presente la postdatación obedece a uno de los motivos que la originan, cual es la falta de provisión de fondos en el momento de extender el cheque, dicho se está que huelga la traída a colación de la línea jurisprudencial sentada, con anterioridad a la entrada en vigor del artículo precitado (Sentencias de 9 de diciembre de 1959; 21 de diciembre de 1960 y 12 de marzo de 1962), en las cuales se sienta la tesis, conforme apunta el monografista citado, que la postdatación «equivale al reconocimiento implícito de que en el momento de la entrega se carecía de numerario para pagar», o que lo «recibe a sabiendas de que en aquel entonces no representa más que una obligación de futuro cumplimiento», o «el título entregado constituye una promesa de pago sujeta a eventualidades, se hace consciente del valor que recibe y no puede, en modo alguno, alegar un engaño punible que advierte y admite», o bien «el cheque postdatado no constituye delito de estafa por no entregarse a título del llamado dinero bancario, sino como un título de crédito, con reserva sobre su solvencia, lo que se excluye del área penal».

Como se verá, esta doctrina apareja:

a) El montaje del delito a semejanza de la estafa, cosa desmentida por el precepto hoy vigente.

b) Desaparece, por tanto, la forma negligente del párrafo 2.º del artículo 535 bis.

c) Supone introducir una complejidad jurídica, incompatible con el esquema simplista de las proposiciones positivas en vigor.

d) Radicaliza de un modo unilateral que la postdatación, como dijera Suárez Montes, sea sinónima de falta de provisión, cuando puede obedecer a otras condiciones.

e) Y, en efecto, es atinada, en suma, la observación que hace el citado autor, cuando a la vista de la vigente regulación, se pregunta que «lo que en definitiva importa es, pues, examinar, caso a caso, si hay la seguridad normal de que el librador ha tomado las medidas oportunas para que en su día exista la provisión» (*obra citada, supra*, págs. 36 y 37).

como pago de la prima de un seguro que tenía concertado un cheque al portador por valor de siete mil diecisiete pesetas, cuarenta y cinco céntimos contra su cuenta corriente en la Sucursal de M. del B. H. A., el que, de acuerdo con la Compañía, le puso fecha 25 de marzo siguientes.

c") Pero es que además este cheque diferido no sólo se hace de común acuerdo, sino que para reafirmar esta fecha y obtener, pues, la postdatación ante la Compañía se expone que: «por manifestar que entonces tendría suficiente provisión de fondos para su pago».

O sea, que pese a que dada la índole de cheque y los peligros que pudieran derivarse en el tráfico de la vida jurídica y justamente para proteger la confianza de este documento por el continuo uso se la exalta al rango penal, en la revisión que se hace el año 1963, dicho se está que las protestas de su buena fe y de la seguridad de que dispondrá de fondos en el momento de la presentación, confiere abundante consistencia al enjuiciamiento penal.

D) De los fundamentos fácticos para su valoración penal.

La sentencia dictada, fundamenta la absolución en sede a los alegatos siguientes:

a) En que el cheque no se entregó «como medio o instrumento de liberación inmediata de deudas, ya que no se dice que el asegurado se le entregase el recibo acreditativo».

Nada de este razonamiento afecta al tipo. Se admite por unos y por otros seniega el cheque postdatado. Objetivamente la imagen delictiva del artículo 535 bis, se cifra en la dación en pago, primer miembro componente del núcleo típico.

Segundo en que *sepa* que en el momento de cobro del cheque o talón no habrá en poder del librado los suficientes fondos.

b) No existe apoyatura alguna para derivar por cauce distinto de la postdatación, que sirviera de garantía o que no devengara intereses, sino que del «resultando» resulta a las claras que se entrega en virtud del pago del contrato de seguro, mejor aún, de las primas.

c) Pero es que más adelante tampoco es hacedero enraizar *suposiciones* sobre el relato, cuando tan dogmáticamente han de aceptarse.

Ahora bien, la prueba de que se da en pago y en conexión directa con los hechos proviene: a) De que la entidad aseguradora reciba tamaña cantidad, con que nos da a entender que se consuma el negocio y que únicamente pende de hacerlo efectivo a que se cumpla la condición suspensiva de la fecha, del día 25 de marzo, pero por lo demás se da por realizado, hasta el extremo de que entrega el cheque la sociedad aseguradora a otra compañía dedicada a la venta de aparatos agrícolas; b) Que de otro lado, la compañía querellante entrega, como se acaba de decir, el cheque a otra entidad, la cual sólo intenta cobrarlo, siguiendo la costumbre bancaria española, el día de su vencimiento; c) Que para colmo de males se encuentra al descubierto el librador al momento de ponerlo al cobro; d) Que además la relación habida entre el procesado y las dos compañías, mejor aún, con esta última compañía, hoy querellante, «provenían de un tractor que compró a plazos

a A. del S. y que ésta le había retirado por falta de pago de las cantidades estipuladas»; e) No existe constancia alguna de que en el tiempo comprendido entre 27 de enero y 25 de marzo «el procesado hubiere convenido con aquélla (se refiere a la querellante), previo ajuste de cuentas, que anularía o inutilizaría el referido cheque».

d) No hallamos reparo alguno, dada la constancia de que con seguridad tendría fondos en la fecha del 27 de marzo, en elevar el comportamiento humano —tampoco se indica en lo «hechos» que la falta de provisión de fondos obedeciere a determinadas razones—, en exaltar la acción, al párrafo primero del artículo 535 bis, ya que *supo* que no tendría, con seguridad, fondos en la fecha del término del cheque; al menos no aparece en el «resultando» de hechos probados ningún obstáculo que justificare tamaña actitud, antes al contrario, afirmaciones de que tendría fondos y del lado negativo una página de su historia de moroso. ¡Mal antecedente en estos casos!

El último inciso de la pregunta a) que hacíamos, con anterioridad, puede contestarse del modo que sigue:

a) Dado que se cumplen los requisitos objetivos de un ente penal que, en buena parte, está informado de elementos subjetivos, extremo que se le escapa a Suárez Montes, en su monografía, debido al empleo de la partícula «a sabiendas», con la que quiso dar el legislador del año 63 un tono rigurosamente doloso a la realización de este delito y liberarlo de los engorros interpretativos del párrafo primero del artículo 1.º, en referencia con el artículo 565 y número 3 del 586 y 600, todos del texto punitivo vigente.

b) Como sin necesidad de forzar el proceso discursivo y tópico de la explicación que hacemos, concurren sobrados fundamentos *de facto* para estinarlo penalmente, dentro de la forma dolosa, y hasta me atrevería a no incurrir en pecado de heterodoxia, si me fuese por el camino del dolo directo, creemos, salvo mejor opinión que la nuestra, que abunda más que escasea, que estamos ante la figura delictiva modelada por la «revisión del año 63», con el que intentó —y así se dice en la Ley de Bases— prever y castigar «específicamente el libramiento de cheques que resulten impagados por falta de provisión de fondos», y que después, en el Preámbulo del Decreto de promulgación del «Texto revisado de 1963», de 28 de marzo del mismo año se concreta el detalle que: «Adquiere carácter específico, dentro del grupo de las estafas, la nueva figura punitiva, exigida por imperiosas demandas del tráfico jurídico, del delito cometido con cheques sin provisión de fondos.

La gravedad que entraña tamaño *nomen inuis* obliga a la dualidad expresiva de culpabilidad con que se han redactado los respectivos párrafos primero y segundo, recabando carácter más agravado, en virtud de los medios engañosos empleados.»

E) Significación del cheque postdatado y circunstancias concurrentes en los hechos.

Para una mejor aprehensión de la interna estructura de los hechos y de su relieve penal, no estará de más concretarlos, por lo que respecta a estos dos extremos, así:

a) Se postdata el cheque de común acuerdo entre librador y tomador, pero según afirman los hechos, ante las manifestaciones de que tendría fondos el día 25 de marzo.

b) La seguridad y el convencimiento de la Compañía aseguradora (tomador) es tan notoria que no tiene inconveniente en que haga efectivo el cheque otra compañía de venta de aparatos agrícolas.

c) Resulta que se debieron emplear argumentos tan claros que, pese a la condición de moroso que tenía el recurrente ante esta tercera persona jurídica, aceptó pagar el cheque y presentarlo al cobro en su día.

d) En la fecha indicada carecía de fondos y no sabemos, puesto que nada describen los hechos al respecto, cuales fueron las razones aducidas para justificar su descubierta de fondos.

La argumentación explanada, siquiera sea concisa y de forma lematizada, da pie con holgura para inscribir el comportamiento del recurrente, dentro, por lo menos, del párrafo segundo del artículo 535 bis, en que se pone una figura, dotada de idénticos elementos objetivos, salvo la dimensión subjetiva que expresamente se configura el grado culposo, representado, con acusado sentido, por el vocablo negligencia, que al evidenciar una actitud, pudiera decirse, específica de culpa, cifrada en el aspecto omisivo, en la mayoría de los casos, nos descubre, por tanto, una estructura interna —la culpabilidad— comprobada claramente en el relato de «hechos probados», puesto que obsérvese que:

a') Nada se nos dice respecto a los medios que pusiera para disponer de fondos el día del vencimiento.

b') Y, sin embargo, era de temer un tamaño resultado cuando su caracterización de moroso estaba más que probado.

c') Que quizá se debiera la recepción del pago del cheque por la tercera persona, en atención al traslado que hizo de que con seguridad tendría fondos en la fecha indicada la Compañía aseguradora.

6.º *Jurisprudencia.*

Conviene recalcar que acaso la crítica más importante que puede hacerse a la sentencia que hoy cometamos provenga de que la dirección jurisprudencial no se ha liberado de la construcción que hiciera del presente delito, cuando no estaba tipificado y se operaba con el precepto analógico del número 1 del artículo 529. Defecto, cabría pensar, característico de cualquiera jurisprudencial que tiene que cambiar de tono, después de haber cubierto, al través de sus decisiones, la laguna que demandaba en la práctica su regulación a todas luces.

Así, tenemos a la vista:

A) Sentencias en que se hace extensivo al delito actual la techumbre deparada por el engaño, al amparo, como se acaba de decir, del número 1 del artículo 529 (S. 16-XII-1965), o bien el ánimo defraudatorio (S. 18-X-1966.)

B) Otras, en las cuales se sanciona a las claras el delito propio, del párrafo primero del artículo 535 bis (Ss. 20-VI-1966; 2-VI-1966; 25-VI-1966, etcétera. etc.).

C) Otro grupo en que se define, de modo plástico «ei alma» de este delito, distante del ánimo defraudatorio. Así, con acierto, las S. s. 25-VI-1966 y 24-IX-1966. En el mismo sentido la S. 29-IX-1966.

D) Y acaso la más completa, en la que no repara en analizar, con detalle, los elementos típicos integrantes del meritado delito: a) «Que el cheque sea dado en pago; b) Que se entregue a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión de fondos para hacerle efectivo; y c), que esta circunstancia sea ignorada o desconocida por el tomador, ya que de otro modo faltaría el engaño, elemento tipificador de las estafas».

Ahora bien; en la sentencia transcrita se ha querido, con acuidad, realizar una interpretación exhaustiva del ente que trajo la «revisión del año 1963» puesto que incluso, con certera visión, se plantea en toda su problemática, apoyándose tanto en el texto cuanto en el espíritu, por no dejar detrás tampoco, la expresa alusión que se hace en la llamada «exposición de motivos».

No obstante, aún cuando, como ya se ha dicho por los monografistas al respecto, de que cualquier entrega de cheque, dado en pago, a sabiendas de la carencia de fondos, entraña un engaño, sin embargo, téngase en cuenta, vista su configuración fiscal y contractual, la *ratio incriminativa* que le llevó al legislador a dar vida, contorno e independiente al artículo 535 bis, no fue, de ninguna manera, su parentesco con la familia de las estafas; no tiene nada que ver.

La importancia en la compleja vida jurídica moderna y el uso tan frecuente que se hace de este instrumento de pago y las urgencias con que reclamaron del poder público la configuración de un tipo penal para la protección del documento, hizo que se tipificara de una forma que no guarda parentesco alguno con la estafa, salvo la apuntada, que carece de fuerza formativa, en la anatomía del delito en cuestión.

No quiso, incluso, que se modelara bajo las dos formas reprochables en que se perpetra la mayoría de los delitos, esto es, de manera dolosa y culposa. Pero la sustancia de la provincia delictiva está ubicada en la pura defensa de esa forma de pago, y nada más.

Para nada entra en juego que sea ignorada o no por parte del tomador, puesto que entonces nos encontraríamos en una situación en que el evento, o por mejor decir, la consumación del tipo, dependería de un conocimiento por fuera del agente, ya que esta ignorancia es un elemento extraño al tipo y no es constitutiva del mismo; antes al contrario, viene a ser el reflejo, cabría decir, del «a sabiendas» de la carencia de provisión de fondos.

E) La S. de 27-X-1966 favorece las condiciones facticias que deben concurrir cuando se aplica el párrafo segundo del artículo 535 bis que, en fin de cuentas, es el que nos interesa aquí. Y se verá que en un supuesto en que pudiera ser más o menos criticable el problema de la negligencia, se apreció por la Sala, puesto que le bastó para ello la falta de atención que prestó el condenado cuando extendió el cheque.

De igual modo se razona en otra sentencia en que se aplica idéntico párrafo segundo (29-X-1966), por el hecho de entregar un cheque para saldar

una deuda, «sin comprobar el estado de su cuenta, y por tanto, sin saber si tendría o no fondos en ella para hacerlo efectivo, cheque que fue protestado por falta de pago».

F) Otras Sentencias de interés son las que siguen: 3-XI-1966; 8-XI-1966; 15-XI-1966 y del mismo mes y año de los días 18, 21, 28 y, sobre todo esta última, en que casa la decisión del Tribunal inferior, por estimar que no existió la negligencia imputada, prevista en el párrafo segundo del artículo 535 bis, ya que:

a) Se debe demostrar y no se presume, cosa que sucede en el dolo, si bien aquí, añadimos por nuestra cuenta, tampoco vale la presunción porque exige *expresamente* en el párrafo primero.

b) Porque se trataba de un cheque predatado, con lo que se pone en práctica la doctrina de la Sala, que ha sido, dicho sea de paso, la aplicación al supuesto actual, «por haber sido expedido con fecha de 20 de mayo de 1960 con vencimiento de fecha de 27 del mismo mes, siendo de considerar, por tanto, la doctrina de esta Sala sobre la especial naturaleza de estos instrumentos mercantiles, estimados por ella como títulos de crédito con una aceptación del pago aplazado, que aleja su inclusión en el área penal, por no ser, al menos, en el momento de su emisión, equivalente sustitutivo de la moneda metálica, y alejando, por tanto, la idea de una conducta engañosa constitutiva de estafa, doctrina ésta que ciertamente está dictada a la vista de los textos penales anteriores a la vigencia del texto en vigor de 1965, pero aprovechable en principio para el mismo, puesto que, según el preámbulo de este texto vigente revisado, su esencia íntima estriba en la estafa, pero contemplando dos supuestos principales en el artículo 535 bis..., sosteniendo el recurso que no habiendo consignación alguna de negligencia del librador, no puede existir este tipo de delito por el que se sanciona al recurrente».

7.º Conclusiones.

Sin pormenorizar en una serie de apreciaciones respecto a esta controvertida figura delictiva y habida cuenta de la jurisprudencia citada y, sobre todo, de la apreciación que hacemos de la sentencia comentada, no será ningún despropósito si consignamos nuestro parecer en las conclusiones siguientes:

1.º El texto revisado del año 1963 partió del problema político-criminal urgente de proteger el documento, representado por el cheque o talón, debido a la frecuencia con que se prodiga en la vida jurídico-comercial del país.

2.º No pesó, por tanto, la punición por lo que entraña de ánimo defraudatorio, ni tampoco por el engaño que aparece sino que el objetivo esencial, la razón incriminativa, se ubica en la protección penal del documento.

3.º La prueba de cuanto decimos salta a la vista con sólo meditar en la lectura que se haga, tanto del precepto, cuanto de la alusión que se hace en el preámbulo del Decreto de promulgación.

A) Se tipifican dos modalidades de culpabilidad: a) La dolosa, representada por la expresión «a sabiendas»; y b), la culposa, por la «negligencia».

B) Para nada se menciona el ánimo defraudatorio, y es más, se coloca el precepto en una sección aparte, la quinta del título XIII, al modo como se hizo con la apropiación indebida (Sección cuarta).

C) Además se rompe con la métrica penal del artículo 528 a efectos de la penalidad dependiente de la cuantía de la defraudación.

4.º Por otra parte, tampoco cabe aducir que la dirección jurisprudencial se apoya igualmente en el preámbulo del Decreto de promulgación, puesto que en la mención que se hace se puntualiza:

A) Que se crea una figura específica, nueva y «exigida por imperiosas demandas del tráfico jurídico».

B) Que con ello se quiere decir que no guarda parentesco alguno con la modelación punitiva que se venía haciendo por la jurisprudencia, al amparo del número 1 del artículo 529.

C) Que incluso *todavía* el legislador matiza más la novedad típica y señala la dualidad expresiva de la culpabilidad y su rango independiente, porque aparece hasta con un particular *nomen iuris*.

D) Y únicamente se quiebra la pureza metódica de esta creación delictiva, en virtud del compromiso que adquiere con las formulaciones realizadas por un destacado autor español, ya desaparecido (3), al adicionar el párrafo último en que se crea una especie con cierto parentesco con la estafa.

5.º Por tanto, entendemos que la doctrina sentada, con anterioridad a la vigencia del texto revisado del año 1963, no es aplicable, habida cuenta del párrafo segundo del artículo 535 bis.

6.º Además, en virtud de los fundamentos político-criminales y de la doctrina mercantilista al respecto (4) como, de otra parte, la legislación comparada, la tesis del cheque postdatado o predatado sería, en buena parte de casos un juicio valorativo, sin suficiente apoyatura legal y que daría, en fin de cuentas, al traste con el sentido objetivo de la proposición penal vigente, desviando civilmente lo que debiera ser contemplado desde la esti-

(3) Nos referíamos, claro está, a la postura mantenida por el Prof. CUELLO-CALÓN: *La protección penal del cheque*. Tercera edición. Editorial Boch. Barcelona, 1952, sobre todo, pág. 97, en que expone de *lege ferenda* las formulaciones típicas que debiera recoger la futura Ley o preceptos penales incorporados al Código Penal español.

En las figuras penales que postuló, en su día, el ilustre penalista desaparecido, se observa una concepción en la que entran en su composición elementos de diversa índole.

La Comisión de Codificación (Lección 2.ª), tuvo en cuenta la aportación del que a la sazón era Presidente de la citada Sección 2.ª, dedicada a la parte penal, pero a la hora de redactar el artículo 535 bis se apartó tanto por su dimensión objetiva cuanto subjetiva y prefirió adoptar un tipo compuesto de dos formas de culpabilidad, y con un mecanismo sencillo de dar en pago y consciente del descubierto o bien por negligencia o empleando medios engañosos. Aquí yace la impureza, traída, en paridad, de los antecedentes jurisprudenciales, o sea, del uso que se hizo acertadamente del número 1 del artículo 529.

(4) Véase la bibliografía citada por los dos monografistas citados, así como A. MAJADA: *Cheques y talones de cuenta corriente*. Edit. Santillana. Madrid, 2.ª ed., sobre todo, págs. 81-108 (parte mercantilista), y la penal (págs. 201-243). Igualmente, J. GARRIGUES: *Contratos bancarios*. Madrid, 1958; páginas 481-540.

mativa penal, con lo que la inmensa mayoría de las veces se convertirían en supuestos civiles.

7.º Este proceso discursivo genera al peligro de que se convierte en el dispositivo penal—artículo 535 bis—en una imagen inservible, a no ser que se reconduzca a los casos de estafas que serían los hechos inscribibles en el párrafo primero y cuarto del artículo precitado, con lo que de suyo se estaría como antes de la revisión del año 1963 y, claro está, sería inutilizable la figura del párrafo segundo, salvo aquellos casos en que, en verdad, la negligencia revista tamaña magnitud que se vea obligado el tribunal, por la fuerza de los hechos a contraerla a la contemplación típica del párrafo segundo del artículo 535 bis.

8.º Piénsese además, que con ello se resiente la técnica, de suyo ya defectuosa, de la aplicación de la negligencia, sobre todo, después de la modificación experimentada en el número 3 del artículo 586 y del 600, ambos del texto penal vigente.

9.º El reproche a título culposo, tipificado en el párrafo segundo del artículo 535 bis, deberá venir montado, sobre todo, en un caso como el presente, por la respuesta a la pregunta siguiente: ¿El librador ha tomado las medidas necesarias y exigidas para que el cheque extendido un día sin provisión de fondos—día 27 de enero de 1964—será pagadero al presentarse al cobro en la fecha de su vencimiento—día 25 de marzo—? ¿O por el contrario, cuando extendió el cheque era a sabiendas de que no tendría provisión de fondos y jugó con el cheque en su conceptualización de un título de crédito o una simple promesa de pago que después deja incumplida, sin pasar su estimación por ésto a la estimativa penal? ¿O bien hizo la manifestación de que tendría fondos en su día, contando con que tan sólo era *posible*, o ni tan siquiera pensó en la posibilidad y lo dejó al azar del curso de las cosas?

La respuesta confiere firme base para enraizar un enjuiciamiento a título de culpa, sobre todo, si se piensa en que la pasividad guardada aquí nos sitúa en una posición inmejorable para aplicar la concreta y específica modalidad culposa, del tantas veces citado párrafo segundo del artículo 535 bis (5).

(5) La consideración crítica adoptada en este comentario proviene, en buena parte, de que no tenemos ante nuestra vista, en la lectura que se hace del relato, elementos suficientes para radiar la inculpación penal, al menos, en la forma culposa.

Y no se olvide que tanto el dolo cuanto la culpa, pero sobre todo, ésta, tienen una estructura interna peculiar, peculiarísima, extraída del cuidado habido, valoración que sólo cabe hacer desde el plano de *facto*. Y en la Sentencia actual no se conciertan los necesarios requisitos como para exculparle, habida cuenta de la situación del agente y de las circunstancias concurrentes.

No está, pues, falto de razón Suárez Montes cuando califica el párrafo 2.º del artículo 535 bis «de singular», y que, en efecto, queda sustraída su culpabilidad a la criticada formulación del artículo 565.

La función de la negligencia de este párrafo y su momento puede ser de suyo discutible, si bien, no se olvide la distinción que hace la Jurisprudencia entre imprudencia y negligencia, y la concreción se tendrá que hacer *siempre* de cara a la situación del autor y del hecho y de las constelaciones

10. Siempre a base de que el cheque postdatado pueda darse en dación de pago, ya que nuestra apertura penal le da perfecto acomodo en los entes penales, incorporados por la revisión del año 1963 (6).

concurrentes. ¿En qué momento? Como la valoración recae por lo que se hace o por lo que no se hace, dicho se está que va referida al instante en que principia la acción u omisión, pero no se olvide aquí, que aunque no quiera construir una culpabilidad *subsequens*, deberá revestir al momento del comportamiento el de la producción del evento, pues no se olvide, cosa que ha pasado, en buena parte, desapercibida a Suárez Montes, que el periplo de la acción está cortado cronológicamente, como sucede en los casos normales, y más aún, en los de cheque postdatado, puesto que la hipótesis del párrafo 2.º, de difícil construcción, se ha descuidado por este autor.

(6) El profesor Cuello Calón admitió la comisión culposa (dar en pago cheques sin provisión, relativo de la misma), por imprudencia o negligencia, sancionándola con pena pecuniaria. Si se aspira a proteger *la seguridad del cheque* es preciso defenderla no sólo contra la intención criminal, sino también contra el descuido y la falta de precaución de sus libradores y tenedores, quienes, con su conducta negligente, pueden dañar gravemente la *confianza pública* en este medio de pago. (*Obra citada, supra*, págs. 99 y 100).