

2. Derecho Penal

PROBLEMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

por el Dr. D. LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Extremadura

PROBLEMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

I.-INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, ha modificado la redacción del último párrafo del artículo 563 bis b), recuperando una fórmula utilizada en otros lugares del texto legal que tuvo un gran arraigo en nuestra tradición legislativa¹. Se dice en el mismo que “Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave”.

El motivo inmediato por el cual se ha efectuado el cambio hay que verlo en que, tras la reforma del delito de estafa en 1983, el legislador no se ocupó de establecer la correspondiente coordinación de preceptos, pues al modificarse el contenido del artículo 529, número 1.º, no resultaba congruente la remisión que a éste hacía el último párrafo del artículo 563 bis b). Por el contrario, la referencia tenía sentido en 1971, cuando se dio un nuevo contenido al delito de cheque en descubierto y se estableció la advertencia de que el precepto debía aplicarse “salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1.º de este Código”.

No resultaba fácil determinar el valor que debía darse a la salvedad a partir de 1971; parecía que el legislador ordenaba que no se aplicase el artículo 563 bis b) cuando se utilizara un cheque en descubierto con el fin de

1 Así lo recuerda SANZ MORÁN, Ángel, *El concurso de delitos*. Aspectos de política legislativa, Valladolid, 1986, 193, quien destaca que el artículo 68 del Código Penal se introdujo en 1944 con el fin de establecer una fórmula de carácter general que evitase la remisión a otros artículos, para el caso de que el hecho se castigase en ellos más gravemente, recurso utilizado con profusión por el Código Penal de 1932. Cfr., incluso en el vigente Código Penal, el artículo 488, párrafo último (“En todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave...”)

cometer una estafa reconducible al número 1.º del artículo 529, es decir, cuando se “defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, *aparentando* bienes, crédito, *saldo en cuenta corriente*, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes”². Pero al modificarse en 1983 el contenido del número 1.º del artículo 529³, la remisión resultaba de dudosa referencia.

La bibliografía valoró de diferente forma la cuestión y, así, si para Rodríguez Devesa “este último párrafo queda prácticamente sin contenido”⁴, por el contrario, para Suárez Montes se trataría de un “descuido técnico de coordinación de preceptos” por lo que el objeto de la remisión ahora sería “el delito de estafa tipificado y sancionado en los artículos 528 y 529”⁵.

II.—LA REFORMA DE 1989 Y EL ARTÍCULO 68 DEL CÓDIGO PENAL

Hoy, tras la reforma de 1989, se ha dado un nuevo contenido al último párrafo del artículo 563 bis b), pero, en lo que aquí más importa, la cuestión principal consiste en determinar qué alcance tiene y si se ha producido algún cambio con respecto a la situación anterior.

Por de pronto, me parece que algún resquicio de mala conciencia trasluce la regulación del delito de cheque en descubierto, porque, desde que

2 Cfr. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa” en *Estudios Penales y de Criminología*, X, Santiago de Compostela, 1987, 370 ss; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El nuevo delito de cheque en descubierto (artículo 563 bis b), del Código Penal” en *RGLJ*, 1972, 58 ss. (separata); RUIZ VADILLO, Enrique, “El delito de emisión de cheque en descubierto en la práctica judicial”, en *Documentación Jurídica*, núm. 2, 1974, 445 ss.

3 A partir de 1983 dispone el artículo 529, 1.º: “Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: 1.º Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de las cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”.

4 RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*. Parte especial, 11 ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 1988, 520, nota 5: “Tras la ley de 1983, este último párrafo queda prácticamente sin contenido”; en igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, Barcelona, 1986, 332; VIVES ANTÓN, Tomás, en COBO DEL ROSAL, Manuel; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal*. Parte especial, 2. ed., Valencia 1988, 967, “carece hoy de sentido: el legislador de 1983 modificó el artículo 529, olvidando adecuar el artículo 563 bis b) a la nueva regulación”.

5 SUÁREZ MONTES, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 379.

se introdujo en el Código Penal en 1963, siempre se ha establecido por medio del último párrafo alguna salvedad en la aplicación del delito cuando el hecho pudiese ser calificado como de estafa o, como sucede ahora, quepa imponer una pena más grave⁶.

Tal vez sucede que el legislador, si bien no se atreve a dar el paso de descriminalizar la emisión de un cheque en descubierto, como reclama razonablemente la bibliografía con insistencia⁷, al menos declara la aplicación subsidiaria del precepto en tanto el hecho no pueda calificarse conforme a lo que disponen otras tipificaciones. Y también es cierto que desde que se empleó el procedimiento de la remisión en el Código Penal de 1963, los autores se ponen en guardia y se quejan de que “es un semillero de dudas para el intérprete” o se califica al precepto de “retorcido y equívoco” o, finalmente, se expresa que “bien pudo haber sido redactado con harta más fortuna”⁸.

He dicho anteriormente que la fórmula que se utiliza en el último párrafo del artículo 563 bis b) en la reforma de 1989 la encontramos en otros preceptos del Código Penal y era frecuente verla en el Código Penal de 1932. Según Castejón el actual artículo 68 del Código Penal, introducido en el Código de 1944, tiene su origen en la refundición de aquellos artículos, como el 174 y el 237 y otros semejantes del Código Penal de 1932, que contenían una salvedad para el caso de que el hecho estuviere castigado más gravemente en otros lugares del texto punitivo⁹.

6 Para seguir la evolución de las diferentes remisiones en las regulaciones del delito de cheque en descubierto en 1963, 1971 y 1983 pueden consultarse las aportaciones de SUÁREZ MONTES, *El delito de cheque en descubierto*, 64 ss. y “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 361 y ss.

7 Cfr. SUÁREZ MONTES, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 377; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. Parte especial, 13 ed. Madrid, 1990, 531; VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL, Manuel; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal*. Parte especial, 3, ed., Valencia 1990, 1010, poniendo de relieve, con muy buenos motivos, la inconstitucionalidad del artículo; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial, 8. ed., Valencia, 1990, 318 s. En la PANCP de 1983 no se castigaba la emisión de cheque en descubierto.

8 Cfr. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1965, 64, a quien corresponde la última frase entrecorillada del texto, y cita, de donde lo tomo, a Rodríguez Devesa (*Derecho penal español*. Parte especial, I, Valladolid, 1964, 400) y a Quintano Ripollés (“De nuevo sobre el cheque en descubierto” en *Revista de Derecho Privado*, 1964, 84) como autores, respectivamente, de las otras dos frases.

9 CASTEJÓN, Federico, “Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de

La referencia me parece interesante recordarla, pero no hasta el extremo de dejarse llevar por la similitud de contenido del artículo 68 —al menos en cuanto a sus orígenes— y la fórmula del último párrafo del artículo 563 bis b), y establecer una relación de paralelismo entre ambos preceptos; de tal modo el intérprete podría quedar deslumbrado por la idea de que si el artículo 68 ofrece una determinada solución para algún tipo de concurso de leyes, esa misma interpretación es la que corresponde al último párrafo del artículo 563 bis b). El proceder no parece conveniente porque da por probada la coincidencia entre ambos preceptos. Nos obstante, conviene examinar el valor que se atribuye al artículo 68, para después analizar si se corresponde con el que tiene el último párrafo del artículo 563 bis b).

Lejos están los autores de coincidir en cuál sea el cometido que desempeña el artículo 68; porque si en un principio se le concibió como una fórmula que regulara, con carácter general, los supuestos de subsidiariedad, para así evitar las constantes referencias a los artículos correspondientes¹⁰, luego la bibliografía le ha concedido un alcance superior, ya que según unos resuelve el concurso de leyes en las hipótesis de alternatividad¹¹ o según otros, y éstos ya de acuerdo con su origen, en las de subsidiariedad o consunción relativas o impropias¹².

La principal cuestión, a los efectos que aquí interesa destacar, es la de si se aplica sólo a los genuinos casos de concursos de leyes, que no encuen-

1944", en *RGLJ*, 1946, 43 (separata): "Esta regla evitará la necesidad de repetir en otros artículos de este Código la norma que contiene, como sucedía en el de 1932, en el libro II, artículos ya citados, y en la mayoría de los del libro III".

10 Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 193.

11 Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 194; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español. Parte general*, 11 ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 1988, 22 ss (resuelve los casos de alternatividad y subsidiariedad expresa); RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte general*, I, Madrid, 1977, 117 s; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, en *Código Penal comentado* (Akal), 1990, 199 s.

12 Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho Penal. Parte general*, 3. ed., Valencia, 1990, 138, en relación con el artículo 68 del Código Penal manifiestan: "Pero parece claro que debe ser interpretada, de acuerdo con su origen, como una generalización de los supuestos de subsidiariedad (o consunción) relativa o impropia, y que, por lo tanto, ha de operar solamente en defecto de los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción propias, puesto que éstos se extraen de las concretas normas concurrentes (y son, pues, especiales, respecto a la referida norma general)".

tran solución en las reglas generales (especialidad, subsidiariedad, consunción) o si opera como simple regla punitiva—castigo del hecho más gravemente penado— a través de la cual se ofrece una respuesta para los supuestos en donde en rigor sería más correcto aplicar, desde un punto de vista técnico, los criterios del concurso de delitos.

De aceptar este último parecer, nos estaríamos desviando de los principios que inspiran la teoría del concurso de leyes, esto es, de la idea de que una norma nada más desplaza a otra cuando por sí sola abarca por completo el desvalor del hecho¹³. Recuérdese que, por el contrario, existe concurso de delitos cuando para captar plenamente el injusto o reproche de un hecho es preciso acudir a varias normas¹⁴. En conclusión, si el artículo 68 resuelve supuestos de concurso de normas, resultaría contradictorio admitir que también tiene aplicación en ciertos casos en que una norma no abarca por completo el injusto y el reproche del hecho, pero lo castiga más gravemente.

Según un sector doctrinal el artículo 68 se refiere a los casos de concurso que se encuentran en una relación de *subsidiariedad* o de *consunción impropias*, de acuerdo la calificación de Cobo del Rosal-Vives Antón¹⁵; es decir, se aplicaría en aquellos casos en que las normas en conflicto no se encuentran en una relación de género a especie (especialidad), ni son especies que pertenecen a un mismo género (subsidiariedad expresa o tácita), ni una de ellas contempla más ampliamente el desvalor del hecho (consunción), sino que la relación se basa en la idea de que una norma sólo debe ser aplicada en defecto de otra más grave¹⁶.

Esto sucederá, en primer término, cuando haya plena identidad de injusto y de reproche en dos delitos, produciéndose una especie de duplicidad legislativa; ante la ausencia de criterio para resolver el conflicto, debe prevalecer la norma que castiga más severamente el hecho (consunción

13 Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 191; COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 133 ss.

14 Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 143 ss.

15 COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 137 s. Es más frecuente considerar que resuelve la relación de *alternatividad*; cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 126 y 192 ss.

16 Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 137.

impropia o alternatividad)¹⁷. Ninguna duda hay de que en este caso existe un genuino concurso de leyes, ya que el pleno desvalor del hecho es contemplado tanto por una como por otra norma, optándose por castigarlo de acuerdo con aquella que lo sanciona más gravemente. Y con respecto a la llamada subsidiariedad impropia, se daría cuando entran en conflicto dos normas que no pertenecen al mismo género, y una de ellas, por abarcar el total injusto y reproche, debe aplicarse si castiga más gravemente el hecho¹⁸. Por tanto, el artículo 68 no ofrecería una determinada solución punitiva para todos los casos en que un solo hecho constituye dos o más delitos, ni tampoco se aplicaría a episodios en los que en rigor existe un concurso de delitos, es decir, cuando el total desvalor del hecho sólo es captado por varias normas, sino que suministra una pauta para resolver genuinos casos de concursos de leyes en los que no tienen aplicación las reglas generales¹⁹.

Una vez que se ha examinado el valor y alcance del artículo 68 del Código Penal, se está en condiciones de abordar si el último párrafo del artículo 563 bis b) responde a los mismos criterios interpretativos, habida cuenta de la vinculación histórica señalada anteriormente.

III.—ALCANCE DE LA SALVEDAD CONTENIDA EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 563 bis b)

Cuestión previa debe ser realizar un somero análisis del contenido semántico de la fórmula “sin perjuicio”, tal como se emplea en el contexto del último párrafo del artículo 563 bis b), porque puede contribuir a rechazar algunos planteamientos por los que se ha inclinado la bibliografía; y es que a veces se ha querido hacer equivalente el contenido significativo de “sin perjuicio” —tal como se utiliza en otros lugares del Código Penal— con

17 Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte general, 137 s; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 126 s y 194.

18 Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte general, 137 s.

19 Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 192 ss. El artículo 12 de la propuesta de 1983 ofrece una fórmula semejante al considerar que la aplicación de la norma que castiga más gravemente el hecho sólo debe emplearse en defecto de que el concurso de leyes no pueda ser resuelto de acuerdo con los principios de la especialidad, subsidiariedad o consunción, y, naturalmente, siempre que no haya concurso de delitos.

el de los adverbios *además de* o *no obstante*²⁰; de tal modo, el valor del precepto vendría condicionado por esta idea, lo que significaría que *además* de lo dispuesto en el artículo 563 bis b), si el hecho constituye otro delito, deben castigarse ambas infracciones. Esta forma de razonar conduce a una interpretación muy concreta: el texto legal forzaría expresamente la apreciación de un concurso de delitos y rechazaría la existencia de un concurso de leyes.

Pero estimo que este planteamiento parte de una consideración que no se corresponde con el valor semántico de “sin perjuicio”; la única acepción que admiten los diccionarios es la de “dejando a salvo”. De ser así, el precepto no propiciaría la acumulación de infracciones (técnica del concurso de delitos), sino la de la salvedad; es decir, que el artículo 563 bis b) se aplicará *salvo* que se deba “castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave”.

La solución a la que se llega, por una vía de interpretación semántica, no es diferente a la que ofrecen algunos autores antes de la reforma del Código Penal en 1989. En este sentido, Suárez Montes llega a la conclusión de que la fórmula que tradicionalmente se venía empleando en el último párrafo de la regulación del delito –tanto da en las versiones de 1963, 1971 o 1983– servía al fin de evitar la apreciación de un concurso entre el delito de cheque en descubierto y el de estafa²¹; o lo que es lo mismo, expresamente se imponía por la ley una determinada solución punitiva y se excluía el concurso de delitos cuando el cheque en descubierto fuera el medio de cometer la estafa.

Pero, entiéndase bien, aun cuando Suárez Montes admitía como más correcta, desde un punto de vista técnico, la apreciación de un concurso de delitos, habida cuenta de la dualidad y heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos, finalmente se imponía acudir, por imperativo legal, al cri-

20 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*. Parte especial, (13 ed.), 111, al interpretar el último párrafo del artículo 488 (“En todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave...”), donde se emplea una fórmula como la que se estudia en el texto, escriben: “es decir, que la ley lo que dice es que, además del abandono, se impondrá la pena correspondiente al delito de mayor gravedad resultante del abandono. No estamos ante un concurso de leyes... sino ante un concurso de delitos”.

21 Cfr. SUÁREZ MONTES, *El delito de cheque en descubierto*, 67 y s. y en “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 367, 371 y ss.

terio de alternatividad; dicho con palabras suyas: "excluida *ex ope legis* la apreciación del concurso, la relación existente entre el delito de estafa y el de cheque en descubierto no puede ser otra que la de alternatividad"²².

¿Han cambiado algo las cosas con la reforma de 1989? Acabo de decir que la valoración semántica del nuevo último párrafo del artículo 563 bis b) conduce a interpretar la fórmula empleada como una salvedad a la aplicación del artículo 563 bis b) cuando el hecho constituya otro delito más grave. Pero ahora ya no existe limitación alguna en cuanto a las posibles infracciones con las cuales puede concurrir el delito de cheque en descubierto, sino que, aparte de la estafa, en principio el Código Penal no excluye el que la salvedad afecte a otros delitos, si el hecho constituyere una infracción más grave.

IV.-¿CONCURSO DE DELITOS O CONCURSO DE LEYES?

La segunda cuestión que debe quedar resuelta es la de si en una relación paralela con el artículo 68 del Código Penal, el último párrafo del artículo 563 bis b) ofrece una solución a determinados supuestos de concurso de leyes o si es una fórmula que impone tan sólo una respuesta punitiva en determinados casos en que, en rigor, sería más correcto apreciar un concurso de delitos. La primera opción de la alternativa nada más se podría aceptar si entendemos que la aplicación de la norma más grave capta por completo el desvalor del hecho, en consonancia con los principios del concurso de leyes. La segunda, por el contrario, sería una solución de compromiso, contradictoria tanto con las reglas del concurso de leyes como con las del concurso de delitos, pues aunque se aplica una sola norma (la más grave), ésta no capta por completo el desvalor del hecho; pero, al tiempo, se excluye expresamente por disposición legal la apreciación de un concurso de delitos.

Con respecto a esta cuestión, en el orden de los principios conviene decir que si el último párrafo del artículo 563 bis b) tratase de solucionar un caso de concurso de leyes, en rigor el precepto sería redundante; y lo

22 SUÁREZ MONTES, "Concurrencia de cheque en descubierto y estafa", 373. La misma conclusión obtiene con respecto a la reforma del Código Penal de 1983: "Por un lado rechazo del concurso, y por otro, el mismo objeto de referencia de la salvedad" (379).

sería porque bien a partir de las reglas generales del concurso, o a través del citado artículo 68 del Código Penal, el conflicto hallaría la adecuada solución.

Sin embargo, si se quiere dotar de alguna autonomía al precepto, por exclusión habría que interpretarlo de acuerdo con la segunda opción señalada, es decir, estaríamos en presencia de una regla punitiva que excluye sin más consideraciones la aplicación del cheque en descubierto cuando el hecho pueda ser castigado más gravemente con base en otro precepto.

Pero conviene hacer una precisión, porque la fórmula empleada no quiere decir que a ella se deba acudir siempre que sea susceptible de calificarse el hecho de acuerdo con varios preceptos; en este sentido no debe haber duda de que si los hechos se muestran como independientes y, por tanto, para captar por completo el injusto y el reproche de la conducta realizada se deben apreciar varios tipos, existe sin más un concurso de delitos; dice tan sólo que si el hecho, entendido como sustrato de la valoración típica, puede ser calificado al tiempo según otro precepto más grave, se excluye la aplicación de la norma que regula el cheque en descubierto.

V.-CHEQUE EN DESCUBIERTO Y ESTAFA

La posibilidad de que tal hipótesis suceda se presenta, en primer término, en los casos que habitualmente ha estudiado la bibliografía y la jurisprudencia, y que, por otro lado, hasta la reforma de 1989 eran citados expresamente; ciertos supuestos de delito de cheque en descubierto son susceptibles, a su vez, de valorarse como una estafa. Pero, entiéndase bien, no siempre que se utilice un cheque en descubierto, y además se cometa una estafa, se plantea el problema.

Suárez Montes deslindó dos clases de supuestos en que no se suscita la cuestión: cuando el cheque es empleado como medio de comisión de una estafa, pero la entrega no reúne las características generales del artículo 565 bis b), por lo que tan sólo hay estafa²³, y cuando la utilización del cheque sin fondos, en una operación más amplia de estafa, no sea el medio engañoso de ésta, sino un comportamiento anterior o posterior pero

23 Cfr. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, 42 ss y 61.

desvinculado del acto de disposición²⁴. Aquí existirá sin más un concurso de delitos.

El problema se presenta en caso de que, mediando ánimo de lucro, el libramiento sin provisión es el medio engañoso que provoca el error en otra persona y le induce a realizar el acto de disposición en perjuicio de él mismo o de un tercero. Tal cosa sucederá, siguiendo a Suárez Montes, “cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada por el tomador con la promesa de pago inherente al cheque, sea el medio engañoso de que se sirve el librador para que aquél realice, en consecuencia, el acto dispositivo”²⁵. En el hecho se dan tanto las características del libramiento de cheques en descubierto (artículo 563 bis b) como las características de la estafa (artículos 528 y siguientes). Para casos semejantes al citado estaría previsto el último párrafo del artículo 563 bis b).

La solución al problema puede resolverse de forma diferente según que se vea entre el delito de cheque en descubierto y el de estafa, en el específico caso citado, un concurso de leyes o de delitos. Y ambos caminos se han seguido, lo que ha conducido a dotar de un contenido diferente al último párrafo del artículo 563 bis b).

A. Dualidad y heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos

Un sector de la bibliografía sostiene, en relación con el delito de cheque en descubierto, que se protege primariamente un interés de carácter supraindividual, como es la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque en el ámbito mercantil, sin perjuicio de que de forma mediata resulte también tutelado el patrimonio del tomador²⁶. Por el contrario, en la estafa se protegería un bien jurídico de carácter individual, cual es el patrimonio del sujeto pasivo en sus diferentes componentes²⁷. Esta dualidad y heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos impediría, a

24 Cfr. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, 65. En igual sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, II, Madrid, 1987, 378.

25 SUÁREZ MONTES, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 367, nota 13 y en *El cheque en descubierto*, 60. También así, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, II, 377 s; VIVES ANTÓN, Tomás, en *Derecho penal*. parte especial, 1013.

26 Así, SUÁREZ MONTES, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 371.

27 VIVES ANTÓN en *Derecho Penal*. Parte especial, 900.

juicio de Suárez Montes, que el contenido de injusto del delito de estafa absorbiera el contenido de injusto del delito de cheque en descubierto, aunque hubiera coincidencia entre el sujeto pasivo del primero y el perjudicado del segundo²⁸. Esta vía de análisis llevó a Suárez Montes a la conclusión de que siendo más correcta técnicamente la apreciación de un concurso de delitos, éste quedaba excluido por obra de la ley, a tenor de lo que disponía, en su versión anterior a la reforma de 1989, el último párrafo del artículo 563 bis b), por lo que éste imponía la apreciación del principio de alternatividad²⁹.

La solución que ofrece, en definitiva, es la de que aun admitiendo que existe un concurso de delitos, sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 563 bis b) sólo se aplica la norma correspondiente al delito más gravemente castigado, aunque ésta no capte por completo el desvalor del hecho³⁰. Es decir, se trata de una solución contradictoria tanto con la técnica del concurso de leyes (una sola de las normas en concurso capta todo el desvalor del hecho) como del concurso de delitos (es preciso acudir a varios delitos para abarcar por completo el injusto y reproche de la conducta) pero que viene impuesta por la ley.

Además, es una solución que no coincide con la que ofrece el artículo 68 del Código Penal, al menos si lo interpretamos como un precepto que resuelve exclusivamente los supuestos de concursos de leyes que no hallan solución de acuerdo con las reglas generales (especialidad, subsidia-

28 SUÁREZ MONTES, "Concurrencia de cheque en descubierto y estafa", 372.

29 SUÁREZ MONTES, "Concurrencia de cheque en descubierto y estafa", 373 ss.; no obstante, señala que "la solución del rechazo del concurso de delitos impuesta por el párrafo último del artículo 563 bis b) no parece razonable" (376); y añade que de ser consecuentes con la dualidad ofensiva de aquellas conductas en que el cheque en descubierto ha sido el vehículo elegido para cometer una estafa, resulta insatisfactorio castigar en unas ocasiones sólo por el delito de cheque en descubierto, caso de que el valor consignado fuese inferior a treinta mil pesetas, al no poder apreciar, debido a la cuantía, un delito de estafa, y en otras sólo por estafa, si supera esa cantidad. De tal modo en unos episodios no se tiene en cuenta el desvalor de las estafa y en otros el desvalor fundamentado en el menoscabo a la seguridad del tráfico mercantil. Por eso termina: "Alguna clase de agravación parecería obligado. La aplicación aquí del principio de alternatividad, conforme al artículo 68, no es suficiente; y a falta de una previsión agravatoria específica, quizá sería oportuno recurrir al artículo 71, que regula el concurso ideal de delitos con un sentido liberal bien conocido" (377).

30 Por la solución del concurso ideal se inclinaba, tras la reforma en 1983 del último párrafo del artículo 563 bis b), al considerar que había quedado sin contenido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 332.

riedad, consunción). Naturalmente, si entendiésemos que el artículo 68 se aplica también en los casos en que existe un concurso de delitos, y lo que hace es excluir su aplicación, optando por castigar nada más el delito más gravemente penado, entonces coincidiría con la versión analizada del último párrafo del artículo 563 bis b); pero de ser así habría que aceptar que el artículo 68 no resuelve casos de concurso de leyes, sino que debería ser considerado como un precepto que ofrece una determinada solución punitiva en ciertos casos de concurso de delitos, tesis que he rechazado al entender que resuelve determinados episodios de concurso de leyes.

Por tanto, siempre que se predique la dualidad y heterogeneidad de bienes jurídicos en el supuesto de cheque en descubierto y estafa, las cosas no habrían cambiado con la reforma de 1989, sino que, por el contrario, con mayor precisión se estaría ordenando seguir tal solución, ahora con carácter general, cuando el hecho pudiera ser castigado como corresponda si constituyere otro delito más grave. El Código Penal impondría una determinada solución punitiva que impide la apreciación de un concurso de delitos, a pesar de que el desvalor del hecho no puede ser captado por completo por una sola de las normas.

Obsérvese que no estaríamos ante un supuesto en que el total desvalor tanto es abarcado por una como por otra norma, produciéndose una especie de duplicidad legislativa, y donde la única solución es castigar a partir de la que impone una pena más grave (consunción impropia³¹); ni tampoco ante un episodio de subsidiariedad impropia, en donde por tratarse de dos normas que no pertenecen a un género común, se opta por castigar lo más grave si comprende todo el desvalor del hecho.

Estaríamos ante un episodio en que por un lado se impide seguir la técnica del concurso de delitos, a pesar de que el desvalor del hecho en su conjunto nada más lo captan varias normas, y por otro no se presta a solución por medio de las reglas del concurso de leyes (tanto las generales como las específicas del artículo 68), precisamente porque el total desvalor no lo abarca una sola de ellas. Y es que entre las normas en conflicto no hay una relación de género a especie (relación de especialidad), ni pertenecen al mismo género (relación de subsidiariedad), ni el superior desva-

31 Otros hablan de alternatividad, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 194.

lor que contempla de una de ellas abarca íntegramente el de la otra (relación de consunción), ni, finalmente, entra en aplicación la técnica del artículo 68, entendido como precepto que nada más regula un concurso de leyes. Ante tal estado de cosas, se impone por vía legislativa castigar el hecho tomando en consideración solamente el delito más grave.

B. Los bienes jurídicos se encuentran en la misma dirección de ataque

El análisis ofrecido en los párrafos anteriores se basa en la dualidad y heterogeneidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de cheque en descubierto y estafa. No obstante, si se parte de unos presupuestos diferentes, cabe obtener una respuesta, aunque coincidente en sus resultados prácticos con la expuesta, que discurre por una vía metodológica distinta y que se superpone a la solución legislativa del último párrafo del artículo 563 bis b). Así, Vives Antón parte de la idea generalmente admitida de que el bien jurídico protegido en el cheque en descubierto es la seguridad del tráfico mercantil, pero matiza el sentido que debe dársele y entiende que el objeto de protección se halla constituido por el interés comunitario en la efectividad del cheque, o lo que es lo mismo, el interés en el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales que representa³².

Bajo este punto de vista, estima que la efectividad del cheque tiene un contenido patrimonial inmediato, por lo que hay que considerar que el cheque en descubierto es un delito contra el patrimonio individual, única forma de dotar de sentido al penúltimo párrafo del artículo 563 bis b), es decir al que prevé la exención de responsabilidad penal si se hace efectivo en el plazo de cinco días el importe; y, además, considera que en la medida en que se afecta de forma inmediata al patrimonio individual, estamos en presencia de un delito de naturaleza defraudatoria³³. Ello no quiere decir que se confunda con el delito de estafa, pues el contenido de injusto de uno y otro son diferentes; en el cheque en descubierto se halla constituido — siempre según Vives Antón— por la defraudación de una expectativa de co-

32 VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal. Parte especial*, 1012.

33 VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal. Parte especial*, 1012 s.

bro, en tanto que en la estafa por el enriquecimiento injusto a costa del patrimonio ajeno³⁴.

A partir de estas ideas, si el cheque sin fondos es el medio de cometer una estafa, en las condiciones expuestas, no habría posibilidad de apreciar un concurso de delitos, sino un concurso de leyes, en la medida en que el desvalor del hecho en su conjunto lo abarca una sola norma y no una pluralidad de ellas. Nos encontraríamos ante una progresión delictiva en donde el superior desvalor de la estafa consume por completo el desvalor del cheque sin fondos. Las reglas generales del concurso de leyes, en la modalidad de la relación de consunción, resolverían directamente el conflicto³⁵. Ciertamente que la solución a la que se llega es coincidente, desde un punto de vista punitivo, con la que ofrece, por una vía diferente, el último párrafo del artículo 563 bis b), en la medida en que sólo se castigaría por el delito de estafa y ésta, generalmente, tiene señalada una pena más grave que el delito de cheque en descubierto.

El parecer de Vives Antón respeta tanto los principios que disciplinan el concurso de leyes como el concurso de delitos, y en el caso específicamente estudiado resuelve la cuestión de conformidad con las reglas generales del concurso de leyes, sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 563 bis b). El precepto se mostraría como innecesario y redundante³⁶.

C. Conclusión

De lo expuesto se deduce que la utilización de cláusulas de este tipo es sumamente contradictoria, porque obligan, en función de cuál sea la interpretación que se haga de los bienes jurídicos de los delitos que coinci-

34 VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal*. Parte especial, 1013 s.

35 Esta es la solución que ofrece VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal*. Parte especial, 1018.

36 Por ello VIVES ANTÓN, en *La reforma penal de 1989*, 188, al referirse a la nueva fórmula del último párrafo del artículo 563 bis b) indica que es una "precisión innecesaria (aunque no inconveniente) pues tal modo de proceder es el que resulta de la aplicación de las reglas generales que rigen el concurso de leyes". Por otro lado, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte general, 137, consideran al referirse al alcance del artículo 68 del Código Penal que "Algunos de los supuestos de subsidiariedad impropia pueden ser explicados recurriendo a la consunción, si la norma más grave que prevalece sobre la más leve contiene un "plus" de desvalor o de reproche respecto de ésta".

den, en la dirección primeramente examinada, a desconocer tanto los principios inspiradores de la teoría del concurso de delitos como del concurso de normas, y a considerarlas como una solución punitiva impuesta por la ley. No obstante, ésta es la finalidad que ha debido de perseguir el legislador con el último párrafo del artículo 563 bis b)³⁷. El principio de vigencia obligaría a dar un sentido a la cláusula, y parece que su finalidad es la de que cuando concurren dos delitos, en los términos estudiados, con bienes jurídicos heterogéneos, hay que excluir el concurso de infracciones y optar por la aplicación del precepto que castiga más gravemente el hecho. Ya he dicho que la cláusula da la impresión de que trasluce una cierta mala conciencia por el castigo del cheque en descubierto, y, por eso, cuando es el medio de cometer una estafa, por ejemplo, ordena que sólo se castigue el hecho penado más gravemente.

En los casos en que, de acuerdo con la segunda dirección, la valoración que se hace de las normas en conflicto lleve a considerar que existe un concurso de leyes, en realidad tales cláusulas resultan redundantes e innecesarias. Esta conclusión se obtiene tanto si se estima que el conflicto de normas concurrentes debe ser resuelto a partir de las reglas generales o si, en una dirección paralela a la interpretación que se ha hecho del artículo 68, se aplica a los casos de concurso de normas en que por no tener aplicación dichas reglas generales, se toma como base la que castiga el delito más gravemente.

VI.—CHEQUE EN DESCUBIERTO Y FALTA DE ESTAFA

Un supuesto controvertido en la bibliografía se presenta cuando el cheque en descubierto se utiliza para cometer una estafa en que el desplazamiento patrimonial no excede de treinta mil pesetas. La duda está en si se debe apreciar la falta de estafa del artículo 587, 2.º, que eliminaría al delito de cheque en descubierto, o si se debe aplicar, en cualquier caso, solamente éste.

En la bibliografía se han sostenido dos soluciones. Suárez Montes, al interpretar la versión anterior a la reforma de 1989, entendió que la salve-

³⁷ Así MUÑOZ CONDE, Francisco, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y GARCÍA ARAN, Mercedes, *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, 69.

dad a que aludía el último párrafo del artículo 563 bis b) iba referida sólo al delito de estafa y no a la falta; además, en el cheque en descubierto también podían incluirse los casos en que había finalidad defraudatoria, porque así lo permite la advertencia del libramiento “con cualquier finalidad”; a partir de estas ideas consideró que no podía apreciarse la cláusula del último párrafo del artículo 563 bis b), cuando el cheque fuese medio de cometer una falta de estafa, debiendo tener “prioridad aplicativa el artículo 563 bis b), por imponer mayor sanción”³⁸.

De modo diferente Muñoz Conde considera aplicable en estos supuestos, en principio, la falta de estafa del artículo 587, 2.º; y ello porque considera que al artículo 563 bis b) solamente deben llevarse los comportamientos sin finalidad defraudatoria; además, estima que dogmáticamente no es correcto mantener la autonomía punitiva del citado último párrafo del artículo 563 bis b), pues el precepto incluye una excusa absoluta, por pago posterior del cheque, que de ninguna manera debe ser aplicado a la estafa, ni siquiera cuando ésta es simplemente una falta; finalmente, a ello añade el argumento, sostenido por Bajo Fernández, del diferente régimen que tiene la responsabilidad civil según que se derive de un delito de cheque en descubierto o de una estafa, de acuerdo con la distinción que establece la jurisprudencia; en conclusión, Muñoz Conde finaliza diciendo que “el cheque emitido en descubierto con finalidad defraudatoria en cuantía inferior a 30.000 pesetas debe castigarse como falta de estafa, salvo que, por aplicación de las reglas del delito continuado, pueda llegar a castigarse como delito”³⁹.

El análisis de la cuestión debe abordarse desde diferentes puntos de vista. Un argumento meramente formal es el de que tras la reforma de 1989, con mayor precisión si cabe que anteriormente, la cláusula del último párrafo del artículo 563 bis b) limita la salvedad a los episodios en que el hecho constituya “otro *delito* más grave”. Una primera aproximación nos

38 SUÁREZ MONTES, “Concurrencia de cheque en descubierto y estafa”, 373 y 374, nota 26. Véase, inclinándose por castigar por el cheque en descubierto, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*. Parte especial (11 ed.), 523, quienes consideraban, antes de la reforma de 1989, que la relación entre el cheque en descubierto y la estafa era de subsidiariedad tácita; QUINTERO OLIVARES, “El nuevo delito de cheque en descubierto (artículo 563 bis b) del Código Penal)”, 62 s (separata).

39 MUÑOZ CONDE, en *La reforma penal de 1989*, 69 y en *Derecho Penal*. Parte especial, 314.

pondría en la pista de que nada más tiene aplicación cuando la concurrencia es entre delitos y no entre un delito y una falta.

Sin embargo, no es éste el principal argumento para prescindir, en cualquier caso, de la citada regla; el motivo por el que no debe tomarse en cuenta es que no se dan sus presupuestos, ya que la falta de estafa se castiga siempre con *pena inferior al delito* de cheque en descubierto y por tanto este supuesto no entra en sus previsiones. Naturalmente, lo que no puede hacerse es extraer la conclusión de que puesto que el delito de cheque en descubierto se castiga más gravemente que la falta de estafa, se debe aplicar aquél. Esta conclusión no encuentra fundamento ni en lo que dispone el último párrafo del artículo 563 bis b), ni el artículo 68, si se le trajera aquí a colación⁴⁰, pues dicho está que éste nada más cabe apreciarlo en caso de concurso de leyes y no de infracciones, como es el problema ahora planteado.

A partir de esta premisa se puede llegar a diferente solución según que se estime que el bien jurídico del cheque en descubierto y de la estafa son diferentes o se encuentran en la misma línea de ataque.

Si se consideran los bienes jurídicos diferentes, dogmáticamente habría que apreciar un concurso entre el delito de cheque en descubierto y la falta de estafa, única forma de tomar en cuenta por completo el desvalor del hecho⁴¹. El último párrafo del artículo 563 bis b) no entraría para nada en aplicación, no ya porque la concurrencia no sea entre delitos (delito de cheque y delito de estafa), sino porque no se dan los presupuestos del mismo al tener señalada en cualquier caso pena superior al delito de cheque en descubierto frente a la falta de estafa. Ciertamente que se dará la paradoja de que se aprecian dos infracciones criminales (delito de cheque en descubierto y falta de estafa), en tanto que si concurriera con un *delito* de estafa tan sólo se tendría en cuenta ésta, por aplicación de la regla del último párrafo del artículo 563 bis b).

Pero dogmáticamente es correcta la solución porque es la única forma de enjuiciar por completo el desvalor del hecho; además, materialmen-

40 Cfr. no obstante, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La protección penal del cheque y la letra de cambio" en *Derecho Cambiario*. Estudio sobre la ley cambiaria y del cheque, Madrid, 1986, 938.

41 Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, 332, admite un concurso ideal; cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*. Parte especial, 314.

te no es injusta, pues la pena que correspondiera imponer por el delito de cheque en descubierta y la falta de esta es inferior a la pena que se impone cuando por aplicación del régimen del último párrafo del artículo 563 bis b) se aprecia sólo el delito más grave, es decir, el de esta. Ni cabe hacer la objeción de que se castiga más levemente lo más grave, ni a la inversa⁴², ya que tanto se toma en cuenta y valora la emisión del cheque en descubierta como la esta⁴³.

Si por el contrario se estima que los bienes jurídicos del delito de cheque en descubierta y de la esta se encuentran en la misma línea de ataque, y que cuando el cheque se emplea como medio engañoso para provocar un acto de disposición hay una progresión delictiva, la conclusión a la que dogmáticamente se llega es que la falta de esta consume el desvalor de la utilización del cheque sin fondos. Podría parecer paradójico que una falta consuma el desvalor de un delito; pero dogmáticamente no hay reparo alguno en que sea así, pues, en cualquier caso, cuando se sigue este criterio interpretativo, hay un superior desvalor en la esta—no importa que por razón de la cuantía del perjuicio sea una falta—que consume el desvalor del cheque en descubierta. La paradoja está en que se castigue más levemente este episodio, pero el motivo hay que verlo en que al no existir la correspondiente falta de emisión de cheque en descubierta se produce esta discordancia penológica.

VII—OTROS POSIBLES CASOS DE CONCURRENCIA CON EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

La posible concurrencia con otro delito cabe plantearla respecto del

42 Cf. QUINTERO OLIVARÉS, "El nuevo delito de cheque en descubierta (artículo 563 bis b) del Código Penal", 61 (separata); Finalmente se inclina por castigar solamente por el delito de cheque en descubierta (63).

43 Cuestión diferente es la de si, por concurrir los requisitos pertinentes, podrá aplicarse el régimen penológico del artículo 71 del Código Penal, pues se duda si cabe tomarlo en consideración sólo en caso de concurso entre *delitos* o si también en caso de concurso entre un delito y una falta. Cf., con soluciones divergentes, QUINTERO OLIVARÉS, "El nuevo delito de cheque en descubierta (artículo 563 bis b) del Código Penal", 62 (separata); negando la aplicación del artículo 71 en este último caso; de otro criterio, RODRÍGUEZ MUNOZ, José Arturo, *Notas*, en Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, T. 2.ª ed., Madrid, 1955, 185, admite el concurso entre delito y falta al poner en relación el artículo 71 con los artículos precedentes.

delito de falsedad documental. Tanto la bibliografía como la jurisprudencia admiten que el cheque tenga la consideración de documento mercantil⁴⁴. Su falsificación y posterior utilización debe ser diferenciada. Por de pronto, hay que partir de la idea de que para que nos encontremos ante la posibilidad de reconducir una conducta al artículo 563 bis b) debemos estar en presencia, según exige la Ley cambiaria de 16 de julio de 1985, de un documento que se considere por la misma como cheque, y, por tanto, mercantilmente válido⁴⁵. Esta premisa impide, en caso de falsificaciones *diversas y posterior uso del cheque, establecer la concurrencia a la que se refiere el último párrafo del artículo 563 bis b)*, pues el hecho no podría calificarse como de cheque en descubierto.

A su vez Suárez Montes y Bajo Fernández recuerdan que en el supuesto de que se entregue en pago un cheque librado sobre cuenta imaginaria, o sobre cuenta ajena, o sobre cuenta propia, pero cuya facultad de disponer mediante cheque haya sido revocada por el banco y tenga conocimiento de ello el librador, faltaría el contrato de cheque, por lo que no es posible castigar la conducta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 563 bis b)⁴⁶; el hecho, en su caso, se podría llevar al correspondiente delito de falsedad en documento mercantil o, de darse los correspondientes requisitos, a la estafa, sin perjuicio de que exista entre ellos un concurso de delitos si el cheque falsificado se emplea para cometer la estafa⁴⁷.

44 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, II, 375. Véanse los artículos 534 y siguientes del Código de Comercio.

45 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La protección penal del cheque y la letra de cambio", 914 ss; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, II, 380 s; VIVES ANTÓN, en *Derecho Penal*. Parte especial, 1014.

46 SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, 37; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte especial, II, 375.

47 Cfr. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, 38 y 74.