

Sanción Penal del Cheque*

Por HERNANDO MONTOYA ALBERTI

Resumen: El presente trabajo es un estudio del cheque desde el punto de vista de las sanciones penales a que su giro doloso origina. Contiene apreciaciones que comprenden la evolución de este instituto, su estructura, los delitos que pueden cometerse mediante su empleo y la forma cómo se consideran todos estos aspectos tanto desde el punto de vista de la legislación mercantil contenida en la nueva ley de títulos-valores como en el Código Penal.

CAPÍTULO III

ALGUNOS DELITOS EN RELACION CON LOS CHEQUES

Puede darse el caso de la sustracción de formularios para cheques, pero en realidad, tales formularios no tienen valor alguno, sino para su dueño. Fuera de él, nadie los puede utilizar, puesto que van numerados y cada cuaderno pertenece a una serie determinada que no se puede confundir con la de otro cuaderno. No se puede hablar de robo o hurto, pues no es posible encontrar la coexistencia del delito, es decir, el ánimo de lucrar. Lo que sí podría ser factible es la tentativa de falsificar, pues el robo o hurto sería el primer paso para este delito. (26)

En el caso de la sustracción de un cheque nominativo éste es pagado sólo a quien acredite su personalidad, y un tercero a cuyas manos llega, no puede lucrar con él.

El que sustrae a otro un cheque nominativo, no lo hurta o roba en la cantidad equivalente, sólo se le despoja de un papel que puede ser inmediatamente reemplazado por otro. No ha

* Los dos primeros capítulos de esta tesis fueron publicados en el Vol. 35, 1971, pág. 233 y ss.

(26) Langlois Vidal F. "Estudio sobre Cheques", pág. 49 (págs. 84) Imprenta Valparaiso, Santiago 1897.

habido la inmediata apropiación de la cosa y el lucro coexistente que caracteriza estos delitos.

En la generalidad de los casos tampoco hay un simple daño, a menos que se pueda probar con presunciones el único propósito de incomodar al dueño. Tampoco se vislumbra el encaminamiento hacia la falsificación.

En cambio, el que se apropia de un cheque al portador comete el hurto o robo de la cantidad que representa. Es verdad que el legítimo dueño puede todavía anular el cheque, pero no puede impedir que se defraude a otros que de buena fe, lo reciban como moneda. En este caso sí existe el ánimo lucrandi.

En el delito de la falsificación, deben concurrir dos condiciones: el hecho de la falsedad y el perjuicio del tercero.

El que presenta a un banco el cobro de un cheque falso, ha realizado el primer elemento de este delito y lleva en sí el propósito de ejecutar el otro, el perjuicio del tercero.

El giro del cheque en la legislación chilena, es un acto de doble carácter, ya sea civil o comercial, según la clase de operación a que va destinado.

El Código Penal chileno castiga con una mayor pena al reo que comete el delito con cheque comercial, es decir de carácter comercial, que aquel que lo comete con un cheque de carácter civil. El cheque falso cobrado a un banco vendría a ser un delito de cheque con carácter civil. En cambio si con este cheque se realizan operaciones de comercio adquiere un carácter comercial, lo que lo hace acreedor de un delito mayor.

Otros de los delitos se presenta cuando se da en pago de una deuda un cheque sin provisión de fondos, el cual se tipifica dentro de la estafa y está sancionado por el Código Penal peruano en su Art. 244° y el Art. 146° de la ley de títulos-valores.

En este caso es necesario que haya fraude, es decir, intención positiva manifiesta de engañar a otro. Los errores de cuenta o cualquier otra circunstancia semejante que induzcan a otra persona a girar un cheque sin provisión de fondos, no le imponen sino la responsabilidad de reparar su equivocación, con el pago de perjuicios si hubiere lugar a ello.

La falsificación en nuestra legislación se castiga de manera clara en el Código Penal. El Art. 364° del mismo cuerpo de leyes tipifica este delito; se necesita para ello, el hecho de la falsificación y el perjuicio que se irroga al tercero. La pena en los casos que la falsificación se produzca en cualquiera de los títu-

los de crédito, es de penitenciaría no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses y multa de la renta de tres a noventa días.

La falsificación de la firma del girador es uno de los aspectos más debatidos en cuanto a establecer quien debe soportar la pérdida cuando el banco paga un cheque cuya firma ha sido falsificada. Existen deberes correlativos que se desprenden del contrato de cuenta corriente bancaria y que buscan un solo objetivo: garantizar la autenticidad de las órdenes de pago y proteger los intereses de las partes. Si estos deberes no se cumplen en un momento dado y como consecuencia de ello el banco paga un cheque falsificado surge el problema de saber quién debe soportar la pérdida. Al respecto existe disparidad en las legislaciones.

Al responder al cuestionario formulado en la Conferencia de la Haya de 1910, Hungría se declaró partidaria de que el banco respondiera del daño, a menos que las personas encargadas del manejo de los libros de cheques hubiesen omitido las precauciones necesarias. Suiza, planteó que el girado es responsable cuando no es posible imputar culpa alguna al girador. La ley uniforme de Ginebra, acordó las consecuencias derivadas de la alteración de un cheque, pero nada dijo en cuanto a la falsificación de la firma del librador.

La doctrina francesa, que inicialmente estimó válido el pago que se hiciese de un cheque falsificado en condiciones atenuantes de responsabilidad, por aplicación de la teoría de la culpa, empezó luego a configurar la teoría del riesgo, según la cual, —aplicada al caso que nos ocupa— el banquero debe soportar la pérdida por razones de su oficio, a menos que demuestre descuido o complicidad graves de parte del girador.

En el derecho italiano, el problema sería resuelto a través de los principios que regulan el contrato de cheque, esto es, a base de elementos extracartulares. El pago recae sobre el girador si la falsificación es irreconocible por el girado, o si el cliente ha custodiado o confiado mal los módulos en blanco, o que en cualquier otra forma haya procedido con imprudencia. Por el contrario, si el cobro del cheque falso ocurre en circunstancias diversas, el daño debe recaer sobre el girado.

En México, la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito (Art. 194º) dispone que: “La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del

librador, no pueden ser invocados por éste para objetar el hecho por el librado, si el librado ha dado lugar a ellas por su culpa o por la de sus factores, representantes o dependientes”.

“Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librador hubiese extendido al librado, éste sólo podrá objetar el pago. Si la alteración o falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o talonario, hubiese dado aviso oportuno de la pérdida al librado”.

“Todo convenio contrario a lo dispuesto es nulo”.

Como puede apreciarse, la ley mexicana es clara y no da lugar a erróneas interpretaciones.

En la ley colombiana se adopta una posición completamente distinta, el banco debe responder siempre del pago de un cheque falsificado, a menos que el cliente se abstenga de formular el reclamo dentro del año siguiente a la fecha en que ha recibido el correspondiente comprobante de pago. De este modo, la parte más capaz para responder del riesgo, es quien lo soporta, es decir, el banco.

La ley colombiana es rígida, y no tolera que se exonere de responsabilidad al banco por el hecho de que el librador hubiese procedido con descuido o imprudencia. Acreditada la falsedad, el banco debe integrar en la cuenta del cliente la suma que se había debitado con motivo del pago. En caso de culpa del cliente, el banco podrá intentar una acción de indemnización e incluso una acción penal, en caso de complicidad dolosa.

En cuanto a la alteración del cheque, la ley Uniforme de Ginebra de 1931, en su art. 51º expresa: “En caso de alteración del texto de un cheque, los firmantes posteriores a la alteración quedarán obligados con arreglo a los términos del texto de un cheque, los firmantes anteriores, lo estarán solamente con arreglo al texto originario”.

Cuando la alteración es irreconocible, la ley ginebrina le da efecto en relación con los firmantes posteriores.

Según afirma Rocco (27) la Conferencia de Ginebra entendió que las cuestiones de las falsificaciones y alteraciones no debían regularse por la ley Uniforme, por lo que su solución debía buscarse en los principios generales.

El problema, según este autor, consiste en determinar si el perjuicio de la falsificación ha de ser soportado por el librador

(27) Bolaffio - Rocco - Vivante, ob. cit. pág. 349.

o por el girado, sosteniendo, por su parte, que deben aplicarse los principios generales relativos a la culpa. No puede dudarse seriamente, por ejemplo, que el girado responderá si paga sin cotejar la firma del librador, que existe en su poder, o si de adoptar las precauciones usuales hubiera podido darse cuenta de la falsedad o alteración, o si no se hubiese tomado en cuenta una advertencia recibida del librador. Este, en cambio, estará obligado al resarcimiento si, habiendo perdido el talonario de cheques, no diese aviso de ello al girado o fuese negligente en la conservación del talonario. A veces se aplicarán los principios del Código Civil, por los que el librador mandante responde por el hecho del girado, mandatario suyo.

Pero si no existe culpa del librador, ni del girado, consideramos que, de acuerdo con la relación existente entre ellos, y que, en esencia es un mandato, el segundo, en su calidad de mandatario, debería ser resarcido por el librador, por el daño experimentado en el incumplimiento del encargo recibido; no puede negarse que este principio se vincula estrechamente con el pago de un cheque falso, salvo, bien entendido, el derecho del librador a perseguir la indemnización contra el falsificador o el adquirente de mala fe.

En la legislación peruana, la ley de títulos-valores, establece los casos en que el banco responde de los daños y perjuicios por el pago del cheque: cuando la firma esté notoriamente falsificada; cuando el cheque no corresponda a los talonarios proporcionados por el banco al girador ni a los que éste hubiere impreso por su cuenta con autorización de aquel; cuando el cheque no reúna los requisitos exigidos por la ley, en los casos en que el cheque esté adulterado; cuando se presente fuera del plazo señalado en la ley y el girador hubiese notificado la revocatoria del mandato de este pago; cuando el cheque sea a la orden y el derecho del tenedor no estuviere legitimado con una serie regular de endosos.

Son los artículos 169° y 172° que establecen las pautas para esclarecer la responsabilidad del banco por el pago hecho en condiciones no favorables para el librador. El mal pago hecho por el banco responde por cuenta de éste, es decir del mismo girado. Se supone entonces que si se dan las figuras no contempladas o, variadas en parte, del pago mal hecho, es el propio girador el que puede emplear otras acciones para recuperar el pago.

La falsificación de cheques en la legislación española no está prevista especialmente. Ella puede ser castigada como falsedad en documento de comercio, conforme al dispositivo legal pertinente.

Según Cuello Calón (28) el cheque se falsifica no sólo creando uno nuevo falso que induzca a error sobre su autenticidad, sino cuando en un cheque auténtico se altera cualquiera de sus elementos esenciales, por ejemplo, la cantidad expresada en el documento, el nombre y la firma del librador, o el nombre del tomador, si se trata de un cheque nominativo.

Para la existencia del delito de falsedad en documento de comercio, y, por lo tanto, para la falsedad en cheque no será menester, de acuerdo con las normas generales de la jurisprudencia española, ni ánimo de lucro ni perjuicio a tercero.

Basta para la punibilidad del hecho, la consecuencia del dolo genérico constituido por la conciencia de que se altera la verdad en el cheque y por la voluntad de falsearla.

La falsificación de un cheque, la total creación de un cheque falso o el fingimiento de la firma del supuesto librador, constituyen una falsedad esencial de mucho mayor relieve para la falacia propia del engaño, característica de la estafa. El hecho del que falsifica un cheque y lo cobra, es de más relevante gravedad objetiva y revela un delincuente más peligroso que el de librar un cheque sin provisión de fondos. Para Cuello Calón, la solución justa es estimar la existencia de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa.

La posición de Garrigues (29), es más acorde con el pensamiento de la legislación peruana. Este autor, al referirse al riesgo de la falsificación del cheque, dice, que se trata de saber si el librador o el librado es quien debe soportar los perjuicios derivantes del pago de un cheque falso. El principio general es que el librado debe sufrir el daño cuando paga un cheque cuya firma es falsa, porque el librado sólo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador.

Esta solución se reforzaría, pensando que el delito va dirigido contra el banco y que éste, como empresa, debe sufrir el riesgo aislado de la falsificación de cheques, que se compensa

(28) Cuello Calón, Eugenio "Protección Penal del Cheque" Pág. 62 (Págs. 103). Edit. Bosh, Barcelona 1959.

(29) Garrigues, Joaquín, ob. cit. Pág. 749.

con el lucro que obtiene del conjunto de las operaciones de pago que realiza.

La solución precedente se modifica en la práctica bancaria por el doble juego de existencia de la culpa en el librador o de cláusulas modificatorias de la responsabilidad del banco.

Aunque el contrato de cheque nada diga sobre este punto, si la falsificación fue debida a negligencia por parte del librador, es claro, que no debe imputarse al banco las consecuencias del pago. Cuando la culpa es de ambos contratantes, el daño debe ser repartido entre ellos.

Se tiende generalmente a limitar cuanto sea posible la responsabilidad del banco por el pago del cheque sustraído o falsificado.

Cuando se discute sobre el pago de un cheque que se supone falsificado, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: El banco librado ha de probar que la firma era auténtica para poder adeudar la cuenta del librador que niega la autenticidad del documento; en cambio, si el cheque lleva la firma auténtica del librador, pero alega éste, que ha sido alterado el texto, deberá probar el librador su afirmación, dado que el contenido del cheque está aparentemente cubierto por su firma.

1.—*Falsificación y alteración del cheque.*

a) El Código alfoncino designó con el nombre genérico de falsedades a todo mutamiento de la verdad, abarcando las acciones falsas, las cuales deberían llamarse falsificaciones.

Falsedad es toda alteración de la verdad. El delito de falsedad consiste, en la imitación, suposición, alteración, ocultación, supresión de la verdad hecha maliciosamente en perjuicio de otro.

En el uso corriente del lenguaje parece que indicara lo mismo falsedad que falsificación, sin embargo tiene un significado distinto en el Derecho Penal, pues la falsificación supone siempre falsedad, al paso que la falsedad no implica siempre falsificación; una es el género, la otra una de las especies de aquel. Para que exista falsificación es necesario la previa existencia de un documento o de un objeto verdadero, que mediante ciertos procedimientos se altera, y al alterarse se falsifica. A diferencia que la falsedad indica la comisión de un hecho o la ejecución de un acto, en el que no se expresa la verdad, sino que

a sabiendas se emiten conceptos no verdaderos. La falsedad se comete sin la necesidad de la existencia previa de un objeto, la falsificación no se produce sin ella.

El bien jurídico protegido es la fe pública. La sociedad para subsistir, requiere que se garantice siquiera en un mínimo las relaciones jurídicas. La fe pública constituye un bien o interés jurídico, una entidad real, y su titular es la sociedad, vale decir, la colectividad viviente dentro del Estado.

Por falsificación entiende el Diccionario de la Real Academia, el delito de falsedad que se comete en documento público, comercial o privado, en moneda o en sellos o marcas.

Según Carnelutti, las diferentes maneras en que puede llevarse a cabo falsedades son: por contrahechura, sustitución, ocultamiento, alteración, o bien destruyendo o al atestiguar.

Falsificar es adulterar, corromper o contrahacer una cosa material y solamente una cosa material. Así decimos que alguien falsificó una moneda, un cuadro o un testamento, y que no lo falseó.

En esencia la falsificación es una imitación de lo auténtico, de lo genuino, es decir, de ciertos signos que caracterizan un modelo; así en la falsificación de billetes de bancos, el modelo genuino es el billete bancario. Este modelo constituirá siempre el objeto material del delito.

La acción típica de este delito o núcleo de la acción delictiva está dada por el empleo de dos verbos: "falsificar" o "adulterar". El primero de ellos importa la creación de un documento falso por imitación de uno verdadero. Es decir, requiere como condición esencial la imitación. Por "adulterar" se entiende cambiar la naturaleza de un documento o modificar algunas de sus enunciaciones esenciales. Importa una inmutación de la verdad.

El cheque de por sí es un documento privado y como tal su falsificación requiere para su punición, además de aquella posibilidad de que con ella se cause perjuicio, que el cheque sea usado. Puesto que en materia criminal, la falsificación de cualquier documento privado se perfecciona solo mediante el uso del documento de que se trata. Existe uso cuando se cumple de parte del sujeto activo de la conducta, un acto positivo, con el cual se presenta o se ofrece el documento, procurándose el perjuicio ajeno o el provecho sustentado en la falsedad, es decir, que de alguna manera ese uso esté destinado a cumplir un destino, propio del documento.

Existe falsificación de cheque, cuando se falsifica en sentido amplio cualquiera de las enunciaciones, requisitos impresos o manuscritos, y para que aquella sea punible, basta, que de ella misma pueda resultar perjuicio. En la falsificación es necesario que se imite la firma del titular de la cuenta contra la cual se gira, y esta falsificación debe recaer sobre un cheque auténtico emitido por persona determinada, que gira sobre su cuenta bancaria, ya sea alterando lo verdadero, como por ejemplo la cantidad o la fecha, o imitando la firma del titular de la cuenta, pues es sólo mediante la realización de conductas ilícitas que puede surgir la posibilidad de causar perjuicio.

La idea de falsificación e imitación son inseparables. Cuando se dice que la firma de un cheque ha sido falsificada, pensamos de inmediato que ha habido una imitación de la firma verdadera.

Si no hay imitación de la firma no se puede hablar de falsificación, pues cualquier otra firma que no imite a la verdadera no puede calificarse como imitación, y por lo tanto el banco no se verá obligado a pagarlo y así no se causará perjuicio alguno.

Cuando en vez de entregado a un banco, el cheque se entrega a un particular, si bien éste, al recibirlo de buena fe, puede verse perjudicado en su patrimonio, tal perjuicio no surge del documento en sí mismo, directamente, sino del ardid desplegado por quien lo entregó haciendo creer que se trataba de un documento verdadero. Por eso, en tales casos, se está sólo frente a un delito de estafa, sin que sea posible, también la existencia de un concurso ideal con falsificación de cheque.

En cuanto a la falsificación de la firma del endosante no implica falsificación del cheque, porque el endoso no hace a la esencia de ese instrumento, sino que es únicamente la forma necesaria que hay que adoptar para llevar a cabo la trasmisión de dominio de ciertos y determinados cheques. Sin embargo durante mucho tiempo la jurisprudencia de los tribunales argentinos sostuvo la tesis que la falsificación del endoso importaba la falsificación del cheque con todos los efectos de la equiparación a la falsificación de moneda. En realidad tal supuesto es equivocado, puesto que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del endoso, lo cierto, es que el mismo constituye algo distinto del cheque mismo, lo que excluye la posibilidad de analogía entre una y otra institución a los fines de aplicación de una norma penal.

Si bien es verdad, que la ley de títulos-valores no enumera el endoso como uno de los requisitos del cheque, el hecho que se suscita en torno a la falsificación de la firma del endosante no permite involucrarlo dentro de la institución del cheque en sí mismo.

El endoso es la forma natural de transmitir el cheque a la orden y como tal no constituye ni podía constituir al endosante en nuevo librador, pues su firma al dorso no importa una nueva orden al banco girado, sólo tiene por alcance cambiar la titularidad del beneficiario, sin afectar, ni la integridad del cheque ni su valor autónomo originario, que no obstante la falsedad de algún endoso, perdura obligando al banco.

En realidad, lo que la ley busca reprimir es la falsificación en la emisión de un cheque falso, pero no su negociación posterior. Esto último podría ser materia de estafa, pero no de falsificación.

Podríamos concluir diciendo, que, siendo los cheques particulares documentos privados, para que pueda considerarse configurada su falsificación, es menester que el cheque haya sido usado por el mismo autor de la falsificación, o por un tercero que conociera tal circunstancia y además que se haya efectuado, para el logro de la falsificación, una imitación de la firma del titular de la libreta entregada por el banco, sin que pueda, por cierto, exigirse que esa imitación sea perfecta.

Como consecuencia de lo dicho, entendemos que quien falsifica un cheque, firmándolo con el nombre de persona inexistente, realiza una conducta que no importa falsificación de cheque, y que es sólo el medio engañoso, utilizado para la comisión de un delito de estafa.

Falsificación de instrumentos privados.— El elemento primordial en esta figura de la falsificación, es el perjuicio que se ocasiona a tercero. En el Código Penal chileno, constituye agravante el hecho que la falsificación recaiga en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles.

A diferencia de lo que sucede con los documentos privados, en los documentos públicos falsificados el perjuicio puede ser de índole patrimonial o moral. En la falsificación de instrumentos privados queda sujeto a sanción sólo cuando ocasiona perjuicio a tercero.

La falsificación de un instrumento privado, en el Código Penal chileno es un delito material, que puede darse en forma imperfecta en lo concerniente al elemento perjuicio. Pues así lo califican los tribunales chilenos, al calificar la tentativa de falsificación de instrumento mercantil el hecho de falsificar un cheque si no alcanza a producirse el perjuicio por haber quedado su cobro en un principio de ejecución; y de delito frustrado el hecho de que el reo ponga de su parte todo lo necesario para defraudar, mediante engaño y su propósito no llegue a consumarse por causa extraña a su voluntad.

Falsificación documentaria y estafa.— Para determinar la relación existente entre ambos delitos es preciso distinguir entre falsificación de instrumento público y falsificación de documento privado.

El primero es de un delito distinto y diferente de la estafa, por cuanto se perfecciona por su sola materialización, produzca o no perjuicio a tercero.

Cuando se trata de falsificación de documento privado y el elemento perjuicio que integra el delito tienen un contenido económico, estamos frente a una forma especial de estafa y entre ambos hechos delictuosos existe un concurso aparente de leyes penales. No es posible dar a un hecho la doble calificación de falsificación de instrumentos privados y estafa, porque entre ambos delitos existe un común denominador: el perjuicio de tercero. De aquí deriva la exigencia de que la acción punible sea encuadrada en uno de esos tipos delictuosos con exclusión de otros. El problema se resuelve de acuerdo al principio de la alternatividad, según el cual, hallándose en conflicto dos textos penales, debe prevalecer el precepto que tutela el bien jurídico más importante.

Hay una gran tendencia, sin embargo, que se inclina en favor del principio de la especialidad y declaran que en este caso prima la disposición específica, es decir el delito de falsificación, el cual se configura solo mediante las particularidades de la ejecución que taxativamente estén señaladas. En cambio la disposición genérica, califica en términos generales como estafa el hecho de defraudar o perjudicar a otro usando "de cualquier engaño".

Quintano Ripollés (30) dice que en la falsificación propiamente dicha del cheque, se suscitan dos cuestiones de especial interés. Una es la del cheque en blanco; otra, la de determinar con exactitud la cualidad de sujeto pasivo del delito cuando el pago llegare a realizarse.

El cheque en blanco, debidamente firmado por el librador, pero llenada la casilla de la cantidad por un tercero a quien no fuese destinado o no autorizado para ello, es seguramente una falsedad, pero con vida y problemática propia. Pues según este autor, encaja en la falsedad documental propiamente dicha. Quien extiende un cheque en blanco y lo entrega a otro, realiza un acto de confianza, una libérrima disposición de su firma, que puede ciertamente abusarse, pero no ya tan ciertamente falsificarse. Si el destinatario rebasa la cuenta establecida, defrauda de por sí, pero seguramente no falsifica.

En cuanto a la determinación del sujeto pasivo en el delito de falsedad de cheque cobrado, se suscita la discusión de si tal carácter es atribuible al librado que paga, o al librador, cuya personalidad se suplanta. La cuestión tiene una doble importancia, según Ripollés: primero, para los efectos de precisar el beneficiario de la responsabilidad civil; y segundo, a los puramente penales de la individualización de la víctima, ya que siendo una sola, es decir, el banco, fuera más factible llegar a una posibilidad de delito continuado. Para el primer caso la solución ha de buscarse, en el hecho probado del perjuicio patrimonial, es decir, si el librado, después del pago repuso o no su fondo al librador. Para el segundo supuesto, la cualidad de sujeto pasivo debiera ser atribuida al librador única y exclusivamente, pues es su persona y su voluntad lo que suplantó y es su crédito el que se vulnera con la falsedad; valores que en cambio permanecen incólumes en el librado. Y siendo el delito de falsedad predominantemente una infracción contra el crédito más que contra el patrimonio, la víctima es antes que nadie la que sufre el perjuicio directo contra aquel valor jurídicamente protegido.

La estructura así dibujada es puramente penal y no prejuzga, naturalmente la cuestión civil que establezca que parte debe soportar el perjuicio efectivo ulterior, asunto a resolver según los pactos existentes en el contrato de cheque y los principios ge-

(30) Quintano Ripollés, Antonio, "Falsedad Documental" Pág. 131 (Págs. 270) Instituto Editorial Reus, Madrid 1942.

nerales de derecho civil y mercantil. A lo penal le interesa tan solo la víctima, actual, que es la que sufre el mal inmediato del quebrantamiento de su fe y crédito, aunque el daño patrimonial recaiga luego sobre un tercero.

b) En referencia a la alteración de cheques cabe agregar, que ésta sólo se produce sobre uno de los elementos esenciales del cheque. Puede darse el caso que se produzca sobre la fecha, la cantidad, raspaduras parciales, sustitución o sobreposición de signos, etc.

Uno de los puntos más interesantes en relación a la falsificación, es el relativo a la responsabilidad por el pago del cheque falsificado. Al respecto el art. 172º de la ley peruana, en el inc. 1º establece que el banco responde si abona el cheque cuando la firma del girador está notoriamente falsificada. Quiere decir esto que a criterio del juez queda el calificar la firma notoriamente falsificada, pues en caso que esta firma sea falsificada con gran precisión se supondría que es el girador el que sufre el daño.

2.—*El Giro doloso del cheque.*

a) El Criterio acorde en las Conferencias Internacionales.

En cuanto a la protección que se debe dar al cheque, hemos adelantado respecto de las falsificaciones, que en las Conferencias Internacionales se había adoptado por dejar a libre criterio de los Estados la manera de imponer las penas en lo relativo al cheque.

El cheque, instrumento de pago, que hoy llega a asumir el rango de verdadera moneda, ha alcanzado en nuestra época una considerable difusión. Para que cumpla satisfactoriamente su función es necesario que infunda confianza. Su tomador debe tener plena seguridad que será pagado a su sola presentación, que tenga, así, la misma seguridad de la moneda. Si la confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consiguiente, las considerables ventajas económicas que origina. (31)

Los hechos atentatorios a la seguridad del cheque, lesionan juntamente a bienes jurídicos colectivos e individuales; por una parte, el interés general público, relativo a la circulación fiducia-

(31) Rodolfo Moreno "El Código Penal y sus antecedentes" Tomo VII Pág. 125 (págs. 341) H. A. Tomasi, Buenos Aires 1923.

ria del cheque; por otra, el derecho patrimonial del tomador o tenedor, víctima posible de una defraudación.

Ni las sanciones fiscales, hace ya tiempo existentes en algunos países, ni los preceptos generales del derecho penal común, se han considerado suficientes para mantener y reforzar la seguridad del cheque, por lo que se ha estimado es necesario crear disposiciones penales especiales que han dado vida a una serie de figuras de delito cuyo conjunto constituye lo que Garraud ha denominado "Derecho Penal del Cheque".

En la Segunda Conferencia Diplomática celebrada en la Haya en 1912, se planteó respecto al cheque, la cuestión del establecimiento de sanciones penales. Adoptándose el acuerdo que en el caso de emisión de cheques sin provisión de fondos, quedaba reservado a los Estados contratantes, la facultad de regular sus consecuencias civiles, penales y fiscales (art. 3º). En la Conferencia Internacional de Ginebra de 1931, las delegaciones danesa, noruega y sueca, propusieron la sustitución del art. 3º por la siguiente enmienda: "El que por dolo o negligencia librare, con perjuicio ajeno, un cheque sin provisión será penado con arreglo a las disposiciones relativas a esta materia. También será castigado el librador que sin justo motivo revocare un cheque o impidiese su pago de otra manera". El problema básico era la conveniencia o no, de establecer sanciones penales para reprimir la emisión de los cheques que no respondan a los preceptos de la ley Uniforme, o dejar a cada Estado la facultad de regular sus consecuencias civiles, penales y fiscales. La mayoría de los países se opusieron a la inserción de sanciones penales dentro de la ley Uniforme. (32)

En virtud de ésto, en la ley Uniforme no se hace mención alguna de delitos ni de sanciones penales, conservando cada Estado la facultad de imponerlas separadamente. Así fracasaron las tentativas encaminadas a una represión penal internacional con miras a la protección de la seguridad del cheque.

Si la regulación penal internacional del cheque ha fracasado, no puede decirse lo mismo de su regulación en el campo del derecho penal interno, pues actualmente considerable número de países, en leyes especiales o en preceptos de su Código Penal común, han creado y sancionado en esta materia diversas figu-

(32) Cuello Calón ob. cit. Pág. 8.

ras delictivas y entre ellas, principalmente la más típica y difundida constituida por el libramiento de cheques al descubierto.

b) Concepto y naturaleza del giro doloso del cheque.

En cuanto al concepto, expresa Labatut (33) en referencia a la legislación chilena que el delito de giro doloso de cheques, no tiene en la estafa otro punto de contacto que la pena aplicable, pues el art. 22 de la ley de cheques aplica la pena de presidio indicada en el numeral correspondiente a la estafa, es decir, la del art. 467 del Código Penal de ese País. Se aplica al librador que gire cheques sin tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del banco librado, o los retire después de expedido el cheque; o que gire sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales no autorizadas por la ley, y no consignase fondos suficientes para atender al pago del cheque y de las costas judiciales dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se notifique el protesto.

A diferencia de la estafa, el bien jurídico protegido en este caso es el orden público económico.

Estructuralmente, es un delito de doble acción, porque la conducta criminosa se descompone en dos acciones sucesivas, que se integran recíprocamente: la primera, el giro de un cheque sin provisión de fondos o en algún otro de los casos enumerados en el párrafo anterior; la segunda acción, es el hecho de no depositar el valor del documento y las costas dentro del plazo señalado. La necesaria concurrencia de ambas es requisito "sine qua non" para que el delito exista legalmente.

De esta particular característica del delito de giro doloso de cheques resulta en la legislación chilena, "que se consuma por el solo hecho de no consignarse, dentro del tercer día de notificado el protesto el valor del cheque y las costas". Según jurisprudencia de la Corte de Concepción, "notificado el protesto de un cheque, el pago hecho en forma diversa de la señalada en el inc. 2º del art. 22º de la ley de cheques, no hace desaparecer la infracción ya perpetrada", por lo que la cancelación privada del documento, efectuada directamente al tenedor, es insu-

(33) Gustavo Labatut "Derecho Penal" Tomo II, Pág. 360, (Págs. 430) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1958.

ficiente para enervar las consecuencias penales del hecho. Sólo cabe tener presente dicho pago para fundar en él una causal atenuante de la responsabilidad criminal fundada en la reparación del mal causado por el delito.

Siendo la notificación del protesto uno de los elementos que tipifican el giro doloso, si ello ha sido declarado nulo, no ha podido cometerse el delito. Dicha notificación tiene una doble finalidad; preparar la acción criminal y la vía ejecutiva. Respecto de la primera, la nulidad de la notificación obtenida por acuerdo de las partes ante el juez civil carece de valor, pues corresponde al del crimen apreciar la validez de esa diligencia, independientemente de lo que convengan las partes.

Del carácter legalista del derecho penal resulta que para que este delito quede tipificado es condición precisa que el cheque reúna todos los requisitos exigidos por la ley.

En cuanto al sentido que cabe atribuir a la expresión "cuenta existente", habría que aclarar que se entiende por "cuenta cerrada", esto es, dentro de la técnica bancaria la que sirva para designar las cuentas corrientes a que se ha puesto término por voluntad del banco librado, del librador o de ambos, por lo cual no existe entre ellas diferencia alguna. Para aplicarse el artículo en referencia de la ley chilena, es preciso que el girador sea o haya sido el titular de la cuenta corriente, porque si no tenía esa calidad, sino que giró con su nombre en cheques pertenecientes a cuentas de terceros, habría cometido una estafa.

En el Código Penal chileno, el delito de giro doloso del cheque, se ubica dentro del capítulo "Estafas y otros engaños".

Según expresa Víctor Barahona Bustos (34) el delito de giro doloso es un delito plurisubsistente, compuesto de una acción y de una omisión, siendo sus elementos configurantes, sin que ninguno de ellos pueda faltar, sin que la conducta deje de ser delictual. Estos elementos son: a), la emisión, b), el protesto, el banco puede rechazar el cheque cuando no cumple con los requisitos de la emisión, c), notificación judicial. El protesto del cheque, es el comienzo de la actuación en contra del girador por la falta de pago del cheque. Pero, estando este medio destinado a urgir el pago para evitar el perjuicio del tenedor y

(34) Barahona Bustos V. "Elementos del delito de giro doloso del Cheque Pág. 25 (Págs. 113) Memoria N° 3 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. Católica de Chile.

siendo para este, de interés poner de manifiesto la mala fe del librador (legalmente presunta), es lógico y necesario que el protesto sea llevado a su conocimiento.

El acto oficial de poner en conocimiento del girador el protesto del cheque, es la notificación del mismo, lo que podríamos definir como "el acto de poner en conocimiento del girador, la diligencia del protesto del cheque".

c), La no consignación, en pago del cheque y de las costas.

El art. 10º del Código Penal chileno en su numeral 12º dice: "Están exentos de responsabilidad criminal: el que incurra en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima e insuperable".

Esta sería, pues, una causal eximente a la tipificación del delito de giro doloso. La omisión estaría dada por la no consignación en tiempo y forma legales.

El aspecto subjetivo de dar cheques sin provisión de fondos ha sido descuidado, dando a la figura un carácter objetivo.

El dar un cheque sin provisión de fondos es delito doloso. En la ley argentina (9077), se da un plazo de veinticuatro horas para reponer la cantidad no abonada por falta de fondos. El decreto Ley 4778/63 mantiene esta tolerancia. Se tiende a salvar a las personas que procediendo de buena fe y con sinceridad hayan cometido un simple error girando sin provisión de fondos. Se concede entonces el pago posterior como una oportunidad de enmienda de la falta ya cometida y si en este caso no se pagaba, se era responsable del delito, aunque hubiera obrado con culpa al librar el cheque sin respaldo.

Algunos autores ven en esta figura una infracción que podría cometerse por imprudencia o negligencia, sin que preocupe para la intención del librador del cheque, ni su buena o mala fe. Se apoyaba también esta figura bajo el punto de vista del delito culposo.

Pero la jurisprudencia argentina hace prevalecer la convicción de que se trata de un delito doloso. Se apoya en dos razones decisivas: a), porque siendo la punibilidad a título culposo de carácter excepcional sólo debe reconocérsele cuando ha sido expresamente prevista, lo cual no ocurre en el delito de cheques sin fondos; y b), porque además la responsabilidad por mera

culpa en la realización en la conducta descrita por la ley penal, no es admisible en los delitos llamados formales.

Como mencionamos anteriormente, existen dos etapas en este delito: la primera consiste en dar el cheque sin respaldo; y la segunda, en no pagarlo dentro de las veinticuatro horas de la interpelación. Hay pues, una actividad inicial y una omisión final que completan la acción reprimible.

El delito podía consistir en librar el cheque sin fondos, pero podía quedar exento de la pena, si se pagaba en el lapso de veinticuatro horas. Se trata entonces de una excusa absolutoria. Posteriormente la ley argentina N° 16648 hace a este delito plurisubsistente.

Cabría preguntarnos, ¿en qué etapa este delito es doloso? Una corriente afirma que se trataría de un delito doloso al momento de emitirse el cheque sin fondos o sin expresa autorización para girar y no en cuanto a la omisión de pagarlo dentro del plazo de gracia.

Por otra parte se opina que esta etapa no exige la presencia del dolo, pues se ve en la interpelación de pago. Es más un requisito formal, que una real comunicación al deudor. El conocimiento ficto de la intimación hace incurrir en omisión culpable al obligado por el transcurso de las veinticuatro horas, aunque en realidad ignore si el plazo ha comenzado a correr.

Fontán Balestra en su obra "Reforma del Código Penal" (págs. 134 y 137), propugna un conocimiento real, no presumible o tácito, del rechazo del cheque o de la interpelación del pago. Sobre todo ahora en que el pago dentro del plazo de gracia ha dejado de ser una excusa absolutoria, el dolo debe hallarse tanto al final como al comienzo de la acción compleja.

El dolo existiría entonces, al comienzo, en la entrega del cheque; y al final, en la falta de pago.

En cuanto al dolo al comienzo (35), en la entrega del cheque, en su momento inicial comprende: 1), conocimiento de las circunstancias típicas, esto es, saber que se está dando en pago o entregando un cheque sin fondos y sin autorización expresa para girar en descubierto.

2), comprensión de la criminalidad del acto.

3), voluntad de hacerlo.

(35) Revista "La Ley" Argentina, 8 de julio de 1968, Buenos Aires.

Todo esto debe existir al tiempo de dar en pago o entregar el cheque ("Edmundo Mezger" D. Penal Parte General, págs. 66 y ss.). El dolo subsiguiente no tiene ningún valor. De modo que si el librador entrega el cheque de buena fe, creyendo tener fondos suficientes no comete el delito porque con posterioridad se entera de la falta de fondos y se aprovecha de ello, o la acepta sin intentar ponerle remedio.

1) *Conocimiento de las circunstancias típicas.*— El delito en esta primera etapa consiste en dar en pago o entregar el cheque sin respaldo. El autor debe saber que está dándolo o entregándolo a un tercero.

Quien sólo ha hecho un cheque y lo entrega a su dependiente para que lo guarde hasta el momento oportuno, o hasta que recabe una indicación suya para darlo, no comete el delito si aquel lo hace circular sin su autorización, excepto cuando el autor del cheque obra en dolo eventual.

En cambio, si completa esta primera etapa del delito el que da el cheque a un tercero confiado en la promesa de no presentarlo al banco ni hacerlo circular, porque la descripción no requiere más efecto que el de dar el cheque a un tercero, y lo que ocurre después es riesgo a su cargo. Por eso quien da un "cheque en garantía" obra dolosamente.

También debe saber que carece de fondos suficientes o de autorización para girar sin ellos. Los fondos o la autorización expresa, deben existir al tiempo de dar el cheque; la creencia de que habrá de contarse con ellos cuando sea presentado al banco no borra la culpabilidad, si en el momento de dar el cheque no existían los fondos o la autorización. El delito no requiere en esta etapa conocimiento o intención de otro resultado que no sea éste: que el tercero reciba un cheque que en ese momento no tiene fondos. Es una consecuencia de su carácter formal.

El retiro de fondos por razones extrañas a la voluntad del librador después de dar el cheque, no le hace incurrir en el delito aunque tenga conocimiento del retiro, con tal que los fondos existieran a tiempo de entregar el documento. Por esta razón, no comete el delito "quien no repone el importe del cheque cuando su provisión existente desapareciere en virtud de embargo".

El delito tiene un carácter formal por lo que no es necesario la previsión de ningún resultado que no sea el estrictamente típico.

En referencia al cheque en blanco o sin fecha, dentro de este primer punto del dolo al comienzo en la entrega del cheque, cabe la posibilidad de incurrir en delito dando un cheque en blanco o sin fecha, lo cual es muy discutido.

No son convincentes las objeciones basadas en que el papel entregado en esas condiciones no es un cheque porque le faltan requisitos esenciales. Pero sin tomar en cuenta esta validez comercial, la cuestión debe ser resuelta desde el punto de vista penal.

El que pone una condición relevante para que el resultado típico se produzca, es autor del delito aunque otra persona, culpable o no, complete su obra. Son complejas las relaciones entre causalidad, autoría y culpabilidad, pero cuando hay nexo causal relevante entre el acto y el resultado, y además culpabilidad o dolo, en este caso el delito puede atribuirse al que puso la condición. Por otra parte es admisible la relación de *autoría mediata* entre el agente calificado (titular de la cuenta del banco) y el ejecutor, culpable o inocente.

El dolo dependerá de la intención del girador y lo que haya tomado a su cargo.

El error *facti* elimina la responsabilidad del agente. Porque si es invencible quita toda culpabilidad y cuando no lo es desaparece el dolo.

El error y la ignorancia disculpantes puede recaer sobre cualesquiera de las circunstancias típicas (no saber que lo que entrega es un cheque, no saber que se lo está dando en realidad, no saber que carece de fondos o de expresa autorización para girar) o sobre la serie causal (no saber que el cheque librado en esas condiciones será entregado a un tercero).

El error sobre el estado de la cuenta, es el más frecuente. La equivocación sobre la naturaleza del documento constituye un "error de tipo", pero no un error *facti*, valdría más considerarlo como un error de derecho.

El olvido equivale a la ignorancia y disculpa lo mismo que ella. Sea o no perdonable, basta con que sea sincero. El olvido sobre el estado de la cuenta es, a menudo, causa de inocentes libramientos sin fondos.

La duda no siempre disculpa. Sebastián Soler afirma que nunca anula el dolo. Otros como Jiménez de Asúa, opinan que si bien no anulan el dolo, puede según las circunstancias dar lugar a dolo eventual o a simple culpa, según se haya consentido o no el resultado doloso.

El que duda sobre la existencia de fondos suficientes y no obstante da el cheque, obra con dolo cuando acepta como posible que el cheque sea rechazado y consiente o toma a su cargo ese resultado. Pero, en cambio si sin resolver su duda da el cheque con la esperanza de tener fondos obra culposamente y no puede por tanto, ser reprimido como autor del delito.

2) *Comprensión de la criminalidad del acto.*— El dolo también requiere comprensión de la criminalidad del acto. Entre los elementos del dolo debemos contar, con el conocimiento de los hechos, y la voluntad de realizarlos. Aunque hay alguna tendencia a considerar como elemento del dolo el de su significación frente a la ley penal.

El error y la ignorancia de derecho, en la opinión dominante no otorga poder disculpante al error o ignorancia de derecho. Pero si se aspira a aplicar un derecho justo es inevitable aceptar la necesidad de contemplar, por lo menos, ciertos casos extremos que colocan a los jueces en incómodas situaciones.

La infracción aquí considerada no ofrece mucho margen para el error o la ignorancia de prohibición (derecho) o de tipo (hecho), que recae sobre cuestiones de derecho, porque en esta clase de yerros la duda no excusa, ni se admite la ceguera jurídica. De tal modo, es difícil concebir que el principal actor del ilícito, el cuenta correntista, incurra en hechos de manera excusables, sobre todo porque antes de otorgársele la libreta de cheques, se le exige formal compromiso de usarla correctamente.

La cuestión es susceptible de plantearse con relación al partícipe en el delito, el cual puede ignorar todo lo relativo al tráfico de estos papeles. En tal caso hay que contemplar la inocencia del rústico que no conoce un cheque.

3) *Voluntad de hacerlo.*— El dolo no se agota con el conocimiento de estar dando antijurídicamente un cheque sin fondos; es preciso que concurra la voluntad de hacerlo, sin la cual el acto no es doloso.

El dolo directo y el indirecto no presenta mayor dificultad en lo que aquí preocupa. El agente obra dolosamente cuando quiere dar el cheque malo, no importa con que propósito ulterior (dolo directo), o cuando la entrega del cheque sin respaldo a un tercero sea una consecuencia necesaria e ineludible de su conducta actual querida (dolo indirecto).

Dolo eventual.— También puede darse el cheque con dolo eventual. Pero no hay que confundir los casos de mera culpa o de imprudencia con los de auténtico dolo eventual.

Obra con dolo eventual el que gira el cheque sin fondos sabiendo que puede ser dado a un tercero, y acepta, aprueba o toma a su cargo ese posible resultado. Obra imprudentemente, en cambio, quien deja cheques firmados a su dependiente para atender el giro de comercio, sin prever que este puede dar en pago antes de recibir el aviso convenido o, si han sido emitidos en blanco, llenarlos por cantidades mayores que las admitidas por la cuenta bancaria.

En cualquiera de los casos debemos tener en cuenta la actitud real del librador. No debe castigarse como librador doloso a quien debió representarse la posibilidad de la entrega del cheque o de la falta de fondos, sino a quien realmente tuvo esa representación y obró aceptando el resultado. No basta con invocar la duda o la inocencia, pues si bien el dolo no se presume, es lícito extraerlo de las circunstancias del caso y es muy difícil creer que una cuenta bancaria se maneje con demasiada imprudencia o despreocupación.

Cheque con la cantidad en blanco.— No siempre que un cheque dado en blanco, rechazado luego por el banco por falta de fondos, el autor es responsable a título de dolo eventual.

Se conciben dos hipótesis: a), que al tiempo de ser librado el cheque existan fondos en la cuenta, aunque insuficientes para cubrir la cantidad escrita por el tenedor; y b), que en el momento de ser librados no existan fondos.

a), quien, teniendo fondos en su cuenta da un cheque en blanco confiado en que habrá de ser llenado con una suma acorde con el estado de la misma, obra culposamente si el tercero traicionó su confianza.

Pero si al darlo toma a su cargo la posibilidad de que sea llenado por una suma mayor que la existencia actual de fondos en su cuenta, obra dolosamente.

b), en cambio, quien da un cheque sin fondos, aunque lo entregue dejando en blanco la cantidad, comete delito con solo aceptar la posibilidad de que sea completado, porque los fondos deben existir en el momento de dar el cheque.

Pero, en cualesquiera de los supuestos, la duda, la buena o mala fe, deben ser observadas desde el punto de vista de la posibilidad de que el cheque sea completado por el tenedor. Téngase en cuenta que el cheque recién existirá como tal cuando se escriba la cantidad, ya que el librador se limitó a poner la principal condición de su existencia, pero sin completarlo.

La cuestión se resuelve, por consiguiente con las mismas reglas del dolo eventual, según haya obrado imprudentemente (culpa) o tomando a su cargo el posible resultado (dolo).

Cheque sin fecha.— Cuando el cheque se entrega sin fondos suficientes para cubrir la cantidad escrita en él, pero sin fecha, el caso es en cierto modo parecido al precedente referido.

A tiempo de dar el cheque el librador sabe que no tiene fondos. El dolo radica, pues, en admitir que el tenedor complete el texto del documento, porque si esto ocurre y se produce además el resto de la acción descrita por la norma (rechazo del cheque, intimación y falta de pago), el delito se habrá perfeccionado por dolo eventual del girante que consintió ese resultado en el momento inicial.

Pero también en este caso obra culposamente, y, por ende, no comete el delito, quien confía en que el tenedor no completará el cheque o que existirán fondos cuando el cheque tenga su fecha escrita.

El plazo de validez del cheque se cuenta a partir de la fecha escrita en él y no desde el día en que fue dado sin fecha. A este respecto la discordancia entre la fecha convenida y la estampada por el tenedor contra la voluntad del librador, se pueden resolver con los mismos principios del dolo eventual o la simple culpa.

Cheque posdatado.— Es aquel que lleva escrita una fecha posterior a la de su libramiento.

Entre la nulidad y la validez del cheque posdatado nuestra ley ha aceptado la solución de la ley Uniforme de Ginebra. El cheque es, pues, pagadero a la vista y se pagará el día de su presentación y la fecha posterior se debe tener por escrita.

En consecuencia, quien da un cheque sin fondos, aunque lo entregue posdatado, no deja por ello de obrar con dolo directo.

Cheque dado en garantía.— La ley reprime a quien entregue por cualquier concepto a un tercero el cheque sin respaldo, de modo que el cheque dado en garantía del pago de una deuda, aunque se trate de obligación no vencida no es excepción.

El dolo es directo cuando se da en garantía un cheque completo, aunque sea posdatado, y cuando se entrega incompleto puede o no haber dolo eventual.

Pero la cuestión merece alguna consideración, en la medida que ha sido motivo de discrepancias debidas sobre todo al justificado recelo en dar a la usura un medio extorsivo. Es sabido que los prestamistas exigen cheques con el propósito de poder amenazar al remiso no sólo con la ejecución del documento, sino además con la cárcel. El problema no es, sin embargo, tan grave si se presta más atención al aspecto de la culpabilidad del que da en garantía un cheque sin fondos.

Si el girador obró coaccionado o en situación de no serle exigible otra conducta, no cabe atribuirle culpabilidad y, por supuesto, no será responsable cuando medie un verdadero estado de necesidad.

Mas no todos los casos son iguales. El motivo determinante suele ser de gran importancia para esclarecerlos: hay quien acude al usurero como último y desesperado recurso, apremiado por una grave situación, y hay quien en cambio lo hace para seguir jugando a la ruleta. Una cosa es el deudor desesperado a quien se le exigió el cheque como garantía y otra el que sin apremio que lo justificara fue en busca del usurero a ofrecer el cheque que éste se limitó a aceptar. Los jueces deben calificar según las circunstancias con la prudencia que les es exigible.

En cuanto al dolo al final, en la falta de pago, se contempla la posibilidad de poder pagar dentro del plazo de gracia.

El decreto ley argentino 4773/68 transformó al pago dentro del plazo de gracia de veinticuatro horas en una excusa absolutoria.

El dolo estaba, sin lugar a dudas, en el acto de librar el cheque sin fondos, en tanto que la omisión de pagarlo en el plazo de gracia permitía ser interpretada como un acto indiferente a la culpabilidad.

Por ley argentina 16.648, la omisión de pagar el cheque dentro del plazo de gracia forma parte de su descripción típica. El delito no se agota en dar el cheque malo. La figura consta de dos etapas: el que da un cheque sin provisión de fondos, y que no lo abonara dentro de veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago. Esta segunda acción negativa debe ser dolosa como la primera. El pago dentro del plazo de gracia no es una excusa absolutoria sino una causa de ausencia de tipicidad.

La falta de pago es resultado de un "doloso omitir de la gente", como "abstención de un acto debido y esperado", por no haber hecho lo que se esperaba de él, es decir, por no haber pagado a pesar de conocer la intimación y sin que nada se lo impidiera, salvo su voluntad contraria o la falta de dinero.

Según expresa Jiménez de Asúa, no basta la simple inactividad que puede ser producto de la ignorancia de la interpelación; es necesario una verdadera acción negativa traducida en la falta de realización de una acción esperada y exigible.

La falta de dinero no disculpa porque en realidad viene a formar parte de la acción inicial. Está comprendida en el dolo directo, indirecto o eventual con que fue librado el cheque sin fondos. El librador de un cheque malo, tenga o no fuera del banco dinero con que cubrirlo, carga desde el libramiento doloso con el riesgo de no tener con que pagarlo cuando le sea reclamado.

Elementos del dolo en la omisión de pago.— Rigen respecto a la culpabilidad en esta segunda parte del delito todas las condiciones de una omisión dolosa, es decir, requiere que la acción incumplida (pago) sea exigible y posible.

Deben pues concurrir: A), conocimiento de la omisión;

B), comprensión de la criminalidad de la omisión; C) voluntad de la omisión.

A) *Conocimiento de la omisión.*— El agente debe saber que está incumpliendo el pago dentro del término fijado por la ley, para lo cual es indispensable que tenga conocimiento real, no ficto o presumido, del comienzo del plazo, esto es, comunicación o interpelación de pago.

El hecho de la interpelación es de fácil comprobación por ser documentada y en cuanto a la negativa del conocimiento es una cuestión de carácter subjetivo que puede resolverse de acuerdo a las circunstancias del caso que hagan verosímil o no la aducida ignorancia.

B) *Comprensión de la criminalidad de la omisión.*— El agente debe comprender la criminalidad de su inactividad.

El error o la ignorancia no puede ser concebido en esta etapa, pues luego de ser interpelado, omite el pago.

Puede ocurrir sin embargo, que se resista al pago por creerse erróneo, pero excusablemente con derecho a ello, o porque crea haber cumplido de otro modo con la obligación.

C) *Voluntad de no pagar.*— Por último la abstención debe ser voluntaria. Excepto la carencia de dinero disculpa todo incumplimiento extraño a la voluntad del girador. Por eso se ha resuelto con justicia que no comete el delito si la imposibilidad de pago obedece a su estado de quiebra o de concurso.

La omisión para ser culpable debe referirse a un acto posible. Si esa posibilidad no ha existido en concreto para él (fuerza, coacción, etc. que lo impida pagar), no hay omisión posible.

El caso trata del agente que tiene dinero con qué pagar y voluntad de hacerlo. Por lo tanto, la actitud asumida por el agente al iniciarse el proceso, será en la mayoría de los casos demostrativa de la buena o mala fe de sus excusas, regla ésta que es de aplicación a cualquiera de los tres citados elementos del dolo en la omisión de pagar el cheque.

Naturaleza jurídica del delito.— En cuanto a la naturaleza jurídica del delito habrá que dilucidar si es un delito de acción o de omisión, o si se compone de ambos, lo cual tendrá importancia para dilucidar en qué momento se entiende consumado el delito.

El profesor Luis Cousiño (36) opina que es un delito de acción. Se configura y consuma sólo por la acción de girar sin tener fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del banco librado, o por retirar los fondos disponibles después de expedido el cheque; o por girar sobre cuenta cerrada o no existente; o por revocar el cheque por causales distintas que aquellas autorizadas por ley, Cousiño agrega, que el protesto, la notificación de dicho protesto al librador y la no consignación de fondos suficientes por éste a la orden del tribunal competente para pagar el cheque, interés y costas dentro del plazo legal, son condiciones objetivas de punibilidad.

Otros autores, en cambio, estiman que el delito se consuma por la omisión de consignar fondos suficientes a la orden del tribunal competente, dentro de los tres días siguientes a la notificación judicial del protesto, siendo el giro del cheque, el protesto del mismo y la notificación judicial del protesto, unidos a la falta de consignación ya indicada, los elementos copulativos que configuran el tipo, sin que ninguno de ellos pueda faltar sin que permanezca la figura delictual como desaparece el todo cuando es privado de una parte.

Esta diversidad de criterios en cuanto al momento en que se entiende consumado el delito, hace que existan opiniones distintas en lo que se refiere al momento en que prescribe la acción penal, o lo que es lo mismo, al instante en que comienza a correr dicha prescripción.

Los que profesan la teoría de las condiciones objetivas de punibilidad del Profesor Cousiño, estiman que el plazo de prescripción de la acción penal comienza a correr desde la medianoche del tercer día después de la notificación judicial del protesto, si no ha habido consignación suficiente hecha en tiempo y forma, como lo estiman quienes participan en la doctrina contraria. Se ha dicho por los sostenedores de la primera teoría, que aceptar el segundo predicamento llevaría al absurdo de que la consumación del delito podría diferirse por años, a total y entera voluntad de la víctima, sin que el transcurso del tiempo sirviera para la prescripción de la acción penal, la cual se mantendría viva mientras el delito no estuviera perfecto, ya que mientras la víctima no se decidiera a hacer notificar judicialmente el pro-

(36) Cousiño M. Luis "Los delitos contemplados en la Ley de cheques". Revista de Ciencias Penales Pág. 98, Año 1948.

testo del cheque, pasare el tiempo que pasare, siempre estaría en situación de convertir al girador en delincuente, haciendo notificar el protesto, con lo que, prácticamente, para el librador no habría posibilidad alguna de ver extinguida su responsabilidad a través de la prescripción de la acción penal.

En realidad no se ve por qué produce tanta inquietud el que el plazo de prescripción de la acción penal empiece a correr una vez que haya transcurrido el tercer día después de la notificación judicial del protesto, aunque haya habido consignación en tiempo y forma, cuando ello no es sino una consecuencia de los principios generales de derecho y más que nada de la lógica.

El plazo de prescripción comienza a correr respecto de la acción penal, solamente una vez que el delito se ha perpetrado. Antes, este plazo estaba latente o en suspenso, existía una especie de derecho a gozar de los beneficios de la prescripción de la acción penal.

Barahona Bustos (37), se inclina por la segunda de las teorías, rechazando así la teoría de las condiciones objetivas de punibilidad de Cousiño.

Crítica a la teoría de las condiciones objetivas de punibilidad.— Los fundamentos de la teoría de “las condiciones objetivas de punibilidad” nos la da el propio Cousiño al decir: “Es cierto que podrá decirse con fundamento que hay dos actividades ilícitas contempladas: primero: el giro del cheque írrito, y segundo, no pago del mismo una vez notificado el protesto; y que el primer ilícito es tan solo merecedor a sanciones civiles (pago de los perjuicios), mientras que el segundo agregado al primero, ya es de tal gravedad como para acarrear sanciones penales”.

“La verdad es que la redacción de la ley permitía llegar a esta conclusión, pero las consecuencias que de ello derivarían son tan graves y tan desquiciadoras de la moral y de la técnica jurídica, que hacen imposible admitir, ni siquiera como principio de discusión, que el delito solamente se genera cuando han transcurrido tres días desde la notificación del protesto del cheque y el librador no ha consignado fondos para el pago”.

Pues bien, para evitar la inconveniencia moral que produce la circunstancia de que sea la segunda actividad ilícita que señala en la figura delictiva (la omisión del pago del cheque

(37) Barahona Bustos V. ob. cit. Pág. 19.

después de notificado su protesto), el elemento determinante de la consumación del delito y no la acción del girador de girar un cheque sabiendo que el banco no lo podrá pagar a su presentación, Cousiño afirma, que al analizar el art. 22º de la ley de cheques chilena, no se debe proceder a interpretarla en el sentido natural y obvio de las palabras del texto legal, el cual conduce a la conclusión de que la referida omisión es el elemento determinante de la consumación del delito, sino que se debe interpretar desentrañando el pensamiento íntimo del legislador para construir el tipo del delito que describe.

Cousiño encuentra la solución del problema ético que provoca la redacción de la disposición legal aludida, en declarar que la referida omisión del pago después de la notificación judicial del protesto, es una condición objetiva de punibilidad y no un elemento típico de la figura.

El elemento integrante del delito, sin cuya figura no es posible que el delito se configure y consuma, es la falta de consignación de fondos bastantes para atender el pago del cheque y de las costas causadas en la gestión, cuando ha sido protestado y notificado judicialmente su protesto al librador, es decir la omisión de pagar el cheque en el plazo y forma que la ley señala, después de la notificación judicial de su protesto.

Sin la omisión del mencionado pago en la oportunidad debida, nunca se consideraría consumado el delito; y como se consume en el momento en que el librador incurre en tal omisión, no habrá ni siquiera hecho punible en ninguno de los estados anteriores a la consumación, pues, aunque es evidente que el referido delito va a causar un perjuicio patrimonial ajeno, este daño no es elemento integrante de la figura.

La doctrina de la condición objetiva de la punibilidad se encuentra en el deseo de dar al cheque la misma función, que tiene el dinero.

El Código penal argentino en su art. 302º contiene una acción y una omisión en la tipicidad de este delito, del mismo modo que lo hace el art. 22º de la ley chilena. Dice el artículo 302º: "Será reprimido con prisión de uno a seis meses, el que da en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero, y siempre que no concorra la circunstancia del art. 172º (que describe y sanciona a la estafa) un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de

las veinticuatro horas de haber sido protestado”.

Soler (38) al referirse al art. 302º del Código Penal Argentino dice: “Sin embargo nuestra ley constituye el delito de una manera compleja, pues aquel consiste en el concurso sucesivo de una acción, librar el cheque, y de una omisión: no pagarlo dentro de las veinticuatro horas de protestado. Se trata de un caso excepcional de delito plurisubsistente al que concurre una omisión, el delito queda consumado por el vencimiento del término. Durante esas veinticuatro horas la acción debida es el pago del dinero. Cualquiera otra operación realizada dentro de ese plazo, o el pago cumplido con posterioridad, carece de eficacia liberatoria”.

Al estudiar, Espinoza Vargas (39), el dolo en el delito de giro doloso de cheques afirma, que a pesar del carácter formal del cheque, el dolo o malicia, elementos esenciales de todo delito, deben concurrir para que este se complete. Espinoza Vargas da una definición de delito del giro doloso, diciendo que es la conducta antijurídica y reprochable que lesiona el orden social en grado tal de merecer pena. Al respecto menciona cuatro elementos constantes:

La conducta humana, la cual puede estar dada por una acción o por una omisión, es el comportamiento exterior del hombre, positivo o negativo. La ausencia de conducta significa ausencia del delito, pues este es un elemento esencial.

La tipicidad, de la gran variedad de conductas humanas, el legislador ha involucrado algunas que objetivamente son atentatorias contra los bienes jurídicos de la sociedad, por los que los ha consignado en un catálogo, indicando que sólo respecto de ellos podrá emitirse una inculpación penal.

Las conductas no incluídas en el catálogo, por anti-jurídicas que sean, no pueden dar origen en caso alguno, a inculpaciones de tipo criminal.

No hay pues delito sin tipicidad.

(38) Soler Sebastian. “Derecho Penal Argentino” Tomo IV Pág. 427 (Págs. 664) Editorial Tea Buenos Aires 1951.

(39) Espinoza Vargas Ismael “De la validez de los cheques dados a fecha y en garantía, y de la responsabilidad civil y penal que de ellos puede derivarse” Pág. 36 (Págs. 192). Edit. Arancibia Hnos, Santiago, 1964.

La antijuridicidad.— Es decir, decidir si una conducta típica es contraria al derecho. La antijuridicidad es de carácter objetivo, a diferencia de la culpabilidad que es de carácter subjetivo.

La culpabilidad.— Se refiere no al hecho, sino al sujeto que realiza la acción, en su aspecto racional y libre, es decir, dotado de voluntad. La culpabilidad se compone de tres elementos copulativos: la imputabilidad, o sea cuando el sujeto está dotado de razón y voluntad; la culpabilidad, o sea una disposición anímica, contraria a su deber jurídico, puede actuar con dolo o culpa; la *exigibilidad*, es decir, dadas las circunstancias de hecho, se le haya podido exigir un comportamiento de hecho.

Según Espinoza Vargas, (40) el art. 22º de la ley de cheques chilena no necesita malicia para existir como tal.

El delito en estudio es tal, en cuanto al beneficiario del cheque es defraudado por el girador. Se aprecia en la ley de cheques al revés de lo que sucede en otras defraudaciones; se quiere relevar al querellante de la obligación de comprobar el dolo del inculpado, para lo cual ha creado un delito de características especiales, en el que una vez cumplidos ciertos presupuestos de orden objetivo, el dolo se presume de un modo particularmente marcado, hasta el extremo de que el Juez debe encargar reo al girador "con el sólo mérito del cheque protestado y de la constancia de haber practicado la notificación judicial del protesto, y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado".

En la legislación chilena el art. 43º de la ley de cheques complementa el art. 42º, pues por medio del citado artículo se procede a encargar reo al librador de los cheques, con el solo mérito del cheque protestado y constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo precepto, es decir, veinticuatro horas.

Todo esto encierra pues, una presunción de dolo del girador particularmente severa, pues, cumpliéndose los requisitos formales, dispone que se le encargue reo sin siquiera oírle.

Este precepto ha sido establecido para rodear de la máxima severidad compatible con el sistema jurídico penal, el de-

(40) Espinoza Vargas I. ob. cit. pág. 76.

lito en estudio; protegiéndose así los bienes jurídicos que interesan al legislador, especialmente la seguridad de la circulación del documento.

Para averiguar la naturaleza del dolo en este tipo de delito, habrá que recurrir a la doctrina, la cual sostiene que hay tres clases de dolo: el directo; el de las consecuencias seguras y el eventual.

El dolo directo.— Se presenta cuando el sujeto activo no solamente realiza la conducta típica y antijurídica de modo voluntario y corriente, sino, que, además, está animado del propósito preciso de obtener la producción del hecho jurídico reprovable que ella trae consigo.

El dolo de las consecuencias seguras.— Es el relativo a los efectos que el hechor sabe que son propios e ineludibles del acto que realiza, pero que no están dentro de la finalidad inmediata que lo mueve, de tal modo que le son indiferentes, y es más, preferiría que no ocurrieran; pero desea realizar el acto que los originará y sabe que se producirán. Esto consiste, entonces, en la voluntad de hacer lo contrario a la ley, estando castigado por ella, aunque esa voluntad no esté precisamente encaminada a quebrantarla.

El dolo eventual.— Consiste en consentir un resultado típico que no se busca ni es seguro pero que se prevé como posible.

Según el art. 22º de la ley chilena, para conformar el delito basta cualquier grado de dolo para que se complete. El delito se completa sin necesidad de que la intención del girador, al girar el cheque, sea omitir el pago; basta que prevea, aún como dolo eventual, tal posibilidad, y *accepte el riesgo*.

El dolo en el delito en estudio, consiste en una acción (girar el cheque), y en una omisión (no consignar los fondos necesarios dentro del plazo desde la notificación del protesto).

Pero, en realidad, se da el delito al haber girado el documento sin tener fondos en la cuenta corriente, o previendo la posibilidad del no pago del documento. La notificación judicial y el transcurso del plazo sin consignación, no son mas que presupuestos de procesabilidad necesaria para perseguir el castigo del delito.

Para José Becerra Bautista (41) el delito de girar un cheque sin fondos debe ser dilucidado en cuanto a su naturaleza si es un delito formal, un delito de peligro o de daño.

Delito formal.— En cuanto a la naturaleza jurídica como delito formal cabe referirnos a la legislación mexicana. Es el art. 193° el que se ocupa principalmente de este delito.

Francisco Gonzáles de la Vega al comentar el artículo en referencia, opina que se ha derogado el artículo pertinente de la Ley penal, creándose un delito formal, es decir, se sustituye al artículo 386° del Código Penal mexicano. La sanción se aplica como enérgica manera de tutelar la circulación del cheque.

Este comentario ha dado origen a la tesis formalista. Gonzáles de la Vega relaciona de causa a efecto la indiferencia de motivos, las circunstancias o finalidades de la emisión, con la naturaleza del delito formal. Es decir, debido a la falta de importancia que tienen los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión, el delito es formal. El delito formal vendría a ser aquel que se ejecuta por el simple hecho de su realización.

Eusebio Gómez, (42) afirma que delito formal es aquel que se considera consumado, por la mera ejecución del hecho que lo constituye, con prescindencia completa de la producción del efecto que se haya pretendido alcanzar.

Carrara entiende por delito formal aquel que para consumarse no necesita la realización del daño, este concepto se opone al delito material, en el que el acto delictivo sólo se consuma por la realización del daño.

Estos autores basan la distinción entre delitos materiales y formales, en que, en los primeros, se requiere para su existencia, que se realice el efecto que haya pretendido alcanzar el delincuente, y en los segundos, en que basta la mera consumación del acto delictivo, independientemente de la realización del daño querido por el agente.

Comparadas estas definiciones con la de Gonzáles de la Vega, tenemos que tanto en aquellas como en ésta, se dice que el delito formal existe cuando se ejecuta el hecho que lo constituye; difieren en que, según los autores citados, no importa la pro-

(41) Becerra Bautista, José, Ob. cit. Pág. 73.

(42) Gómez Eusebio. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I Pág. 425 (Págs. 480), Cía Argentina de Editores, Buenos Aires 1941.

ducción del efecto que el delincuente haya pretendido alcanzar mediante el hecho criminoso, y según Gonzáles de la Vega, lo que no tiene importancia, son los motivos, fines o circunstancias de la ejecución del acto delictivo. La mayor parte de la doctrina sostiene que debe prescindirse de los efectos causados por el hecho ejecutado; en cambio Gonzáles de la Vega, afirma que debe prescindirse de los motivos, finalidades o circunstancias del acto. En otras palabras, los primeros prescinden de los efectos; el segundo de las causas y circunstancias del hecho.

Según la teoría del delito formal, éste se consuma con la mera ejecución del hecho que lo constituye, aún cuando no se realicen los efectos que se propuso causar el agente.

Para adecuar esta definición a la norma, es necesario recordar que es requisito indispensable que el cheque no sea pagado. Por tanto, si el cheque es pagado en el momento de su presentación, no obstante que el girador careciese de fondos al expedirlo, o aunque no tuviese autorización para otorgar cheques, la figura delictiva no se integra. Luego, no basta expedir cheques cuando no se tiene fondos o cuando se carece de autorización para hacerlo, para que se integrara el delito formal, según la doctrina dominante, sino que se requiere precisamente la realización del daño, o sea la falta de pago, por el girado, del documento.

Puede suceder que el librador disponga de sus fondos durante el tiempo que un cheque debe ser presentado para su cobro y, no obstante esto, no incurrir en delito, porque con una provisión posterior, se hizo factible el pago del título. Tampoco aquí habría delito de simple actividad, pues se requiere el daño para que sea punible la acción del librador.

De lo anterior se desprende que la tesis formulada por Gonzáles de la Vega no responde a la realidad y por lo tanto el delito tipificado no responde a un delito de naturaleza formal.

Delito de peligro.— Juan José Gonzáles Bustamante, afirma que, cause o no cause daño en el patrimonio por la expedición de un cheque no pagado por falta de fondos, el delito existe. En todo caso, la concurrencia del daño servirá al juzgador para graduar la pena, y si la ley de títulos, nos remite para la aplicación de la sanción a la ley penal, no quiere decir que por remitirnos a las sanciones aplicables al fraude, se trate de un delito de fraude.

Según el pensamiento de este autor se configura el delito de peligro por el solo hecho de poner en circulación un cheque sin provisión de fondos. Y afirma de esta manera que el art. 193º de la ley de títulos de crédito mexicana, enmarca al delito como delito de peligro. Pero sin embargo tenemos que este artículo sanciona el delito en el caso de que el documento no se pague. Esto demuestra que al legislador no le interesa para los efectos punitivos la falta de provisión o de autorización en sí mismas, sino la ausencia de pago. Si fuera un delito de peligro el legislador hubiera sancionado por el solo hecho de posdatar un cheque o de emitirlo sin fondos, pero lo que en realidad se califica es la falta de pago. De lo que se desprende que si hay pago, aunque no haya existido provisión o autorización al momento de expedirlo, no se integra el delito.

Por tanto, no es el hecho de que el cheque se emita en condiciones distintas a las prescritas por la ley lo que hace surgir la acción criminal, sino la realización de un daño.

En realidad el peligro de la circulación no significa nada, porque aún cuando pase por varias manos un cheque sin provisión, si es pagado al ser presentado para su cobro no se sancionará a quien lo emitió.

Delito de daño.— Fundan esta tesis los siguientes argumentos:

- a) Según el derecho comparado, el expedir un cheque sólo es delictuoso cuando con ello se comete un fraude;
- b) En la legislación penal mexicana, la expedición de cheques sin provisión siempre ha sido considerada como una acción fraudulenta;
- c) Los términos mismos del precepto legal mexicano exigen que el cheque no sea pagado, por lo que aún cuando se expida sin provisión o careciendo el girador de autorización, o habiendo retirado su depósito, no hay delito, si es pagado por el girado al momento de su presentación;
- d) Según la doctrina, el cheque es un instrumento de pago; luego su aceptación por quien sabe que no se le hace un pago sino que por medio de ese documento se le garantiza una deuda, no sufre una lesión cuya tutela incumba al derecho penal;
- e) Aceptar que la falta de cumplimiento a un convenio de carácter civil —pago a plazo de una deuda libremente aceptada

por el acreedor— da origen a sanciones penales, es desconocer la garantía contenida en la Constitución, según la cual, nadie puede ser aprehendido por deudas.

Es pues, este delito según la doctrina y legislación mexicana un delito de daño, en base a que se debe lograr una disminución o un perjuicio en el agente que toma el cheque.

La Estafa.— La estafa es una modalidad o una especie de defraudación. La estafa se caracteriza porque la prestación se efectúa a impulso de una voluntad viciada por el fraude o engaño, es el medio de que el agente se vale para obtener la prestación con apariencia de voluntariedad. Esta característica diferencial propia de la estafa, es la que inspiró a los autores clásicos a denominarla certeramente “defraudación con dolo al comienzo”.

La ley sanciona a quien defraude a otro mediante ardid o engaño.

El Código Penal peruano enmarca la estafa dentro del género defraudación, y podría definirse como la lesión del patrimonio ajeno, mediante engaño o artificio destinado a engañar y generalmente con ánimo de lucro.

Son elementos de la estafa por consiguiente, la lesión o perjuicio patrimonial, el engaño o el ánimo de lucro en el hechor.

Perjuicio patrimonial.— Para la existencia de la estafa se requiere ante todo una defraudación, que se traduce en un efectivo detrimento del patrimonio de la víctima o en la posibilidad de que se produzca. En consecuencia el delito de estafa puede darse en forma imperfecta. “El que engaña con el fin manifiesto de perjudicar y no logra hacerlo por motivos ajenos a su voluntad, comete frustrado de estafa”. (Según Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile). (43)

Sin un perjuicio o defraudación valorable no hay estafa, y justamente en el Código chileno, es este el elemento determinante de la penalidad del delito. La exigencia de que el daño tenga un contenido económico hace que quede excluída la estafa en todos aquellos casos en que se trate de derechos o prestaciones no avaluadas en dinero.

(43) Labatut, Gustavo Ob. cit. Pág. 360.

El perjuicio patrimonial se da incluso cuando la víctima se desprende gratuitamente de la cosa, en una donación de caridad, por ejemplo, si fue inducido a error por el estafador, que para el logro de un propósito simula una situación inexistente.

Al respecto se plantea también el problema de saber si existe daño en aquellos casos en que se priva a alguien de una mera expectativa. Los autores se pronuncian generalmente por la afirmativa, porque, como observa Manzini, el perjuicio se produce no sólo cuando la víctima pierde efectivamente un bien, sino además cuando ve esfumada una ventaja económica que esperaba mediante su prestación, obtenida por engaño.

Asimismo se discute la procedencia de la estafa en aquellos casos en que la víctima, movida por un interés inmoral o criminal, resulta perjudicada económicamente en sus pretensiones. La cuestión no ofrece dudas si se considera que el Derecho Penal castiga los delitos haciendo abstracción del sujeto pasivo; cada cual responde de sus propias acciones criminosas.

La venta de cosa ajena no es en sí misma constitución del delito de estafa, por cuanto ella es válida en nuestra legislación, y según la Corte Suprema chilena, "tal delito sólo existiría en el momento de verificarse el perjuicio efectivo en los compradores, o sea, cuando el vendedor reciba de éstos el todo o parte del precio de un objeto que no ha de recibir".

La estafa subsiste a pesar del reintegro de lo estafado, porque el delito se consuma en el momento en que la víctima efectúa la prestación.

El engaño.— Es otro de los elementos característicos de la estafa, el cual permite diferenciarlo de los otros delitos contra la propiedad. El que estafa, valiéndose de un engaño, se hace entregar voluntariamente la cosa por la víctima, a diferencia de lo que ocurre con el robo, y en el hurto, en los que el delincuente se apropia de la cosa contra o sin la voluntad del dueño. Hurta o roba el que toma; estafa el que recibe. Difiere también la estafa de los delitos mencionados en que puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles y en que importa un ataque contra el derecho de dominio, en tanto que en el hurto o robo lo que el agente ataca es la posesión.

El engaño consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno como medio de lograr la entrega de la cosa. Conviene insistir en que el

engaño tiene por objeto y por efecto la entrega de valores. Puede revestir innumerables formas, tantas como sea capaz de concebir la imaginación humana, circunstancia esta que distingue el engaño constitutivo de estafa que caracteriza el delito de falsificación documentaria.

Pero no todo engaño es susceptible de generar este elemento. Es necesario que reúna dos condiciones: que sea fraudulento, es decir, que actúe como causa determinante del error en virtud del cual la víctima realiza la prestación representativa del objeto material del delito, cualidad que no invisten las simples alabanzas que los comerciantes hacen de las mercaderías que expenden; y que sea serio y capaz, esto es, suficiente para mover la voluntad de una persona normal. Dicho esto en palabras de Eusebio Gómez, "la investigación de la idoneidad del engaño es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada"; investigación que es preciso realizar con criterio objetivo y subjetivo al mismo tiempo, considerando no sólo la naturaleza misma del engaño, sino también y muy particularmente, las condiciones personales del engañado. En aquellos casos en que la víctima carece de capacidad mental, tal es el caso de menores faltos de discernimiento, etc., la mayoría de los autores opinan que no pueda ser engañada. El provecho injusto obtenido es asimilado en tal evento a la apropiación constitutiva de un hurto.

La simple mentira, en principio, no es constitutiva de engaño; pero si ella va acompañada de artificios aptos para inducir a error a la víctima, a crearle una ilusión destinada a ocasionarle un perjuicio de orden económico, es indudable que será un medio engañoso, de que se vale el hechor para engañar.

Artificio es una astuta transfiguración de la verdad con el propósito de engañar, la cual puede realizarse simulando lo que no es, o disimulando lo que es.

Animo de lucro.— Es el tercer elemento integrante de la estafa. En el derecho chileno, no es requisito esencial, ya que puede considerarse la estafa sin la concurrencia de este elemento.

Quintano Ripollés, al referirse a la estafa, dice, que es corriente moverse en torno del concepto de engaño, para hacer de él la clave de la estafa, así como la violencia es del robo. Tal elemento formal, *unido al psíquico del lucro* y al real de la cosa ajena, mueble o no, se tiene por bastante para plasmar con ellos

la tipicidad adecuada. Merkel, define la estafa como la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño.

Según expresa Cuello Calón (44) el libramiento de cheques sin provisión de fondos constituye el delito de estafa. Concurren el engaño y la defraudación, elementos integrantes de la estafa. El momento en que nace el delito es en el momento de la presentación.

En el delito de estafa conforme a la doctrina ya asentada, el reintegro o la devolución de la cantidad ya estafada con posterioridad a la comisión del delito, en nada altera la realidad de éste, y sólo puede influir en la responsabilidad civil proveniente de la infracción.

Para la existencia de este delito debe concurrir, según Cuello Calón; a), conocimiento en el librador de que el cheque por él expedido carece de provisión de fondos o la tiene insuficiente; b), ánimo de defraudar al tomador del mismo.

d) *Diferencias y semejanzas entre el delito de giro doloso del cheque y la estafa.*— En la legislación chilena, expresa Barahona Bustos, pese a que la ley de cheques hace referencia en cuanto a penalidades a la estafa, de igual manera que al delito de giro doloso, cabe dejar bien establecido que son jurídicamente distintos el uno del otro.

La estafa, expresa Jiménez de Asúa, se puede definir en doctrina como “el perjuicio patrimonial causado con ánimo de lucro y originado con engaño fraudulento. Sus elementos son: a) el engaño, que es la falta de verdad en lo que se dice o se hace, con el ánimo de perjudicar a otro.

b) el perjuicio, que es el detrimento o menoscabo que se reciba por culpa de otro en la hacienda o persona y supone una disminución del patrimonio a consecuencia de hechos ajenos.

c) ánimo de lucro, que es la intención de alcanzar un provecho pecuniario a beneficio personal o de un tercero, mediante la maniobra engañosa realizada. Este beneficio pecuniario en cierto modo es equivalente al perjuicio ocasionado”.

Se sostiene por algunos autores, como Labatut, en referencia a la legislación positiva chilena, que de los tres elementos an-

(44) Cuello Calón, Eugenio, Ob. cit. Pág. 33.

teriores mencionados como constitutivos de la estafa, no siempre el ánimo de lucro es elemento fijo.

En cuanto a la semejanza entre el giro doloso y la estafa podemos decir, que ambos son simples delitos y tienen un término de prescripción; que de lo que se trata es de proteger la buena fe y la confianza en las transacciones humanas.

En cuanto a las diferencias: a), el delito de giro doloso del cheque es un delito plurisubsistente, que como ya lo vimos anteriormente consta de dos actos, una acción, que es la de girar el cheque sin provisión de fondos o autorización y una omisión, que consiste en no depositar dentro del plazo que otorga la ley los fondos. La estafa en cambio es un delito unisubsistente.

b), en el delito de giro doloso de cheque, el dolo se presume de derecho, en cambio en el delito de estafa es necesario probarlo, existiendo en contra del autor sólo la presunción general del dolo.

c), en el delito de giro doloso del cheque, no es necesario rendir probanza alguna con relación a los perjuicios producidos por el delito, los que dan por existentes y acreditados, con relación al orden económico, desde el momento mismo en que se ha vencido el plazo que la ley fija al librador, para consignar fondos suficientes para responder al valor del cheque, intereses y costas, sin que lo haya hecho. En cambio en el delito de estafa, cuando se requiere perjuicio, este debe ser legalmente acreditado.

d), el giro doloso del cheque, cualquiera que sea el monto del documento, jamás puede ser constitutivo de falta, en cambio la estafa cuya cuantía no exceda de cierta cantidad puede calificarse como falta y ser sancionada como tal.

e) *La Sanción penal.*— La protección penal del cheque se halla específicamente establecida en las siguientes legislaciones:

FRANCIA.— La ley de 20 de junio de 1865, sancionaba el libramiento de cheques sin provisión de fondos previa, y además, imponía ciertas sanciones fiscales como la multa del 6% del importe del cheque “sin perjuicio de aplicación de las leyes penales si hubiere lugar”. Pero, según la doctrina sentada por la jurisprudencia, el simple libramiento de un cheque no provisto, sin otras circunstancias no constituía delito, pero podía

constituir el delito de estafa del art. 405º del Código Penal francés cuando hubiese concurrencia o intervención de un tercero.

En opinión de Lyon-Caen y Renault, de la referida ley y de su modificatoria de 19 de febrero de 1874, se desprende que el antiguo derecho francés, deja la imposición de penas al Código Penal, sin mencionar delito concreto, y que la nueva ley estableció penalidad especial, sin necesidad de recurrir al compendio de leyes referido.

La ley de 2 de agosto de 1917, en su Art. 2º castiga al que de mala fe librare un cheque sin provisión previa y disponible, o retirarse después del libramiento, todo o parte de la provisión. Esta ley, exige la comprobación de la mala fe, por parte del librador, como elemento integrante de la especie delictiva que crea. La finalidad de este precepto, es el prevenir los fraudes, tutelando la buena fe del tomador del cheque.

Por ley de 12 de agosto de 1926, Art. 3º, se robustecía más aún la protección penal del cheque, perfilándose de modo más perfecto la emisión sin provisión y se creó una nueva figura del delito, el llamado "bloqueo del cheque". Así la nueva ley, hoy en vigor, pena al que de mala fe: a) librare un cheque sin provisión previa y disponible; b), o con provisión insuficiente; c), retirare después del libramiento toda o parte de la provisión; d), prohíbe su pago al librado (bloqueo). Las penas señaladas son las establecidas para la estafa por el Art. 405º del Código Penal, y una multa que no puede ser inferior al importe del cheque.

Ultimamente, el decreto ley de 24 de mayo de 1938, que introdujo algunas reformas en la legislación del cheque, ha agravado la represión del libramiento sin provisión, castigando como coautor de este delito al que a sabiendas recibiere un cheque no previsto. Posteriores leyes de los años 1943, 1944 y 1947, han agravado la penalidad aplicable en los casos de cheques sin provisión.

BÉLGICA.— La ley belga promulgada el 25 de mayo de 1929, fue inspirada por las leyes francesas de 1926; la nueva ley ha sido incorporada al Código Penal y en su Art. 509º castiga: a), el libramiento de un cheque a sabiendas de no existir provisión suficiente, previa y disponible; b), ceder un cheque a sabiendas de que la provisión no es suficiente y disponible; c), retirar el librador, a sabiendas, toda o parte de la provisión dentro de los

tres meses a partir de la emisión del cheque; d), al librador que con intención fraudulenta, o con ánimo de perjudicar, hiciere indisponible, en todo o en parte, la provisión del cheque. Las penas establecidas son la prisión de un mes a dos años y la multa de 26 a 3 mil francos.

ITALIA.— El art. 334º del Código de Comercio ha sido derogado y suplantado por el Art. 116º del R. D. de 21 de diciembre de 1933 sobre el cheque, que pena entre otros hechos: a), el libramiento de un cheque sin autorización del librado; b), librar un cheque sin suficiente provisión de fondos; c), disponer parcial y totalmente de la provisión después del libramiento del cheque y antes de que transcurra el plazo fijado para su presentación. Las penas señaladas son, una multa y en los casos de mayor gravedad la reclusión hasta de seis meses a menos que el hecho constituyere delito castigado con pena más grave. En este caso, cuando la emisión irregular del cheque integre una maniobra engañosa, se aplicarán las disposiciones relativas a la estafa contenidas en el Art. 640º del Código Penal Italiano.

RUSIA.— El Código Penal en su Art. 169º pena: a), el librar un cheque a sabiendas de que no puede ser pagado; b), el bloqueo del cheque por el librador sin motivo suficiente; c), la ejecución por el mismo de cualquier otro hecho encaminado a impedir el pago del importe del cheque al tomador; d), la cesión de un cheque por su tomador a sabiendas de la imposibilidad de su pago. La pena establecida es la de privación de la libertad hasta de dos años. Los mismos hechos cuando han causado un perjuicio a una institución, o a una empresa del Estado o a una empresa social serán castigados con privación de libertad hasta de cinco años.

ARGENTINA.— El Art. 302º del Código Penal castiga como culpable de delito contra la fe pública, al que diere en pago o entregare por cualquier concepto a un tercero, siempre que no concurren las circunstancias del Art. 172º (estafa), un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las veinticuatro horas de haber sido protestado. La pena es de prisión de uno a seis meses.

El Código Penal en su capítulo titulado "estafas y otras defraudaciones" (Art. 175, inc. 4º), castiga con multa al acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

El delito de girar cheques sin tener provisión de fondos, según afirma Soler, es un delito de carácter formal, que no admite tentativa; se protege pues, el valor genérico de esta clase de documentos, de manera que se trata, además, de una infracción de peligro abstracto o de daño potencial en la cual se considera el poder circulante y acreedorio en sí mismo.

Tan importante es en este carácter que la ley argentina establece en forma expresa que el pago ulterior liberatorio debe ser hecho en dinero.

Puede suceder, que la falta de pago sea ajena a la ausencia de depósito o autorización, entonces, el librador no incurre en delito. Puede también suceder, que el cheque se entregue por error, sin tenerse el depósito, creyendo contar con él.

Teniendo estas circunstancias en cuenta es que se ha establecido el dispositivo penal argentino de tal manera para que se produzca el delito. Para lo cual se necesita pues: protesto del documento, falta de pago dentro de las veinticuatro horas del mismo; el que ha cometido un error tiene un plazo de veinticuatro horas para subsanarlo, pagando en efectivo.

El art. 302º del Código Penal argentino crea pues, una figura distinta de la estafa, tan es así, que dentro del mismo artículo en referencia, se expresa que esta figura es distinta a la del artículo 172º del mismo Código, el cual tipifica la estafa. Es por esto que el Art. 302º del Código Penal argentino se tipifica aún en el caso que no haya engaño de parte del librador, a diferencia de la estafa, en la cual es un requerimiento básico el que exista el engaño. Es pues un delito plurisubsistente que consta de una acción y de una omisión. (45)

La doctrina argentina critica la tipificación del delito como tal, porque se desvirtúa el fundamento de la incriminación, cuando se autoriza al librador de un cheque doloso para pagar su importe dentro del plazo de gracia que otorga la ley.

En el caso que el que recibe el cheque conoce que el librador no puede efectuar el pago, subsiste el delito del Art. 302º y

(45) Soler Sebastian, Op. cit. Pág. 339.

no el referente a la estafa. Sin embargo la entrega de un cheque a cambio de una prestación hecha por el que lo recibe, constituye el delito de estafa y no el de emisión dolosa de tal documento.

BRASIL.— El vigente Código Penal de 1940, en su Art. 171º, inc. 2º prevé como culpable de estafa: a), al que librare un cheque sin suficiente provisión de fondos en poder del librado; d), al que impidiese su pago. Las penas señaladas son de uno a cinco años de reclusión y multa pecuniaria.

CHILE.— La ley sobre cheques en su Art. 22º dispone que el librador que expidiere un cheque sin provisión suficiente, en caso de dolo será castigado como culpable de estafa. El dolo se presume si el librador, después del libramiento retirare voluntariamente los fondos disponibles; cuando a sabiendas hubiese hecho libramiento sobre cuenta cerrada y cuando teniendo conocimiento de que el cheque ha sido protestado por falta de fondos no los hubiese consignado en el plazo de tres días. El dolo deja de existir cuando el pago del cheque y de los gastos por él ocasionados se efectuaran en el mencionado plazo.

La legislación chilena en cuanto a la protección penal del cheque, data desde la ley 3845 de 8 de febrero de 1922 la cual da vida jurídica al cheque y busca darle la seguridad y seriedad necesaria, sancionando penalmente a través de la figura de la estafa a quienes la burlaran y dispuso en su Art. 22: "el librador deberá tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado. El que girare sin este requisito será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor, y, en caso de dolo, será castigado como reo de estafa".

"El dolo se presume cuando el librador retira voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; cuando se gire a sabiendas sobre cuenta cerrada; y cuando puesto en su conocimiento el protesto del cheque por falta de fondos, no lo consignare dentro de tercer día, con el objeto de efectuar el pago".

"El dolo puede purgarse efectuando el pago del cheque y costas, dentro de tercer día desde el requerimiento judicial".

Si bien, con esta ley se solucionó el grave problema, expresa Barahona Bustos (46), que significaba la existencia de he-

(46) Barahona Bustos, Víctor, ob. cit. pág. 15.

cho, sin contar con reglamentación alguna del importante instrumento mercantil que es el cheque, la ley en referencia no cumplió en la forma esperada con el segundo de los fines principales que tuvo el legislador al dictar la ley, es decir, resguardar su seguridad y seriedad mediante una sanción aplicable a quienes con su conducta las vulneran. En efecto, a pesar de la eventual responsabilidad por estafa, que podría generarse en contra del girador doloso, eran muy pocos los que se atrevían a confiar en un cheque, porque el tenedor de él, en caso de no ser pagado por el banco librado, sólo tenía a su favor, para resarcirse económicamente de su valor y sancionar penalmente al librador, un procedimiento ordinario, de aplicación general y, lo que es más, de resultado incierto, por la dificultad que normalmente se encontraría para probar que el girador había actuado con dolo, probanza de suyo difícil.

La ley 7498 de 17 de agosto de 1943 introduce modificaciones sustanciales, en interés de la seriedad y seguridad del cheque. Esta ley tuvo por objeto hacer ganar prestigio al cheque, de tal manera que quien recibiera un cheque en pago, tuviera la confianza necesaria en su seguridad y seriedad para que así llegue a ser lo mismo recibir un cheque que dinero en efectivo.

El Art. 22º de la ley 7498 dice: "El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del banco librado".

"El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas expresamente, y que no consignare fondos suficientes para atender el pago del cheque y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el Art. 467 del Código Penal chileno".

"Será responsable de los perjuicios irrogados el tenedor".

"No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haber girado el cheque sin fecha o con una fecha posterior a la de su expedición".

Este artículo le da al cheque mayor seriedad y seguridad para cumplir con sus fines, y crea pues, un delito específico, el que tiene la importante particularidad de ser sumamente expe-

dito en las gestiones procesales encaminadas a obtener su sanción.

El antiguo texto legal de la ley 3845, consideraba el delito como estafa y lo sancionaba como tal, el girar dolosamente sin tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado, estableciendo seguidamente como presunción de existencia el dolo, elemento necesario para configurar este delito: a), retirar voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; b), el girar a sabiendas sobre cuenta cerrada; y, c), el no consignar fondos para efectuar su pago, dentro del tercer día, después que se ha puesto en su conocimiento judicialmente el protesto del documento.

En cambio no ocurre igual cosa con el delito específico creado por la ley 7498, bajo cuya vigencia, el hecho de girar sin fondos, o sobre cuenta cerrada o no existente, o la revocación de la orden de pago, por causales no autorizadas por la ley, constituye parte del delito, el que en todo caso está condicionado, también, a la circunstancia configurante, de la no consignación de fondos para pagar el cheque y las costas judiciales dentro del plazo de tres días desde la notificación del protesto. Este texto ha eliminado del tipo delictual la necesidad de probar el dolo para configurar el delito, presumiéndose éste de derecho, lo cual le da una mayor seguridad y seriedad al cheque.

Según Barahona Bustos (47), el legislador estuvo impulsado para otorgar garantía de seriedad al cheque, al que se le pretende dar la misma calidad del billete bancario para la realización del comercio. O sea que se tuvo en cuenta en todo momento el aspecto económico financiero para propender a fomentar el uso y empleo del cheque, y sería entonces el orden económico, el bien jurídico protegido. Sin embargo, muchos autores sostienen que el delito creado por la ley de cheques, es un delito contra la fe pública y sería ésta el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Barahona Bustos considera que el bien jurídico protegido es el orden económico y argumenta que delito económico es el hecho que violenta el orden público económico, es un delito social. El delito económico no daña bienes aislados, excede la esfera de las economías particulares y sus etapas repercuten en la economía social, suma de aquellas.

(47) Barahona Bustos, Víctor ob. cit. pág. 18.

Aplicando estas nociones al delito en estudio, veremos que el librador de un cheque que no es pagado, lesiona el orden público económico, ya que su acción crea desconfianza hacia el cheque, con lo que se restringe su uso, empleo y circulación. El librador mediante un acto delictivo, altera la normalidad indispensable para el desenvolvimiento de las transacciones comerciales.

La ley de cheques chilena ha creado una figura delictual especial, que tiene las características propias de la estafa (lesión al patrimonio ajeno, mediante engaño y ánimo de lucro), con matices especiales derivados del carácter formal del documento.

Así la lesión al patrimonio de la víctima, y el enriquecimiento del defraudador están en principio constituidos por el valor consignado en el cheque, que resulta ineficaz para el pago.

Existe una relación real y efectiva entre el empobrecimiento ilegítimo del ofendido, y la existencia del delito mismo.

México.— El Código Penal en su Art. 386º inc. IV pena como culpable de fraude al que obtuviere de otro una cantidad de dinero, o cualquier otro lucro, otorgándolo o endosándolo a nombre propio o ajeno, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta, o cuando el otorgante supiere que no ha de pagarlo. Las penas son de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años.

Posteriormente el Art. 193º de la ley de títulos y operaciones de crédito de 26 de agosto de 1932, ha creado en su Art. 193º una serie de figuras de delitos relativos al cheque. De acuerdo a este precepto el librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al mismo, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que le ocasionare. Además incurrirá en sanción penal: a), si el cheque no es pagado por no tener provisión suficiente al expedirlo; b), por disponer el librador, de los fondos que tuviere antes de transcurrir el plazo de presentación del cheque; c), por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado. En tales casos las penas imponibles serán las establecidas para el fraude.

El precepto del Art. 193º de esta ley, dice Gonzáles de la Vega deroga en materia de cheques el Art. 386 inc. IV, del Código Penal, creando un delito formal, cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión de cheques no pagaderos.

En opinión de este autor, compartida por Gonzáles Bustamante, el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, previsto en la precitada ley, no es un delito patrimonial, pues para su castigo no requiere su texto la existencia del ánimo de lucro, ya que si este concurriera sería penado como fraude con arreglo al referido Art. 386° del Código Penal.

Becerra Bautista, (48) se pregunta si no es posible encontrar una solución que garantice el valor crediticio del cheque e impida la prisión por deudas civiles, eliminando la posibilidad de que los acreedores aprovechen el cheque como medio de extorsión en contra de sus deudores.

Para este efecto ofrece la siguiente solución: reformar el Art. 193° de la ley de títulos y operaciones de crédito mexicana, dotándola de una sanción propia, pero estableciendo penas alternativas y aprovechando la reforma de la ley para ampliar los hechos que ahora sanciona.

La orden de aprehensión es posible cuando los hechos delictuosos imputados merezcan pena corporal y por ello, cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal y además esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso.

La diferencia entre el delito que merece pena corporal y el delito que merece pena alternativa es que en el primer caso hay privación de la libertad desde que se inicia el proceso, y en el segundo, la prisión puede sobrevenir a la sentencia definitiva que en el mismo se dicte.

La ventaja en la pena alternativa está en la facilidad que se da al juez de conocer durante la instrucción si el delito cometido está comprendido en la disposición penal, es decir, si se ejecutaron los hechos que se imputan con ánimo de defraudar al beneficiario del cheque o si el cheque se expidió en garantía de una obligación puramente civil.

Mientras esa averiguación se practica se elimina la injusticia que actualmente significa aprisionar a una persona por deudas de carácter civil y no se deja impune a quien realmente haya expedido el cheque con ánimo de defraudar al beneficiario.

(48) Becerra Bautista, José Ob. cit. Pág. 233.

Las penas alternativas podrán dar al juez una base para sancionar no sólo los hechos propiamente defraudatorios, sino aquellos que se hayan realizado para desnaturalizar el otorgamiento normal y legal del cheque.

Si se demuestra, por ejemplo, que el cheque fue expedido para garantizar una deuda civil, no se absolverá al acusado, sino que se le impondrá una sanción pecuniaria.

Si se demuestra, por el contrario, que se trata de una acción fraudulenta, entonces se impondrá al acusado una pena de prisión que puede ser la máxima.

Reformada la ley mediante el establecimiento de una pena alternativa, los acreedores ya no tendrán en sus manos la libertad del deudor y preferirían ir a ejercitar ante la jurisdicción civil la acción cambiaria respectiva; en cambio quien se siente defraudado por la expedición del cheque, denunciará los hechos ante las autoridades represivas, con la convicción que recibió el cheque en pago de una obligación y de que el librador no tenía fondos disponibles al suscribirlo o autorización del librado para otorgarlo o de que dispuso de esos fondos.

Así se evitaría que las autoridades represivas sean, como hasta la fecha, cobradoras de deudas civiles disfrazadas de operaciones que teóricamente pueden ser hechos sancionados por las leyes penales.

La objeción posible sería que la pena alternativa se acostumbraría para delitos leves y no para delitos que, como el fraude, deben ser reprimidos con mayor energía.

Sin embargo esto sería objetable en base a la imposición final de la pena que puede ser lo suficientemente severa.

En la legislación mexicana se pena el delito de girar cheques sin fondos en principio, como un delito de pura actividad, pero se remite al Código Penal, sección fraude, cuando este delito produce un resultado, es decir un daño. Hay pues dos momentos, uno de simple actividad y otro de resultado.

Es incuestionable que penar la simple emisión sin fondos, representa la máxima garantía para el cheque; pero los graves inconvenientes de esta teoría no la hacen recomendable. En efecto quien librara un cheque sin fondos pero acudiendo de inmediato a hacer el depósito entre tanto el tomador no lo cobrara, merecería siempre la sanción penal; a lo sumo, el pago, podría ser un atenuante del delito pero nunca una eximente.

En realidad esta posición es muy drástica, además hasta ese momento no se ha causado daño alguno. Lo que debe importar es que la ausencia de pago sea en perjuicio del tenedor, interesa pues, el delito de resultado.

ESTADOS UNIDOS.— La legislación de varios estados pena el libramiento de cheques sin fondos como delito especial.

El estado de Nueva York ha modificado la sección 1.292 a. del Código Penal, sometiendo a sus sanciones al que como agente, representante, empleado, etc. librara a su favor o en beneficio de otro un cheque al descubierto. Esta infracción que antes se castigaba como tentativa de hurto, constituye ahora un delito menos grave y el protesto del cheque se considera como presunción de falta de provisión.

Hay países cuyas legislaciones no prevén preceptos especiales para la protección penal del cheque. Los Tribunales en el caso de libramiento de cheques sin provisión, aplican generalmente las disposiciones del derecho penal común relativas a la estafa cuando se prueba que el librado obró con ánimo de defraudar. Esto ocurre en Inglaterra y es penado con el delito de estafa, lo mismo ocurre en Alemania. En los Estados Unidos de Norteamérica, ocurre algo semejante en algunos Estados, pero existen otros Estados que si tienen legislación especial referente a este punto del delito del cheque.

Otras maniobras delictivas realizadas en materia de cheques —como el retiro de la provisión, el bloqueo del cheque, etc.,— en las legislaciones que no prevén este punto con una regulación penal especial, cuando se efectuaron con ánimo de defraudar o mediante empleo de procedimiento engañoso, podrán ser penados de acuerdo con los preceptos de su derecho penal común, y, por regla general con los relativos a la represión de la estafa.

En Inglaterra lo que constituye delito, es el conjunto de maniobras fraudulentas y no la emisión de un cheque en sí misma. Se confirma esto, por la respuesta dada por Inglaterra al cuestionario holandés, durante la Conferencia de la Haya en 1912, concebida en los siguientes términos: "El que gira un cheque sobre un banco, cuando no tiene cuenta o cuando no tiene la certidumbre de que el cheque no será pagado, está sujeto a las sanciones penales fijadas por la ley, relativas al fraude". Los tribunales, no aplican las sanciones penales, sino cuando el

cheque ha sido un medio para efectuar una estafa. El mismo autor afirma, que en Norteamérica emitir un cheque sin fondos no constituye delito especial, salvo que con ello se cometa un fraude.

La ley alemana sobre cheques de 1908, no establece una penalidad especial contra el libramiento de un cheque en descubierto, según afirma Sacerdoti ("La lege Germanica sugli check, 1908 pág. 316"), pero el hacer esto a sabiendas puede constituir un delito de estafa dice Heinsheimer en su obra de Derecho Mercantil.

Al respecto, las legislaciones de Rumanía, Hungría y Suiza concluyen que la emisión de cheques sin fondos, no eran sancionadas por la legislación mercantil sino por la penal, considerándolo como un artificio destinado a obtener un lucro indebido.

El derecho comparado revela que ha sido unánime la represión penal del cheque como medio adecuado para preservar su valor crediticio.

La Conferencia de Ginebra del 19 de marzo de 1931, tuvo por finalidad el estudio del cheque. Pero la materia penal en cuanto a éste se dejó a voluntad de las diferentes legislaciones.

Si bien es cierto que se requiere sancionar con energía a quien defraude mediante la expedición de cheques, porque toda defraudación debe ser sancionada con severidad, también lo es que el estricto apego a las normas mercantiles puede crear una atmósfera de desconfianza entre los cuenta-habientes, quienes para evitarse problemas de índole penal pueden preferir cancelar aquellos depósitos que para ellos no representan más ventajas que la posibilidad de ir a la cárcel porque no se cumplió determinado requisito formal al expedirse un cheque.

La protección penal para el funcionamiento del cheque no debe ser tanta que mate el deseo de abrir una cuenta de depósito a la vista para evitarse las molestias penales consiguientes y por ende, que haga retroceder a las industrias, al comercio y a la agricultura a la época en que se prefería guardar el dinero a dejarlo en los bancos.

Esto está comprobado en países como Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica en los cuales se sanciona al que expide cheques, cuando mediante éstos se busca defraudar a otra persona.

El peligro radica en quienes al abrir su cuenta corriente y tener en sus manos la chequera convierte a ésta en instrumen-

to de fraude; en quienes aprovechando las sanciones penales que protegen a los particulares de los fraudes de que pueden ser víctimas, convierten los cheques en medio de extorsión en contra de sus deudores civiles; en quienes aceptan deudas civiles accediendo a la presión del agiotista de suscribir cheques posdatados así como darlos en pago o cederlos sin provisión.

Según Muñoz (49) la emisión de un cheque sin fondos es un delito contra la fe pública y como tal afecta a un instrumento de tráfico económico.

El cheque compromete el interés público en mayor grado que los otros instrumentos negociables. Sus amplias e importantes funciones, que inciden de manera definitiva sobre el circulante, las operaciones mercantiles, los precios, el buen crédito de un país en los mercados internacionales, el prestigio y buen éxito de la actividad bancaria, requieren por lo tanto una protección y vigilancia permanente por parte de los poderes públicos, con miras a defender no simples intereses privados como podría creerse, sino el adecuado desarrollo de una sana y equilibrada política económica.

El abuso de la emisión de los cheques atenta contra el patrimonio de los particulares, defrauda la fe pública y causa graves e irreparables transtornos al comercio interno y externo, a la banca, en una palabra a la prosperidad colectiva. Por eso casi todos los países han expedido numerosas leyes que buscan reglamentar la constitución y utilización de los depósitos bancarios, las garantías, derecho, obligaciones y castigo para depositantes y depositarios, etc. integrando una legislación que forma parte del derecho público y del derecho privado, según su objeto.

Buena parte de este régimen legal está destinado a sancionar los delitos e infracciones que se cometan en relación con los cheques, de acuerdo con el criterio imperante en cada uno de los estados y el grado de desarrollo de sus instituciones jurídicas.

Como ya manifestamos anteriormente, en las Conferencias Internacionales el aspecto penal del cheque se ha dejado al libre arbitrio de las naciones participantes en su reglamentación.

Cabe hacerse la pregunta por qué es aplicable una sanción de tipo criminal, que ha usado el legislador para proteger bienes e intereses que, de ordinario, sólo merecen una adecuada protección de orden civil.

(49) Muñoz Luis "Títulos Valores Crediticios" Pág. 402 (págs. 412) Edit. Tea Buenos Aires 1956.

El especial interés de proteger penalmente al cheque, y no a las letras de cambio u otros instrumentos semejantes, se debe a que éste fué concebido por el legislador como un instrumento para el pago inmediato, y, como tal, no sujeto a las contingencias del otorgamiento de un crédito, que siempre supone cierto riesgo aceptado por quien lo otorga.

Es decir, si una persona extiende en favor de otra un documento que se supone para pagar, y en definitiva dicho documento resulta ineficaz para el pago, se advierte que aquella persona ha hecho víctima a otra de un verdadero fraude o engaño. Es por esto que se busca proteger al cheque desde su aspecto penal.

LEGISLACIÓN PERUANA.— El Código Penal Peruano, en su Título IV, tipifica los delitos contra el patrimonio, y dentro de estos delitos está considerada la estafa.

El Art. 244° del Código Penal Peruano enmarca la figura de la estafa; se dan varias clases de maquinaciones dolosas que llevan a error a la víctima y por ende un daño al patrimonio. Si no existe el engaño no podemos hablar de estafa, este elemento es indispensable, al igual que el lucro obtenido a consecuencia de ésto.

El delito de girar cheques sin fondos, no se tipifica expresamente en el Art. 244° del Código Penal, sin embargo por medio del cheque se puede cometer una estafa. “Los pagos con cheques no cubiertos son considerados, ya desde antiguo por la jurisprudencia, como una de las estafas. Por lo tanto la naturaleza sería la de la estafa, o sea, maniobra engañosa, lucro y daño patrimonial. La razón por la cual la emisión de un cheque al descubierto se ha relacionado con la estafa y no con la falsedad documental, es porque se ha fijado más en la defensa del bien patrimonial que en la categoría intrínseca documental del cheque bancario”. (50)

Puede hacerse pago con un cheque sin fondos en contra prestación de un objeto, sin embargo ello podría no ser una estafa, hasta que se pruebe la mala fe. Sin embargo, evitando tales maquinaciones, por razones prácticas la jurisprudencia lo considera de hecho como estafa.

(50) Quintano Ripollés Ob. cit. Pág. 132.

Nuestra ley de títulos valores nos remite al Código Penal para tratar el delito de girar cheques sin fondos. Sin embargo el Código Penal no tipifica el delito de girar cheques sin fondos, simplemente se refiere a la estafa y en esta figura se incluye el delito referido. Quizás sería conveniente tipificar este delito de una manera más clara e independiente de la estafa, y darle así una mayor seguridad al cheque.

Nuestra ley desdobra la sanción, una, la civil, se castiga en la misma ley de títulos, y la otra, la penal, se remite al Código Penal.

El 30 de abril de 1955 se dictó el Decreto Supremo que reglamentó el Art. 244º del Código Penal en lo referente a la estafa. El Art. 1º de este Decreto autoriza a los bancos para que en los cheques no pagados por falta de provisión se ponga una anotación aludiendo a tal hecho. Luego en su Art. 2º se dice, que cuando se formule la denuncia ante las autoridades policiales, se procederá a detener al girador, y a ponerlo en el plazo de ley a disposición del juez competente. Procederá su libertad si antes de ser puesto a disposición del juez cubre la obligación.

Al respecto, tenemos varias ejecutorias de los tribunales: "Es responsable por delito de estafa el girador de un cheque protestado por falta de fondos". Ej. 3 de octubre de 1945 (Rev. de los Tribunales 1945, pág. 367).

"El giro de cheques sin fondos disponibles, da mérito al enjuiciamiento criminal por delito de estafa", Ej. 9 de diciembre 1916 (A. J. 1916 pág. 275).

"No es imputable el delito de estafa si no media ardid o engaño para su ejecución. Si el girador de un cheque sin provisión de fondos, lo hace con conocimiento por parte del acreedor de esta circunstancia, no existe dicho delito". Ej. 6 de noviembre de 1918 (R. del F. 1918 pág. 349).

"No procede la acción penal por delito de estafa, contra el girador de un cheque, si no se prueba con el respectivo protesto, que el cheque fue presentado para su pago y rechazado por falta de fondos del girador". Ej. 22 marzo 1938 (R. del F. 1938 pág. 262).

El cheque entregado como pago, configura el delito de estafa, cuando no se paga. En cuanto al cheque entregado en garantía, la ley de títulos valores lo prohíbe e impone la sanción penal. Con anterioridad a la ley de títulos valores no ha-

bía tal distinguo en relación al cheque entregado como pago y aquel entregado como simple garantía.

En nuestra legislación anterior el expedir cheques sin provisión de fondos no estaba tipificado específicamente en dispositivo alguno. Simplemente por deducción lógica y principalmente por los fallos de los tribunales, se ligó el girar cheques sin provisión de fondos con el delito de estafa. Posteriormente el decreto reglamentario al cual nos referimos anteriormente, fijó las pautas de un delito que no existía en el artículo en referencia. Es decir, se reglamentó el Art. 244º del Código Penal en lo referente a la estafa y el girar cheques sin fondos, y se ligaba de esta manera un delito con el otro, cuando en realidad el delito de girar cheques sin fondos no estaba expresamente tipificado en el Código. Es gracias a la jurisprudencia que se han ligado ambos delitos, y como dice Quintano Ripollés "Los pagos con cheques no cubiertos son considerados, ya desde antiguo por la jurisprudencia, como una de las estafas".

Actualmente la ley de títulos valores, en su Art. 146º crea varios tipos delictivos, entre ellos: a) el que gire un cheque sin tener fondos disponibles; b), el que disponga de los fondos en cualquier forma, total o parcialmente, después de haber girado el cheque y antes de vencidos los términos fijados para su presentación; c), el que gire un cheque sin tener la respectiva cuenta corriente en el banco girado; d), el que gire un cheque con fecha falsa; e), el que transfiera la propiedad de un cheque a sabiendas de que éste no puede ser pagado por falta de fondos; f), el que gire, transfiera o reciba un cheque como valor en garantía. Cometidos cualquiera de estos delitos se nos remite al Código Penal para la respectiva sanción, que en este caso vendría a ser la estafa. Una vez más la ley nos remite a un artículo del Código Penal que no enmarca categóricamente este delito, sino que en base a la jurisprudencia se ha llegado a tal conclusión.

En la actualidad, para mantener una vez más la coherencia de nuestras leyes, por analogía llegamos a la misma conclusión de castigar los delitos especificados en el Art. 146º de la ley de títulos valores con el artículo pertinente del Código Penal, es decir el referente a la estafa. Aunque en realidad el Código Penal no tipifica las figuras del Art. 146º, sólo habla de la estafa que puede cometerse con un cheque.

El Art. 146º de nuestra ley de títulos-valores establece las sanciones civiles y penales por infracción en el giro de cheques.

La sanción civil a partir del cierre de la cuenta bancaria, es una multa del veinte al ciento por ciento del valor del cheque. La sanción penal procederá cuando hubiere lugar, sin perjuicio de la multa, habrá que remitirse a las normas del Código Penal, que son las que establecen cuando el giro de cheques constituye delito. No todos los incisos del Art. 146º dan lugar a la acción penal.

La ley no ha seguido la corriente doctrinaria que considera la emisión o el giro de cheques sin fondos como figura penal típica, es decir, que basta el hecho de girar o emitir el cheque sin tener fondos disponibles para que se configure el delito. Debe examinarse si en tal hipótesis se dan los supuestos de hecho para que se produzca la infracción penal.

El inc. 1º del Art. 146º de la ley de títulos valores establece el supuesto del "giro de cheques sin tener fondos disponibles". El Código Penal no configura como delito típico el giro de cheques sin tener fondos disponibles.

En países como el Perú en los que el cheque no ha sido objeto de reglas específicas de protección penal, se han aplicado generalmente las disposiciones relativas a la estafa, cuando se prueba que el librador obró con ánimo de defraudar.

En nuestra legislación la falta de fondos del girador del cheque queda insumida en el delito de estafa, penado en el Código Penal (Art. 244º). Procederá la sanción si se dan los supuestos que configuran dicho delito, o sea, engaño, maniobras dolosas, falsos títulos, apariencia mentida, que ocasionan perjuicio en beneficio del autor o de un tercero.

Este criterio se encuentra confirmado por el mencionado Decreto Supremo N° 15 de 30 de abril de 1955, que reglamenta el artículo 244º del Código Penal. En su parte considerativa se expresa que la apertura de la acción penal no es pertinente si se acredita en forma fehaciente la causa por la cual no fue cubierto el cheque, disponiendo que cuando se formule la denuncia ante las autoridades de policía de haberse otorgado un cheque que no ha sido pagado por falta de fondos, procede bajo responsabilidad detener al girador y ponerlo en el plazo de ley a disposición del juez competente. Procederá la libertad del girador si antes de ser puesto a disposición del juez, cubre la obligación. Para formular la denuncia no es necesario el protesto, siendo suficiente la constancia que ponga el banco expresando que el cheque no es pagado por falta de fondos. De lo

establecido en el mencionado Decreto Supremo resulta: 1º, que no se considera el libramiento de cheque sin fondos como delito típico, sino como una forma de estafa; 2º, que se trata de un delito de resultado y no de peligro; 3º, que el delito no se consuma con la presentación y el rechazo del cheque sino cuando el girador, después de haber sido detenido por la policía, deja de pagar el cheque antes de ser puesto a disposición del juez competente.

En la ley peruana de títulos-valores, como se ha expresado, "la acción penal dependerá de lo que resulte de aplicarse el Código de la materia, que, como no tipifica el delito de entrega de cheques en descubierto, tendrá que remitirse a los casos de estafa o defraudación, falsificación o daños, según los casos". (51)

El Art. 146º, inc. 2º de la ley en mención tipifica "el retiro de la provisión de fondos por el librador después del libramiento del cheque y antes de vencidos los términos fijados para su presentación".

Esto que constituye en algunas legislaciones una figura de delito, no tiene este carácter en nuestra ley.

El elemento material de la infracción consiste en el hecho de retirar el librador, total o parcialmente, la provisión de fondos existentes en poder del librado.

De acuerdo a lo establecido en la ley peruana de títulos valores no hay infracción si el retiro de los fondos se efectúa después de vencido el plazo de presentación.

En esta forma, el librador no está obligado a mantener indefinidamente la provisión para los cheques que ha librado, y no siéndole posible conocer en todo momento el estado de su cuenta, podría quedar expuesto a situaciones de peligro.

Habría también en este caso que preguntar si basta el dato objetivo del retiro de fondos para que se configure la infracción, o es menester que exista mala fe del librador, o sea conocimiento de que el cheque quedará impago.

No haciéndose mención a ningún elemento interno de la infracción, debe considerarse suficiente la voluntad consciente de retirar la provisión.

Este artículo en comentario, no hace mención alguna al caso del "bloqueo".

(51) Montoya Manfredi, Ulises "Comentarios a la ley de Títulos Valores" Pág. 451 (Págs. 640), Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970.

El inc. 3º del Art. 146º tipifica como delito "el giro de un cheque sin tener cuenta corriente en el banco girado". En nuestra legislación es infracción sancionable con multa, salvo que se configure como estafa.

"La falsedad de la fecha del cheque". (inc. 4º) es otro hecho sancionable con multa, aparte desde luego, de la sanción penal que procederá, según el caso.

Caben dos casos; antedatación del cheque; y la posdatación del mismo.

La ley busca que la fecha del cheque sea la del día en que se gira.

El cheque predatado no es usado generalmente como instrumento de defraudación. Mientras la fecha no anteceda al plazo de presentación, ningún perjuicio sufrirá el tenedor. Tampoco habrá perjuicio si el cheque es pagado después del plazo. En realidad lo que se busca es penar el haber creado un efecto que contiene una falsedad, con el peligro de que pasado el plazo de presentación puede revocarse el mandato.

En cuanto al posdatado, puede ser instrumento de delito si se utiliza para encubrir negocios usurarios y es arrancado al librador dándole tiempo a constituir la provisión de fondos, o para dar lugar a que el tomador realice la prestación ofrecida.

Lo dispuesto en el Art. 164, en cuanto dispone que el cheque es pagadero a la vista el día de su presentación, aunque tuviera fecha adelantada, hace ineficaz las maniobras que se ocultan detrás de la posdatación del cheque.

El concepto de dolo por parte del endosante está dado en el inc. 5º del Art. 146º, en el cual se pena, "la transferencia de la propiedad de un cheque a sabiendas de que éste no puede ser pagado por falta de fondos".

En este caso hay un elemento subjetivo que no se da en el caso del girador de un cheque sin provisión de fondos. Se puede girar un cheque sin tener fondos e ignorar ese hecho. Es decir, puede haber culpa, pero no en el dolo que significa transferir o girar sabiendo que no hay fondos. Quiere decir, que el que gira el cheque, ignorando la insuficiencia de fondos, sería sancionado con la pena civil del artículo 146º. En cambio para que el que transfiere el cheque sea penado, debe obrar a "sabiendas" de que éste no puede ser pagado por falta de fondos.

“El libramiento, transferencia o recepción de un cheque como valor en garantía” a que se refiere el inc. 6º origina también la imposición de la multa. Se sanciona en este caso la desnaturalización del cheque, que, de mandato de pago a la vista, se convierte en instrumento de coacción ya que de no pagarse la obligación principal, el girador quedaría expuesto a las sanciones civiles y a las penales en su caso.

La Corte Suprema se ha pronunciado uniformemente en el sentido que los cheques o documentos bancarios girados sin tener fondos suficientes en garantía de otras obligaciones, no dan lugar a la acción penal, porque no representan el medio de un propósito malicioso o engaño para apropiarse de dinero ajeno, no configurando en consecuencia, el delito de estafa.

Así, confirmando lo anteriormente dicho, la Ejecutoria de 23 de setiembre de 1940 declara: “No comete delito de estafa quien, sin propósito malicioso ni engaño, firma cheques sin fondos en garantía de préstamos, y con la advertencia de que el tenedor debía esperar varios días para hacerlos efectivos, o con autorización del Banco para sobregirarse; y cuando a mayor abundamiento el acusado ha cancelado posteriormente a sus acreedores, circunstancia que revela la falta de propósito de defraudar a éstos”. (R. de los T. 1940 pág. 406).

La ejecutoria de la Corte Suprema de 7 de noviembre de 1953 declara: “Si el acreedor recibe un cheque de su deudor sabiendo que éste no tiene fondos en el Banco, no existe delito de estafa aunque dicho documento hubiera sido protestado” (R. del F. Pág. 587).

La ejecutoria de la Corte Suprema de 7 de diciembre de 1954 declara: “Cuando los documentos cambiarios cumplen una simple función de garantía y se produce el caso que el girador no tiene fondos en el Banco, este hecho no configura el delito de estafa”. (R. de J. P. 1955 pág. 1972).

CONCLUSIONES

El elemento subjetivo debe ser considerado en todo delito, a fin de averiguar si corresponde aplicar la eximente o atenuante que son de aplicación universal.

La ausencia de uno de los elementos de la estafa, engaño, ánimo de lucro, perjuicio a tercero, no tipifica a la emisión de cheques sin fondos como estafa.

El portador de un cheque a fecha puede desentenderse del plazo que señala el documento y exigir el pago del mismo antes de la fecha consignada en él. El banco debe pagar el cheque si existen fondos, pues el cheque es un documento de pago a la vista y debe ser pagado en el momento de su presentación.

Se absuelve de responsabilidad penal al girador, si se acredita que el cheque protestado fue girado en garantía.

El cheque se considera cancelado cuando se ha pagado el mismo por el librado, pues es un medio de pago pro-solvendo y no in-solutio.

La provisión del cheque puede hacerse simultánea o posterior al giro, pues a la ley de títulos-valores le es indiferente, y a la penal le interesa sólo el no pago.

El pago parcial del cheque no exime al librador de la responsabilidad penal.

La falsificación de la firma del endosante no implica falsificación del cheque, porque el endoso no es de la esencia de ese instrumento, sino que es, sólo la firma necesaria que hay que adoptar para llevar a cabo la transmisión de dominio de determinados cheques.

El giro de un cheque sin provisión de fondos en el momento de librarlo, no constituye delito si este es pagado oportunamente, pues no es un delito formal sino de resultado y por lo tanto, el bien jurídico protegido es el patrimonio y no la fe pública.