

345
5-14
1974
F. J. C. S.
E. 3

070266

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Roberto Antonio Soriano Guardado

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

NOVIEMBRE 1974



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR EN FUNCIONES

Dr. Carlos Alfaro Castillo

SECRETARIO GENERAL

Dr. Manuel Atilio Hasbún

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Luis Domínguez Parada

SECRETARIO

Dr. Pedro Francisco Vanegas Quiñónez

A mis padres

José Antonio Soriano

Carmen viuda de Soriano

A mis hermanos

José Ricardo

Jorge Alberto

Silvia del Carmen

Dora Velia

A Doña Maura Deleón Hernández

TRIBUNALES EXAMINADORES

MATERIAS CIVILES PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. José Roberto Preza Quezada
Primer Vocal: Dr. José Ernesto Criollo
Segundo Vocal: Dr. Manuel Arrieta Gallegos

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Carlos Ferrufino
Primer Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio
Segundo Vocal: Dr. Roberto López Munguía

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Primer Vocal: Dr. Luis Alfonso Salazar
Segundo Vocal: Dr. Oscar Gómez Campos

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Francisco Vega Gómez h.
Primer Vocal: Dr. Arturo Argumedo h.
Segundo Vocal: Dr. Ernesto Alfonso Buitrago

ASESOR DE TESIS

Dr. Juan Portillo Hidalgo

I N T R O D U C C I O N

El título de esta tesis "LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE", significa la garantía penal que debe darse a ese título valor que se llama cheque, que en las actuales circunstancias desempeña una función relevante en la evolución general de la economía de los distintos países del orbe.

Desde luego, que no es ésta la única garantía de que goza el cheque; pero hay que hacer notar que la falta de pago del cheque, lesiona tanto intereses individuales como sociales; y hasta la fecha de publicación de nuestro Código Penal nuestros legisladores le dieron mayor importancia a la protección del aspecto individual, pues se preocuparon de que el perjuicio patrimonial en el beneficiario del cheque no se realizara. En nuestro actual Código de Comercio existen varias disposiciones que regulan esta cuestión como el Artículo 795 de ese cuerpo de leyes que se refiere a que el cheque que es protestado en tiempo por falta de pago se vuelve documento ejecutivo; y si no ha sido protestado en tiempo, valdrá como documento privado.

Si bien es cierto que en cuanto a la protección de los intereses colectivos existe la limitación de este título valor, relativa a que las instituciones bancarias son las únicas que están autorizadas para el manejo de cheques, ello no ha sido suficiente pues el ingenio del hombre es tan fructífero en esta materia que ha logrado desnaturalizar la función del cheque, tal como ocurre, por ejemplo, en el ca-

so que se plantea cuando una persona que debe la cantidad de cincuenta mil colones, consigue de su acreedor la facilidad de pagar por cuotas y extiende para cancelar el primer abono un cheque por cinco mil colones, sin tener fondos disponibles para su pago; protestan el cheque y le dicen "o paga totalmente los cincuenta mil colones o lo encarcelamos". El deudor pide que le entreguen el cheque para cancelarlo y para su asombro le repiten que, "o paga la totalidad de la deuda o va a parar a la cárcel". Estas formas de usar el cheque como medio coactivo, son obviamente, injustas; por lo tanto, se debe tratar de proteger este título valor para evitar, en lo posible casos como el apuntado; y es así como nuestro legislador ha incorporado en el Código Penal un artículo que pretende obligar a las personas a que hagan uso correcto del cheque. Es tan variada la gama de subterfugios que permiten burlar la ley en el sentido apuntado, que lejos de cumplir su verdadero cometido, el cheque ha generado tanta desconfianza en nuestros comerciantes a grado de colocar avisos en sus establecimientos, en los cuales se anuncia a grandes letras: "NO SE ADMITEN CHEQUES".

El incorrecto uso del cheque, muy generalizado en nuestro medio, es contra el que debe lucharse a fin de que dicho título valor sea aceptado y desempeñe su legítima función, cual es, sustituir en su mayor parte la circulación de la moneda. Ese es el objetivo del cheque como orden incondicional de pago. Y los beneficios que su empleo ocasiona a la Economía Nacional son de relevancia manifiesta; permitir que capitales que se encuentran improductivos en manos de los particulares, se conviertan en fuente de riqueza nacional al ser depositados en las instituciones bancarias, las cuales, así, están en la posibilidad de invertirlos en grandes empresas que contribuyan al desarrollo económico del país;

igualmente relevantes son las ventajas obtenidas por el depositante, a quien le ofrece seguridad en el control de una porción de su patrimonio, evitándole las pérdidas de tiempo que ocasiona el contar la moneda, y más que todo, el daño que podría ocasionarle la pérdida o extravío de la moneda, por su propia negligencia, o bien por la acción delictuosa de terceras personas, muy frecuente en el amplio mundo de las transacciones comerciales, tales como hurtos, robos, etc.

Por lo antes expuesto justificase incluir en nuestra legislación una garantía penal del cheque, tal como aparece en el Código Penal, en su Art. 372, que regula el delito de "Cheque sin Provisión de Fondos".

Este trabajo se ha dividido en cuatro capítulos: en el primero se trata de ideas generales del cheque, desde el punto de vista mercantil; en el segundo se exponen las ideas sobre lo que los teóricos del Derecho Penal llaman "Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos"; en el capítulo tercero se estudia el tratamiento penal que en nuestra legislación ha recibido el cheque; y el último capítulo trata de legislación comparada, tomando como ejemplos la legislación Argentina y la Mexicana, concluyendo con jurisprudencia salvadoreña.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL CHEQUE

1. ESBOZO HISTORICO DEL CHEQUE

Los orígenes de este título valor son inciertos; sin embargo muchos autores encuentran los antecedentes de este documento en las transacciones realizadas por algunos mercaderes judíos de la antigüedad, pues éstos, extendían constancias de riqueza que se usaban por los depositantes como medio de prueba de una excelente solvencia económica.

Otros tratadistas encuentran sus antecedentes en Atenas, apoyándose en textos de Isócrates; otros los ubican en Roma deduciéndolo de escritos legados a la posteridad por Cicerón, Terencio y Plauto y afirman que los Argentari romanos lo emplearon en sus relaciones con sus clientes bajo el nombre de *Prescriptio* o *Permutatio*. Es indudable que en la antigüedad, fue práctica muy usual depositar dinero en personas de confianza a quienes el depositante daba instrucciones para que entregaran sumas en numerario a terceros.

Por otra parte, el transporte de oro entre los alejados puertos que tocaban los comerciantes fenicios, representaba un aumento de las cargas y la irreparabilidad de las pérdidas, cuando los navíos naufragaban o eran apresados por corsarios, aventureros y piratas que pululaban sobre

los mares. Para evitar toda esta clase de riesgos los comerciantes decidieron crear un sistema que los protegiera contra estas eventualidades, consistente en extender documentos en los que constaba la posesión de oro que les pertenecía, en manos de un potentado emisor de dichos documentos. En siglos posteriores este mecanismo fue usado por los orfebres ingleses, después que Carlos I -en 1640- confiscó los depósitos que éstos habían hecho en el Hotel de La Moneda, por lo cual, los orfebres se vieron en la necesidad de buscar un depósito más seguro para los metales preciosos con los cuales ellos laboraban. Recurrieron a depositar sus metales en manos de particulares confiables y abrieron cuentas corrientes y de giros por medio de los llamados Billetes de Orfebres o "Goldsmiths Notes" que eran documentos al portador, que circulaban con relativa libertad y bastante aceptación. En un principio la cantidad estipulada en los recibos coincidía escrupulosamente con el oro depositado, pero los depositarios vieron la oportunidad de enriquecerse lanzando a la circulación mayor volumen de papeles, que el oro depositado. Al comienzo esto funcionó perfectamente, pero fallaba al venir la catástrofe producida por guerras, invasiones, pestes y otros males de la misma categoría. En estos casos todos los depositantes querían ponerse a salvo; y lo menos perjudicial que podía suceder, era que la evolución de los negocios les permitiera conjugar el excedente; pero lo habitual era la bancarrota y con ello el fraude.

Algunos autores italianos sostienen que es Italia la cuna del cheque; citamos a este respecto la obra de González Bustamante -"El Cheque"- que en la parte pertinente nos dice: "Según Bolaffio, Roco y Vivante, la raíz del cheque actual se encuentra en los 'Contadi di Banco' del Banco Véneto; los "biglietti" o "Cedule di Cartulario", de los bancos San Jorge,

de Génova y San Ambrosio de Milán, así como las "Pólizas" o "fedi di deposito" de los Bancos de Nápoles."^{1/}

Los Belgas se disputan la primacía en el empleo del cheque, sosteniendo que antes de que Inglaterra se extendiera en el desarrollo de los depósitos bancarios, ellos conocían un documento llamado "bewijs"; y que en época de la Reina Isabel, fue enviado Sir Jh. Greshman en 1557 a Amberes con el objeto de estudiar el funcionamiento y mecanismo de los "bewijs", con la única finalidad de introducirlos en el tráfico bancario de Gran Bretaña.

Pero lo cierto es que existe unidad de opiniones entre los estudiosos de esta rama jurídica en sostener o reconocer que la paternidad, en cuanto a la importancia y desarrollo sistemático de este título valor, no debe negarse a Inglaterra; a grado tal, que llega a atribuírseles la creación de la denominación "Chek" derivada, según unos, de "to chek" que significa verificar; otros dicen que deriva de "exchenquer", pues con esta palabra se designaba el tablero sobre el que estaban las mesas o bancos de los tesoreros reales. La práctica del empleo del cheque por Inglaterra, como también de las disposiciones que regulaban su uso, se extendieron y se copiaron en la mayor parte de las legislaciones del mundo, por ello es que se atribuye a Inglaterra, con justificada razón, el hecho de haber creado el título valor cuyo nombre es el cheque.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE

Explicar la naturaleza jurídica del cheque equivale

^{1/} GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "El Cheque" Edit. Porrúa México 1970, Pág. 7.

a descubrir la esencia jurídica de ese documento; en otras palabras, mostrar las características de ese título valor que son relevantes para el derecho.

El cheque es un documento mercantil al que la ley ha dotado de ciertas características para elevarlo a la categoría de título valor; por otra parte, los doctrinarios del derecho mercantil moderno sostienen que para que un documento sea considerado título valor debe tener las características siguientes: (a) Incorporación; (b) Legitimación; (c) Literalidad; y (d) Autonomía.

(a) INCORPORACION. La palabra incorporar significa agrupar, unir, formar con varias cosas un cuerpo o un todo. En lo que atañe al cheque, con la característica de incorporación se quiere señalar la unión existente entre el documento y el derecho que en él se consigna, de tal modo que para ejercer el derecho es necesario la presentación del documento; es decir, que el documento es lo principal y el derecho lo accesorio, de tal suerte, que si no existe el documento no puede existir el derecho, pues no puede probarse de otra manera. En nuestro Código de Comercio podemos encontrar apoyo para demostrar esta unidad existente entre el documento y el derecho incorporado a él, en el Artículo 805 de ese cuerpo de leyes, que en lo pertinente dice: "Art. 805. El cheque deberá ser presentado para su pago a la institución bancaria contra la cual se ha librado, o a cualquiera de sus agencias en el país; pero en este último caso, si la agencia bancaria no tuviere fondos suficientes para hacer efectivo el cheque, gozará de un plazo de setenta y dos horas para efectuar su pago". Es decir, que si no se presenta el documento, jamás se podrá cumplir con el derecho consignado en él.

(b) LEGITIMACION. Consiste en la justificación jurídica de la calidad en que actúa una persona, es decir, que la titularidad del derecho depende única y exclusivamente de la tenencia legítima del título. Esta tenencia legítima depende de la forma de emisión, que según el artículo 797 Com. puede ser a persona determinada, mencionando el nombre de la persona a cuyo favor se expide, la que puede ser el mismo librador o un tercero; pero en ambos casos se entenderá emitido a la orden. En este caso, para ejercer el derecho, basta presentar el documento ante la institución librada, presentación que no necesariamente debe ser hecha por la persona que aparece nombrada en el título, pues ésta puede endosarlo firmándolo al reverso. También puede emitirse en forma determinada, mencionando el nombre del beneficiario del cheque, agregándole la cláusula "NO A LA ORDEN", "NO NEGOCIABLE" u otra equivalente, en cuyo caso también basta la presentación, pero únicamente por la persona mencionada en el título, pues no es endosable a terceros, sino solamente a la institución bancaria librada. Por último, puede emitirse al portador, y en este caso, para ejercer el derecho, basta la presentación del documento ante el librado, la cual puede hacerse por la persona que tenga materialmente el título, pues el endoso se realiza por la simple entrega del documento.

(c) LITERALIDAD. Consiste en la descripción del derecho en el texto del documento, es decir, que para efectos del ejercicio del derecho hay que atenerse a la letra del mismo; tan es así, que el artículo 809 Com. dice que si la institución librada notare errores o sospechas de dolo o falsedad en el documento, podrá reternerlo para dar aviso inmediato al librador para que diga si debe o no pagarlo.

(d) AUTONOMIA. Significa subsistir por sí mismo. Se dice que una cosa es autónoma cuando surge con entera independencia de cualquiera otra. En lo que al cheque se refiere, puede decirse que el derecho que incorpora ese documento es independiente de la relación causal, es un derecho nuevo, un derecho originario, no derivado; y cada acto cambiario que con el se realice, es independiente de los demás; y por ello, la institución librada no pregunta al tenedor sobre la causa de emisión del cheque, sólo se concreta a pagarlo. Por tal razón, el artículo 793 Com. que expone los requisitos que debe contener el cheque no menciona dentro de ellos la causa que le dio origen.

En cuanto a su naturaleza jurídica se han expuesto multitud de teorías tratando de definir la naturaleza del cheque, llegándose al extremo que cada autor pretende explicarla a su modo; pero ninguno ha logrado, hasta la fecha, satisfacer a los legisladores de las distintas codificaciones existentes. Por ello, al hablar de la naturaleza jurídica del cheque, nos dice González Bustamante: "Vamos han resultado los esfuerzos para poder llegar a conclusiones definitivas, al extremo de que en la elaboración de la Ley Uniforme de Ginebra, se ha prescindido de cualquier postura doctrinal, lo que nos parece muy sensato ante lo irreductible que resulta la conciliación de las ideas que sobre la materia se han expuesto". ^{2/}

A continuación expondremos las teorías más conocidas que tratan de explicar la naturaleza jurídica del cheque, con

^{2/} GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, ob. cit. pág. 11

su comentario respectivo, para poder apreciar con ello la insuficiencia de las mismas en aclarar en una forma satisfactoria la naturaleza jurídica del título valor que estudiamos.

TEORIA DEL MANDATO: muy sugestiva es esta posición, pues en términos generales se adapta a la definición del contrato de mandato, a grado tal, que más de alguna legislación le dió cabida en su codificación. Nuestro código civil define el mandato así: "Art. 1875. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Esta situación se presenta en la emisión del cheque, en la cual, el girador autoriza al girado, a cumplir por su cuenta y riesgo el pago de cierta cantidad de dinero -consignada en el cheque- a un tercero que se llama tenedor. Pero a nuestro juicio, consideramos que esta teoría es insuficiente para descubrir la naturaleza jurídica del cheque, pues el mandato es por su esencia en favor del mandante; mientras que en el cheque, es más en favor del tenedor (beneficiario) que del girador del mismo. El mandato es por su naturaleza revocable (Art. 1923 No. 3 C.); el cheque es por su esencia irrevocable. En el mandato, el mandatario puede renunciar (Art. 1923 No. 4 C.); el girado no puede hacerlo, pues es su negocio. El mandato termina con la muerte del mandante (Art. 1923 No. 5 C); no sucede lo mismo con el girador, pues los cheques que ha extendido antes de su muerte deben ser pagados por el girado (Art. 813 del Código de Comercio).

TEORIA DE LA CESION. En términos generales, la cesión de créditos consiste en la transmisión de los derechos que hace una persona que se denomina cedente, a otra que se

llama cesionaria. Los sostenedores de esta teoría dicen que los derechos que tiene el cedente (girador) en contra de su deudor (girado), los transfiere por cesión al cesionario (tenedor). No estamos de acuerdo con esta teoría, ya que por una parte, no existe exactamente entre girador y girado las relaciones jurídicas entre acreedor y deudor; pues el Código de Comercio nos dice: "Art. 1186. El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o moneda extranjera, transfiere la propiedad al banco depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie". Como se puede apreciar, el propietario del dinero depositado es el girado; por tanto, no puede explicarse la naturaleza jurídica del cheque por esta teoría, pues sólo puede cederse lo que nos pertenece; y si se quiere sostener que lo que se cede es el crédito, no prospera en nuestro medio en virtud de que el Código Civil regula esta situación en el título de la cesión de derechos, al decir: "Art. 1698. Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales".

Por otra parte, sólo se pueden encontrar obligaciones entre el girado y el girador y no entre el girado y tenedor, en virtud del contrato de depósito en cuenta corriente celebrado entre el librador y el librado; y de ser cierto que existe una cesión de crédito, también existirían relaciones entre el beneficiario del cheque y la institución bancaria girada; pues la cesión de crédito es un verdadero convenio, en virtud del cual, un acreedor cede sus derechos que tiene contra un deudor a favor de un tercero que se convierte en

nuevo acreedor de ese deudor.

TEORIA DE LA DELEGACION. Existen dos clases principales de delegación: la delegación de crédito y la de deuda. Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual nos define estos conceptos de la siguiente manera: "Delegación de Crédito: Negocio jurídico en que un acreedor (el delegante) insta a su deudor (el delegado), a obligarse con respecto a un nuevo acreedor (el delegatario), que acepta al igual que el obligado. Esta sustitución del antiguo acreedor por otro, nuevo requiere el consentimiento de los dos primeros relacionados y la aceptación del nuevo titular del crédito". "Delegación de deuda: Acto jurídico en el cual un deudor (el delegante), requiere a otra persona (el delegado), que puede ser deudor de él a su vez, o un donante, para que se obligue ante un acreedor (el delegatario), o a sostener la defensa en el pleito por éste entablada contra el primero". ^{3/}

Aplicada esta situación a las relaciones existentes al emitir un cheque, resulta lo siguiente: siendo el librador deudor del tenedor y acreedor del girado, designa al tenedor (delegatario), un nuevo deudor que es el banco girado (delegado); esto sucede en la delegación de deuda. Y en cuanto a la delegación de crédito, las relaciones entre librador, librado y tenedor son las siguientes: el librador (delegante), le nombra al girado (delegatario), un nuevo acreedor que es el tenedor (delegado).

^{3/} CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Ediciones Santillana. Buenos Aires Argentina, 1962.

Lo cierto es que esta situación no puede explicar la naturaleza jurídica del cheque, pues en ningún momento puede existir el cambio de calidad que las personas ocupan en las obligaciones; es decir, que en las relaciones del cheque no puede resultar el cambio de deudor que se opera en la delegación de deuda, como tampoco el cambio de acreedor que ocurre en la delegación de crédito, pues el acreedor frente al librado sigue siendo el librador; y el deudor frente al tenedor siempre es el librador.

TEORIA DE LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. En el Código Civil, cuando se describen los actos y declaraciones de voluntad se regula esta situación diciendo: "Art. 1320. Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él". En el contrato de cuenta corriente intervienen el librador y el librado; éste se obliga, en favor del legítimo tenedor del cheque, a entregar una suma de dinero designada por el librador en el documento; y se perfecciona la estipulación, convirtiéndose en irrevocable, desde el momento que la acepta el tenedor. Falla esta teoría, pues en ningún momento puede obligarse la institución bancaria respecto al tenedor del cheque; sus únicas obligaciones son respecto al girador.

TEORIA DE LA ESTIPULACION A CARGO DE TERCERO. Según esta teoría la estipulación se celebra entre el girador y el tenedor, en virtud de la cual, el girador estipula a

favor del beneficiario, que el girado cancelará el cheque. Se puede hacer la misma crítica anterior, en el sentido de que del cheque sólo se derivan obligaciones entre girador y girado; y no existen obligaciones, como pretende esta teoría, entre girado y tenedor, pues un convenio celebrado entre girador y tenedor no puede obligar al girado, quien no ha intervenido en él; por otra parte, la obligación de pagar el cheque surge del convenio celebrado entre librador y librado, y no del celebrado entre librador y tenedor.

TEORIA DE LA ASIGNACION. La asignación consiste en el acto por el cual una persona llamada asignante, autoriza a otra llamada asignado, para que pague a un tercero, llamado asignatario, cierta cantidad de dinero; pero esta figura se caracteriza porque el asignado no se encuentra obligado a pagar, lo cual no sucede con el cheque, pues en esta relación el girado ha contraído una verdadera obligación, consistente en pagar la suma de dinero que el librador le indique en el cheque.

Como se ha visto, ninguna de las teorías expuestas nos explica satisfactoriamente la naturaleza del cheque; y es muy lógico, pues siendo el cheque un título valor, de cuya emisión se genera un conjunto de relaciones jurídicas de naturaleza diversa, obviamente, el cheque será de una naturaleza jurídica compleja, de lo cual resulta la imposibilidad de encontrarle explicación por medio de las teorías contractualistas. Los comentaristas mercantiles modernos, al desarrollar este tema, abandonan las teorías mencionadas y nos hablan de las relaciones jurídicas existentes entre las distintas personas que intervienen con motivo de la emisión del cheque. Así lo hace Rodríguez Rodríguez que al

respecto nos dice: "Para que se comprenda de un modo claro el tipo de relaciones jurídicas que se establecen con motivo de la emisión de un cheque, conviene distinguir las relaciones que existen entre el girador y el girado, entre el girador y el tenedor, y entre el girado y el tenedor".^{4/} Tarea esta que la dejaremos para el numeral siguiente.

3. RELACIONES JURIDICAS ENTRE LIBRADOR, LIBRADO Y TENEDOR

(a) Naturaleza jurídica de la relación entre el librador y el librado. Estas personas se encuentran ligadas por un contrato de depósito en cuenta corriente, y por el cual, el depositante (girador), puede disponer de los fondos depositados total o parcialmente; y la forma como puede retirarlos es mediante cheques. Por otra parte, el depositario (girado), según el contrato de depósito en cuenta corriente, cumple con su obligación entregando las cantidades de dinero indicadas en los cheques, hasta por la suma total de lo depositado. Es decir, que para que una persona pueda ser girador legítimo de cheques a cargo de un banco, es necesario que el librador sea acreedor de esa institución bancaria. Como se puede apreciar, cuando se emite un cheque no se está celebrando un contrato; simplemente el girador está exigiendo lo que se le debe.

(b) Naturaleza jurídica de la relación entre el librador y el tenedor. El librador, por medio del cheque, hace una promesa solemne al tenedor, consistente en la seguridad de que el importe consignado en el documento le será pagado, a su presentación, por el girado; y esa promesa constituye una declaración unilateral de voluntad, que por la sim-

^{4/} RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. "Derecho Mercantil" Edit. Porrúa México 1972. Tomo I, pág. 367.

ple emisión del cheque, obliga sin necesidad de aceptación.

(c) Naturaleza jurídica de la relación entre el girado y el tenedor. Entre estas personas no existe ninguna vinculación directa, pues el banco no está obligado a pagar el cheque frente al beneficiario, sino frente al girador.

Resumiendo las ideas anteriores Rodríguez Rodríguez nos dice: "De este modo, puede decirse que entre el girador y el banco girado existe la relación que se establece entre el acreedor que requiere a su deudor el pago de una cantidad debida; entre el girador y el tenedor existe la promesa de pago que el primero hace al segundo; entre girado y tenedor no existe ninguna vinculación, ni cambiaría ni extracambiaría". ^{5/}

4. DISTINTAS CLASES DE CHEQUES Y SUS RESPECTIVOS REQUISITOS

Comenzaremos por mencionar los distintos requisitos del cheque en general, para pasar después a enunciar las distintas clases de cheques con sus requisitos especiales. Los requisitos para que un cheque tenga validez han sido clasificados así: A. Requisitos previos a la emisión del cheque; B. Requisitos de capacidad de las personas que intervienen en las relaciones que surgen con la emisión del cheque; y C. Requisitos formales del cheque.

A. Requisitos previos a la emisión del cheque:

1. Provisión de Fondos. Por esta expresión debe entenderse el derecho de crédito que el girador tiene frente al girado, independiente de la forma como haya nacido, ya sea por depósito de dinero hecho por el girador, y contra el

^{5/} RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 368.

cual está autorizado a librar cheques; o por apertura de crédito concedida por el girado, en favor del girador, autorizándolo para retirarlo por medio de cheques. Pueden combinarse estas operaciones, como cuando la institución bancaria abre créditos de esta categoría a personas que tienen depósitos retirables a través de cheques. El Código de Comercio en su artículo 795 inciso tercero les llama fondos disponibles y nos dice que son aquellos que exclusivamente el librador puede disponer por medio de cheques.

2. Contrato de Depósito en Cuenta Corriente. Por este contrato es que nacen las obligaciones entre librador y librado, pues sólo puede librar cheques la persona que tenga fondos disponibles y está autorizada por el banco para retirarlos por medio de cheques. Generalmente es un contrato de adhesión, en formularios que previamente ha impreso el banco. Tiene la modalidad de permitir que el depositante pueda hacer remesas para aumentar la cantidad del depósito, a la vez que puede retirar en forma parcial las cantidades depositadas, siempre por medio de cheques. El Código de Comercio al respecto nos dice: "Art. 1188. El banco celebrará con la persona que haga depósitos en cuenta corriente, un contrato privado, conteniendo la autorización para librar cheques y las obligaciones que de allí se deriven para ambas partes. De dicho contrato, que será extendido en papel simple, se dará copia al futuro librador".

B. Requisitos de capacidad de las personas que intervienen en las relaciones que surgen con la emisión del cheque.

1. Librador. Persona a quien se le exige tener fondos disponibles en la institución bancaria y estar autorizada por el banco para retirarlos por medio de cheques,

todo lo cual, debe constar en el contrato de cuenta corriente; por tanto, la capacidad que se le exige es la de contratar comercialmente, capacidad mucho más flexible que la civil, regulada en el artículo 7 del Código de Comercio.

2. Librado. En cuanto a esta persona son tres los sistemas que se han empleado por las distintas legislaciones. El más generalizado de todos es el SISTEMA INGLES, según el cual, los cheques sólo pueden librarse en contra de instituciones bancarias, sistema que ha sido adoptado por Estados Unidos, Argentina, etc... El segundo es el SISTEMA FRANCES, en cuya virtud, los cheques pueden emitirse en contra de cualquier persona, sistema éste seguido por España, Suiza, Bélgica, Rumania, etc.... Entre estos dos sistemas existe uno intermedio conocido por SISTEMA ITALIANO, consistente en que los cheques sólo pueden emitirse en contra de comerciantes, el que ha sido adoptado por Portugal. Nuestra legislación adoptó el sistema inglés, es decir, que en nuestro medio las únicas instituciones de crédito que pueden recibir depósitos en cuenta corriente son las bancarias; así lo establece la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la cual nos manifiesta: "Art. 54. Las Instituciones de crédito autorizadas como bancos comerciales son las únicas que pueden recibir depósitos pagaderos a la vista; y sólo estos depósitos pueden ser retirados por medio de cheques".

3. Tenedor. Es el beneficiario del cheque y puede ser cualquier persona, a quien sólo se le exige la capacidad de goce, en este caso, la capacidad de recibir en pago, cuestión establecida en el Código Civil, ya que el artículo

1449 de ese cuerpo de leyes regula el caso de las personas que legítimamente pueden recibir el pago. Por otra parte, cuando se trata de empresas o establecimientos mercantiles que carezcan de personalidad jurídica, será válida la emisión del cheque a favor del titular de la empresa o establecimiento, cuestión contemplada en el artículo 798 del Código de Comercio.

C. Requisitos Formales del Cheque.

Son aquellos que aparecen en las fórmulas proporcionadas por el banco, es decir, que estos requisitos se refieren a la forma cómo debe redactarse el cheque para que tenga validez formal; y para garantía del mismo documento algunos de estos requisitos vienen impresos en los talonarios que al efecto y previamente el banco ha mandado imprimir, dejando otros requisitos para que sean llenados por el girador del cheque, ya sea en forma material o presunta.

Los doctrinarios hacen una clasificación de estos requisitos así: (a) Relativos al documento mismo como son el número y la serie, mención de ser "cheque", lugar y fecha de expedición; (b) Relativos a las personas que intervienen, como el nombre y domicilio del banco contra el cual se libra, nombre de la persona a cuyo favor se libra o indicación de ser al portador, firma autógrafa del librador; y (c) Relativos a la obligación incorporada, como son la cantidad que ha de pagarse, lugar del pago (domicilio del librado); y la orden incondicional de pagar. Todos estos requisitos se encuentran enumerados, sin clasificarlos como lo hace la doctrina, en el artículo 793 de nuestro Código de Comercio.

1. Número y Serie. Esto sirve al banco para controlar los cheques que ha entregado al depositante de los fondos a la vista, lo cual tiene por objeto dar mayor seguridad a la institución bancaria de la autenticidad de los documentos emitidos por el girador.

2. Mención de ser "cheque". Esto se coloca en forma visible con el objeto de diferenciarlo de cualquier otro documento; generalmente se emplean las palabras siguientes: "Páguese por este cheque a la orden de...".

3. Lugar y fecha de expedición. Es de una utilidad manifiesta, pues con ello se establecen los plazos dentro de los cuales debe presentarse el cheque a cobro para que no caduquen sus acciones cambiarias, plazos que en nuestra ley se encuentran regulados en el artículo 808 del Código de Comercio... Por otra parte, con los cheques postdatados, el mismo Código manifiesta que deben pagarse por el girado a su presentación Art. 804 Com.

4. Nombre y Domicilio del Librado. El nombre del girado es necesario para establecer cuál es la institución bancaria que debe pagar el documento y saber si está autorizada por el Estado para emitir cheques. En el cheque sólo puede aparecer el nombre de un girado. El domicilio del girado sirve para determinar el lugar de pago del cheque y determina los plazos de presentación para su cobro, pues según nuestro Código de Comercio, el plazo será diferente si el cheque es librado en la misma plaza, en distinta plaza o en el extranjero Art. 808 Com.

5. Nombre del beneficiario. Esto sucede cuando el cheque es a la orden, pues si es al portador no aparece el nombre; también es al portador cuando aparece en el cheque esa cláusula. Por otra parte, al aparecer el nombre de una persona en el cheque, esta puede ser el mismo girador o un tercero; pero en ambos casos, dice la ley, se entenderá siempre a la orden; salvo que se le agregue la cláusula "NO A LA ORDEN" o "NO NEGOCIABLE" u otra equivalente.

6. Firma autógrafa del Librador. Esto significa que la firma que calza el documento debe ser puesta de puño y letra del girador, con lo cual se entiende manifestada su voluntad; el girado, para efectos de seguridad, lleva un registro de firmas de depositantes para confrontar con las firmas que aparecen en los cheques que le presentan para su pago.

7. Cantidad que ha de pagarse. Se refiere al pago de una cantidad de dinero, indicándola en letras o en números; en caso de que la cantidad sólo conste en números, deberá estamparse con máquina protectora.

8. Lugar del pago. Está designado en el documento con el domicilio del librado, aunque ello no se opone a que el cheque sea pagado por una sucursal del banco en el país; de donde resulta de utilidad señalar el domicilio del librado, porque en el caso de presentarlo a cobro a una agencia del banco ubicada en distinta plaza del lugar de emisión del cheque, aquella gozará de un plazo hasta de setenta y dos horas para cancelar el cheque (Art. 805 Com.), siempre que no tuviere fondos suficientes para hacerlo efectivo inmedia-

tamente.

9. Orden incondicional de pagar. Esto significa que el pago del cheque no está sujeto a condición alguna pues cualquier convenio inserto en el cheque, se tendrá por no escrito. Puede identificarse este requisito con la palabra contenida en el título, que dice: "Páguese".

En cuanto a las distintas clases de cheques, los podemos clasificar de la siguiente manera:

A. CHEQUES NORMALES

1. A persona determinada "No a la orden"
2. A la orden
3. Al Portador

B. CHEQUES ESPECIALES

1. Cheques de Circulación Limitada
 - (a) Cheque Cruzado
 - (b) Cheque para Abono en Cuenta
 - (c) Cheque Certificado
 - (d) Cheque de Caja c de Gerencia
2. Cheques destinados a facilitar el traslado de fondos de una plaza a otra
 - (a) Cheque de Viajero
 - (b) Cheque Limitado o Con Provisión Garantizada
 - (c) Cheque Circular

A. Cheques Normales son aquellos que tienen por objeto, cumplir la orden incondicional de pagar la cantidad de dinero consignada en el documento.

1. A persona determinada. Es aquel en que se menciona el nombre de la persona beneficiada con el pago del documento; en este caso, según nuestra ley, se entiende emitido a la orden; salvo que a este cheque se le agregue la cláusula de "No Negociable" o "No a la Orden", en cuyo caso, no puede endosarse ni mucho menos transferirse por la simple entrega; por tanto, el único beneficiario es la persona cuyo nombre aparece en el documento.

2. Cheque a la Orden. Son los emitidos a nombre de determinada persona, quien puede transferir el documento por endoso; por ello son los de más fácil circulación y en cuanto a las formas de cheques, la más usada entre nosotros; tan es así, que en los formularios de cheques impresos por las instituciones bancarias aparecen las palabras siguientes: "PAGUESE POR ESTE CHEQUE A LA ORDEN DE".

3. Cheque al Portador. Es aquel emitido sin mencionar el nombre del beneficiario, o mencionándolo, se le agrega la cláusula "Al Portador". El beneficiario legítimo del cheque, será entonces, quien lo tenga manterialmente o quien lo presente a cobro; por ello es que se transfiere con la simple entrega del documento.

B. Cheques Especiales. Son de circulación limitada o tienen por objeto facilitar el traslado de fondos de

una plaza a otra. Se encuentran regulados en el artículo 822 de nuestro Código de Comercio y sus características son las siguientes:

CHEQUE CRUZADO. Es el que contiene dos líneas paralelas en el anverso del documento, entre las cuales puede o no aparecer el nombre del banco intermediario que deberá cobrarlo. El cruzamiento puede ser general, y entonces, sólo aparecen las dos líneas paralelas y significa que puede servir de intermediario para el cobro cualquier institución bancaria; puede también el cruzamiento ser especial, cuando entre las dos líneas paralelas se encuentra el nombre del banco que deberá cobrarlo. El cruzamiento general puede convertirse en especial al colocar el nombre del banco que deberá cobrarlo, entre las dos líneas paralelas; pero nunca un cruzamiento especial se puede convertir en general. Desde el momento en que el girador cruza el cheque, no puede cancelarse ese cruzamiento; ni tampoco después de haber señalado el nombre del banco que deberá cobrarlo al librado, puede borrarse y sustituirse por el nombre de otro banco. Por otra parte, el cruzamiento de cualquier clase no es obstáculo para que el documento circule, pues es transferible por endoso, pero con la limitación de que el endosatario o tenedor legítimo del cheque no puede cobrarlo personalmente, sino por conducto de un banco, si el cruzamiento es general, o por el banco nominado en el documento, si el cruzamiento es especial.

CHEQUE PARA ABONO EN CUENTA. Es aquel que lleva estampada en el documento la expresión "PARA ABONO EN CUENTA"; por tanto, no puede pagarse en efectivo; sino abo-

nando el importe en la cuenta corriente que tiene el beneficiario en el banco librado o en la que abre el banco a nombre del tenedor legítimo del título. Se diferencia sustancialmente con el cheque cruzado en que: 1. Puede el tenedor presentarse personalmente a cobrarlo, es decir, no necesita de intermediario; y 2. El cheque para abono en cuenta no es pagado en efectivo, sino que se utiliza para transferir cantidades de dinero de una cuenta a otra.

CHEQUE CERTIFICADO. Es aquel en que el banco librado hace constar que existen fondos suficientes para cancelar el documento. Esa certificación la hace el banco poniendo en el documento las palabras "Acepto", "Visto", "Bueno" u otras equivalentes; esta razón debe firmarse por un funcionario del banco autorizado para ese efecto y basta la firma de esta persona para dar por certificados los cheques. Esta certificación tiene el efecto de liberar de responsabilidad al girador y convierte en responsable únicamente al banco librado. La única manera de revocarlo es cuando el girador reintegra al banco el cheque certificado para su respectiva cancelación.

CHEQUE DE CAJA O DE GERENCIA. Son cheques en los cuales sólo puede aparecer como girador una institución bancaria; por medio de ellos es que la institución que los gira, puede hacer un pago o conceder un crédito a una persona determinada. Tienen la especialidad de que están a cargo de sus propias dependencias, es decir, que en esta clase de cheques hay identidad entre el girador y el girado; este cheque puede circular, pero limitado, pues no puede emitirse

al portador.

CHEQUE DE VIAJERO. Son los cheques emitidos por una institución bancaria a favor de determinada persona, pero tienen la característica de que pueden ser presentados para su cobro en cualquiera de sus agencias o ante otro banco que sea su corresponsal en la República o en el extranjero; por esto último es que el banco emisor tiene necesariamente que realizar operaciones de carácter internacional; el banco emisor está obligado con el beneficiario a facilitarle una lista de las instituciones bancarias con sus respectivas direcciones, en donde el tenedor pueda presentar los cheques a cobro. Al comprar el cheque, el tenedor tiene que poner una firma en el anverso del mismo, a presencia de la persona autorizada por el banco. Esto se hace como garantía, pues cuando el tenedor desee presentarlo a cobro o quiera transferirlo, deberá poner otra firma en el documento, con el objeto de que la persona que reciba el cheque pueda cotejar ambas firmas. Los plazos para presentar a cobro estos cheques no son los normales, pues las acciones cambiarias están en vigencia durante dos años contados desde la fecha de emisión.

CHEQUE LIMITADO O CON PROVISION GARANTIZADA. Su funcionamiento es similar al cheque de viajero, pero se diferencia en que el tenedor puede librarlos por menor valor que el consignado en el documento. Son de mucha utilidad en el comercio, principalmente, cuando se desconoce la cantidad exacta que necesita emplearse en el negocio. Los formularios especiales entregados por el banco deben llenar los requisitos siguientes:

I. Denominación de ser cheque limitado inserta en el texto del documento. Esto, precisamente, para no confundirlo con otros títulos; por otra parte, generalmente abajo de esta expresión aparece la máxima cantidad por la cual el comprador del documento puede expedirlo.

II. Fecha de su entrega al comprador, para establecer cuánto tiempo lleva de comprado y poder fijar la caducidad del documento.

III. Cantidad máxima por la que el cheque puede ser librado, impresa en letras y números. Para mayor garantía la expresión que contiene este requisito se coloca abajo de donde el tenedor escribe la cantidad por la cual lo libra; puede redactarse esta expresión diciendo: "VALIDO HASTA POR DOSCIENTOS COLONES".

IV. Límite de tiempo válido para su circulación. El cual no podrá exceder de tres meses para los cheques pagaderos en El Salvador, y de un año para los pagaderos en el exterior. Esto, con el objeto de cerciorarse hasta cuándo puede emitirse válidamente esta clase de cheques y poder con ello deducir las responsabilidades consiguientes.

También se exige la firma del comprador y la firma de la persona autorizada por el banco para certificar esta clase de formularios, pues al entregarlos, el banco es responsable de su pago. Estos cheques no pueden emitirse al portador.

CHEQUE CIRCULAR. Es una orden de pago extendida por el banco a favor de persona determinada y con facultad de presentarla a cobro a cualquiera de sus agencias o establecimientos. Esta fórmula debe contener la denominación de ser "CHEQUE CIRCULAR" inserta en el documento y expresar que el cheque es pagadero únicamente en las sucursales que se mencionan a continuación, junto con sus respectivas direcciones. Debe mencionarse el lugar y la fecha de emisión, porque el plazo de cobro es de seis meses a partir de la misma; debe contener también la firma autorizada por el banco librador. La ley dispone también que el cheque circular, desde su emisión, producirá el efecto de transferir la propiedad de la provisión de fondos al tenedor original y a los sucesivos endosatarios.

5. IRREGULARIDAD DE LOS REQUISITOS FORMALES

Nuestra ley sigue el criterio de evitar en lo posible los casos que puedan presentarse trayendo consigo la nulidad del documento; y para ello ha creado preceptos que tienden precisamente a sustituir la voluntad de las partes, cuando éstas, por olvido o cualquiera otra razón de buena fe, han dejado de consignar o lo han hecho en forma defectuosa, algún elemento esencial para la validez del cheque.

En cuanto al número y la serie, la mención de ser "cheque" y el nombre y domicilio del banco contra el cual se libra, no pueden faltar, pues son requisitos que van impresos en el documento y que lo diferencian de cualquier otro título valor.

Por lo que atañe a la cantidad de dinero consignada en el documento, el artículo 628 del Código de Comercio nos dice que si el importe estuviere escrito en palabras y cifras y entre ellas hubiere diferencias, valdrá para efectos de pago la suma escrita en palabras; y si la cantidad apareciere más de dos veces en palabras o en cifras, en caso de diferencias, valdrá por la cantidad menor consignada. Por otra parte, el artículo 793 de ese cuerpo de leyes nos regula las otras situaciones que pueden presentarse y nos dice que si la cantidad solo aparece consignada en números, para que tenga validez, debe estamparse en máquina protectora. De estas mismas disposiciones debe interpretarse que si la cantidad sólo aparece en letras, tiene plena validez el documento, para efectos de pago.

En el supuesto caso de que en el documento se incluyeran intereses, para no declarar la nulidad, la ley, en el mismo artículo 793 del código de comercio, nos da la solución, al establecer que cualquier convenio inserto en el cheque se tendrá por no escrito.

Si en el documento falta el nombre de la persona a cuyo favor se libra, se entiende que ha sido emitido al portador, pues el artículo 675 del Código de Comercio dice que son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula "al portador".

Si falta la fecha del documento el artículo 804 del Código de Comercio nos dice que el cheque será siempre paga-

dero a la vista, o sea, a su presentación y se entiende que esa es la fecha de emisión.

Si se omite la firma del librador, el cheque carecerá de existencia legal, pues ésta es la forma de manifestar la voluntad de obligarse; y debe ser autógrafa, o sea, puesta de su puño y letra.

En relación a la reposición de los cheques que se encuentran deteriorados, el Dr. Roberto Lara Velado -en su "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil"- comentando el proyecto de Código Mercantil que sirvió de base para la elaboración del actual Código de Comercio, que en su artículo 933 nos regula esta situación, nos dice al respecto: "Los cheques podrán reponerse voluntariamente con sujeción a las siguientes reglas: (a) Si se trata de cheques no endosables, basta que lo solicite el beneficiario, porque como sólo pueden endosarse a instituciones bancarias -las cuales los hacen efectivos inmediatamente- la posibilidad de que se defraude a terceros se reduce al mínimo. (b) Si se trata de cheques a la orden, siempre que lo solicite el primer beneficiario y que haya transcurrido el plazo dentro del cual el cheque debió ser cobrado, porque como al vencimiento de dicho plazo se pierde la acción cambiaria, es indudable que cualquier endosatario se vería en la necesidad de cobrarlo dentro del plazo".^{6/}

^{6/} LARA VELADO, Roberto. "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil". Editorial Universitaria. San Salvador, El Salvador, C. A. 1972. Pág. 196.

CAPITULO II

DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

1. ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

(a) Terminología. Antes de analizar el elemento fáctico, es necesario aclarar qué expresión usaremos para designarlo, pues los tratadistas han usado indistintamente acto, conducta, hecho, etc.

Unos señalan este elemento objetivo con el nombre de acto, como sucede con el tratadista Luis Jiménez de Asúa, quien al realizar el análisis sobre el delito, desarrolla la teoría iniciada por Guillermo Sauer, conocida por "Teoría de los Elementos Negativos del Delito", la cual, da relevancia a los elementos positivos del mismo. Por ello. Jiménez de Asúa descompone en siete elementos el estudio del delito, diciéndonos que el delito es un ACTO, típico, antijurídico, imputable, culpable, punible y sujeto a veces, a condiciones objetivas de penalidad. Este término "acto" ha sido sometido a severas críticas porque su contenido es demasiado restringido, pues fácil es comprender que no todo delito requiere, en el plano material, la realización de un solo acto para agotarse; es precisamente lo que sucede con los delitos llamados Plurisubsistentes, en los cuales, la acción integrante se compone de varios actos desarrollados por el agente activo del delito, como los llamados delitos habituales, que son aquellos que la ley tipifica sólo cuando se produce la

reposición de una determinada conducta antijurídica por un mismo sujeto activo, de tal modo, que la acción aislada no es típica, pero su repetición da origen a incriminación penal. En nuestro Código Penal pueden citarse como ejemplos de esta clase de delitos, la corrupción de menores contemplada en el artículo 204 y el Ejercicio Ilegal de Profesiones Relacionadas con la Salud Pública en el artículo 308. Por los razonamientos anteriores es que desechamos el término acto.

Otros autores designan este elemento objetivo como un hecho; así lo hace Edmundo Mezger en la parte general de su "Derecho Penal" cuando desarrolla su pensamiento sobre el estudio del delito. Pero hay que hacer notar que cuando se emplea esta expresión se hace como comprensiva de todos los elementos del delito, y precisando al mismo tiempo, que ese hecho tiene un significado restringido, por cuanto se trata de un obrar humano. El tratadista Jiménez de Asúa considera esta expresión como ambigua, pues cabría comprender en ella, todo acontecimiento tenga o no su origen en la mano del hombre. Pero esta crítica puede marginarse, por cuanto el hecho de que estamos tratando, tiene características que sólo pueden atribuirse a la mano del hombre, teniendo necesariamente que tomar en cuenta que es un hecho típico, antijurídico, imputable, culpable y punible; no cualquier hecho; sino un hecho calificado de esa manera, el cual, sólo puede ser cometido por el hombre.

Por otra parte, otros consideran que el término adecuado para designar este elemento objetivo del delito, es el de "conducta"; porque no solo recogen en este concepto las va-

riadas formas que el hombre emplea para ponerse en relación con el mundo exterior, sino por comprender con la expresión "conducta", el sentido teleológico que es forzoso apreciar en toda actividad o inactividad del hombre.

En cambio otros emplean la expresión acción, estimando que en forma genérica comprende tanto las formas específicas de acción, en sentido estricto, como las de omisión, que constituyen las dos formas de manifestación externa de la voluntad del hombre.

De lo dicho puede apreciarse que los especialistas no coinciden sobre el vocablo que debe emplearse para designar el primer elemento del delito, al que nosotros hemos llamado en forma genérica "elemento objetivo"; y que no es otra cosa que la manifestación externa de la voluntad humana.

Por lo anteriormente expuesto, nos inclinamos a considerar que los términos más adecuados para señalar el elemento objetivo del delito, son "Conducta" o "hecho"; pero para el desarrollo de este trabajo, haremos una diferencia: emplearemos el término "conducta", cuando la descripción típica del delito sea de pura actividad, es decir, de simple conducta; pero si por el contrario esa descripción típica exige un resultado, tal elemento objetivo, quedaría idealmente comprendido dentro del término hecho.

(b) Concepto de Resultado. Por lo expuesto, es necesario decir algunas palabras sobre el concepto de resultado. En una forma genérica y amplia, debe entenderse por resultado, todo actuar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo de los fenómenos; pero en

una forma estricta, debemos entender por resultado las modificaciones que se producen en el mundo fenomenológico, con ocasión de la actividad o inactividad del hombre, separando con ello, el efecto, de la causa que lo produce; pero no es suficiente el hacer hincapié en que el efecto es un resultado de la conducta humana, pues es claro que dentro del mundo en que nos desplazamos, un determinado efecto tiene necesariamente una causa que lo produce; y tratándose de conductas, todo hacer u omitir humano produce una mutación o modificación en el mundo exterior al hombre. Es importante, eso sí, observar que si bien es cierto que cuando realizamos un movimiento corporal o nos abstenemos de ejecutar aquello que la ley nos exige, producimos una mutación, un efecto, una consecuencia en el mundo exterior, esto es, en un orden estrictamente natural y lógico, un resultado; pero puede ser que dentro del ámbito estricto del Derecho no lo sea; por ello, es conveniente separar los efectos naturales de la conducta humana, de aquellos efectos relevantes al Derecho, recogidos dentro de las hipótesis normativas, para imputar a quien los realiza alguna consecuencia penalística.

Es por eso que debe considerarse bien atinado el pensamiento de ANTOLISEI al respecto, cuando sostiene que resultado es "el efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal".^{1/} Tal posición doctrinaria es válida, pues de todos los efectos producidos a consecuencia de la acción u omisión humana, nos quedamos sólo con aquellos que se consideran relevantes para el Derecho Penal; y por ello,

^{1/} c.p. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José Ob.c. Pag. 98

sólo éstos se entiende que integran el resultado de la conducta del Agente. En este mismo sentido se expresa LIEPMANN al decir que existe resultado, siempre que se da una mutación que "lógicamente corresponde en sus presupuestos y en sus consecuencias, a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado".^{2/}

En conclusión, al referirnos al resultado, sólo tomaremos en cuenta aquellos efectos naturales resultantes de la conducta positiva o negativa del hombre que se encuentran enmarcados en las hipótesis legislativas, es decir, sólo aquellos efectos que el derecho ha recogido a través de sus normas.

En doctrina existen, en cuanto al resultado se refiere, dos escuelas completamente opuestas: la Alemana, que se adhiere a un criterio naturalístico o material y la escuela Italiana, que adopta la postura jurídica o formal; ésta afirma que por resultado debe entenderse aquella mutación que se opera en el mundo inmaterial, es decir, dentro de las normas penales; es aquella transformación o modificación que en el mundo de lo jurídico resulta como consecuencia de la conducta humana. De aceptarse este pensamiento, necesariamente tendremos que concluir que todos los delitos tienen un resultado, pues es claro que cualquier acción humana, trascendente para el Derecho, produce una transformación en el mundo de lo jurídico.

^{2/} c.p. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Ob.c. Pag. 98

En cambio, la postura Alemana entiende por resultado la transmutación que sobreviene, como consecuencia de la acción u omisión humanas, en el mundo material y que la ley recoge para adaptarla dentro de los elementos descriptivos del tipo penal. De adherirse a este criterio naturalístico o material, lógicamente se concluye que existen delitos sin resultado, pues no todas las acciones u omisiones humanas producen un cambio o mutación dentro del mundo material, que interese al derecho.

Al tratar sobre esta cuestión, Jiménez de Asúa dice que la distinción entre delitos formales y materiales empieza a olvidarse; y afirma que los delitos formales son aquellos de simple actividad, es decir, que la conducta del agente agota el delito, sin requerirse la existencia de un resultado material; y que los delitos son materiales, cuando producen un resultado externo. Apunta el tratadista mencionado, que la controversia respecto a si todo delito tiene un resultado es puramente terminológica y se halla incluso negada por escritores de categoría como Max Ernesto Mayer y v. Hippel. Sigue diciendo Jiménez de Asúa, que tiene mayor importancia la división entre delitos de Peligro y de lesión; en los primeros se presenta la existencia de un riesgo de lesión al bien jurídico protegido a través de la norma penal; y en los de lesión, existe la producción de ese daño. ^{3/}

Para nuestro estudio, seguirá teniendo validez la diferencia entre delitos formales o de pura actividad y los

^{3/} JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el Delito. 2a. Edic. Editorial Hermes. Buenos Aires. 1954. Pág. 232.

de resultado o materiales, sin confundirlos con los delitos de peligro y los de lesión, de los cuales trataremos cuando nos refiramos a dicho tema.

(c) La Conducta y el Resultado en el delito de Libramiento de Cheques sin Provisión de Fondos. Hemos dicho que el elemento objetivo del delito en cuestión recibirá el nombre de conducta, cuando el tipo penal descrito sea de pura actividad, es decir, de simple conducta; y por el contrario, lo denominaremos hecho, cuando el tipo penal requiera de un resultado.

Ahora bien, al analizar el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, se puede apreciar que la actividad del sujeto activo del mismo se concreta en el verbo librar; y que viene a constituir el núcleo del tipo, pues sin duda, se refiere al librador de un cheque (en este acto de librar queda concretada la conducta) que por causas establecidas en las hipótesis normativas, no es pagado a su presentación por la institución girada, siempre y cuando se exhiba el documento ante el librado, dentro de los términos legales establecidos en la legislación mercantil. Art. 808 Código de Comercio.

También es interesante observar que el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, exige, para la integración de los elementos descriptivos del tipo penal, un resultado material que se precisa en la falta de pago del documento; por lo tanto, es evidente que el delito comentado requiere de un resultado material. Dijimos anteriormente que la conducta consiste en el acto de librar

un cheque, pero para la tipificación del delito, debe acompañarse de un resultado, el cual, se identifica con la falta de pago del documento; desde luego, el resultado debe encontrarse en nexo de causalidad con la actividad desarrollada por el girador.

(d) Clasificación del Delito de Libramiento de Cheques Sin Provisión de Fondos en orden a la Conducta. Hemos dicho que para la tipificación del delito, el cheque emitido por el librador no debe ser pagado; y existen varias razones para la falta de pago del documento, que resumiéndolas, quedarían agrupadas así:

1. Por no tener el librador fondos disponibles para hacerlo efectivo.
2. Por frustrar el librador maliciosamente, el pago del cheque.
3. Por carecer el librador de autorización para expedir cheques a cargo del librado.

La hipótesis contenida en el numeral primero supone no sólo la acción de librar; se necesita además, para tipificar el delito, de una omisión consistente en no procurar la provisión de fondos necesaria, en manos de la institución librada, para cancelar el documento al momento de presentarlo a cobro por parte del beneficiario, pues es lógico pensar, que si el girador del cheque carece de fondos disponibles al momento de la emisión, pero se cuida

de hacer la oportuna provisión y el cheque que se paga al ser presentado a cobro, no se realiza la existencia del delito. Explicamos anteriormente que el impago es el resultado material de la acción de librar y es necesario para la consumación del delito; el simple acto de librar un cheque en el momento en que se carece de fondos disponibles, no es en manera alguna antijurídico; de donde se concluye que en la hipótesis examinada, la conducta se expresa en forma de acción (girar), y a la vez, de omisión (falta de provisión oportuna); por lo tanto, se sostiene que estamos en presencia de un delito mixto, formado de acción y de omisión; por ello se dice que es un delito plurisubistente, es decir, que está compuesto de más de un acto; sólo que en el caso planteado, se encuentra integrado por una acción, consistente en girar el cheque; y por una omisión, no depositar los fondos para hacerlo efectivo.

La segunda hipótesis planteada contempla un delito comisivo de acción, en el que la conducta del sujeto activo se concretiza al librar el cheque y el impago proviene de otra acción del girador, consistente en frustrar maliciosamente el pago del mismo, ya sea retirando los fondos que tuviere el cuentahabiente, o dando contraorden para su pago, sin causa razonable manifestada al banco por escrito, u otra acción semejante; todo esto, antes de que transcurra el plazo de presentación del título valor por parte del tenedor. Entonces, no basta el acto de librar el cheque; se hace indispensable un acto posterior realizable dentro del plazo de presentación del cheque ante la institución girada, que consiste en la disposición de los fondos que el

girador tuviere en la cuenta bancaria. Esto nos establece que la conducta en esta hipótesis requiere, para la tipificación del delito, de más de un acto; por ello, es un delito plurisubsistente o de doble acción: una que consiste en el acto de librar el cheque y la otra en el acto de disponer de los fondos de la cuenta bancaria, lo que origina el resultado material del delito que es el impago del documento.

En la tercera hipótesis se trata de un delito de acción; en el cual, la conducta se agota en el acto simple de librar el cheque, pues el resultado del delito, que es el impago del documento, se debe a la falta de autorización, por parte de la institución librada, para expedir cheques. Por ello, se dice que es un delito Unisubsistente, pues se integra con la sola acción de librar el cheque.

(e) Clasificación del delito de Libramiento de cheque sin Provisión de Fondos en Orden al Resultado. Según la duración del resultado, los delitos se clasifican en Instantáneos y Permanentes; es decir, del tiempo que requiera la consumación del hecho típico, depende que un delito sea de una u otra categoría. Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo, que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo, se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Hay que observar que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que queda completo.

Es así, como un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, el hecho quedó consumado en el instante en que aquella falleció.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. Tal es el ejemplo obligado del secuestro; el agente activo encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar, y puede durar más o menos, según la voluntad del hechor.

En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes, radica en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos, inician en ese momento una duración en el tiempo, más o menos prolongada, en la cual, la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo.

Después de lo dicho y clasificando en una de esas dos formas la figura delictiva en estudio, concluimos que pertenece a los delitos instantáneos, pues el hecho se consuma en un único momento, y por otra parte, no se toman en cuenta los procesos de ejecución del delito. Más aún, si

tenemos en cuenta que el resultado es el no pago del cheque, en donde el rechazo, la negación de pagar el documento, es lo que determina el momento, la instantaneidad de la consumación del delito.

En cuanto a la prueba del impago del documento, en otras legislaciones se presentan algunos problemas, pues en la práctica las instituciones bancarias solo excepcionalmente hacen constar, en el propio documento, la causa y razón del impago cuando el cheque es presentado en la ventanilla del cajero; limitándose las más de las veces, a expedir un simple volante, sin firma alguna, en el cual, se asienta la razón del rechazo del cheque. Pero se subsana este vicio con la ley mercantil, al ordenarse en este cuerpo de leyes que un cheque que se encuentra en estas condiciones y que no es pagado por el librado, debe protestarse ante notario. Por ejemplo en México, en que el protesto debe realizarse a más tardar el segundo día hábil que siga al plazo de su presentación, así lo establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la legislación mexicana. En nuestro medio no existe ese inconveniente, pues el artículo 816 del Código de Comercio, dice: "La nota que el banco librado autorice en el cheque mismo, de que fue presentado en tiempo y no pagado, surtirá iguales efectos que el protesto".

(f) Relación Causal entre Conducta y Resultado. Hemos dejado establecido que en cuanto al resultado, el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, es un delito de resultado material o de resultado externo; en donde es preciso que el movimiento corporal del sujeto acti-

vo esté vinculado con el resultado material en una forma tal, que sin la existencia de aquél, éste no se hubiera producido. A este vínculo se ha dado en denominar relación de causalidad o nexo causal entre la conducta y el resultado.

En la mayor parte de los casos esa conexión es tan evidente que comprenderla no ofrece dificultad alguna. Es lo que sucede si Pedro mata a Juan cortándole el cuello de un machetazo. Nadie podría poner en duda, en tal caso, la vinculación existente entre la acción del sujeto activo (Pedro) y el resultado (muerte de Juan). En otros casos, por fortuna los que con menor frecuencia se dan en la vida social, la solución no es fácil ni clara. Así sucederá por ejemplo, si Pedro lesionara en forma superficial e insignificante en la mano de Juan, quien es hemofílico, originándole a éste, en razón de dicha enfermedad, una hemorragia incontenible que le causara la muerte. Podría asegurarse que Juan murió debido a la acción de Pedro?

Existen gran cantidad de teorías que explican la causalidad, pero que exceden en demasía la finalidad de este trabajo; lo que nos interesa es establecer en la forma más clara posible lo que debe entenderse por nexo de causalidad. Prescindiendo de concepciones filosóficas y para los fines prácticos, fundamentalmente nos preocupa dejar establecido cuándo una actitud corporal concreta de un sujeto activo puede tenerse por vinculada a un resultado determinado, en forma que pueda decirse que el cambio en el mundo externo, fue debido al movimiento corporal realizado por aquél.

De las diferentes teorías que explican la causali-

Al respecto Arrieta Gallegos nos dice que existe relación causal. "si la acción se encuentra entre las condiciones para la producción del evento y esta causalidad interesará en el campo jurídico-penal, si la acción fue una condición necesaria, esto es una *conditio sine qua non* del resultado producido". ^{5/}

En cuanto al delito de cheque sin provisión de Fondos, razonamos de la siguiente manera: hemos dicho que el tipo penal recogido en la hipótesis normativa consiste en un hecho integrado por una conducta del sujeto activo (libramiento del cheque) y un resultado (el impago del cheque). Por lo que decimos que habrá nexo de causalidad entre el libramiento y el impago, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el resultado del no pago del cheque; en otras palabras, si suprimimos mentalmente la acción de librar, el resultado jamás debe producirse, lo cual demuestra, que para que exista nexo de causalidad, es necesario que la acción de librar haya sido condición insustituible, o mejor dicho, condición causal en el resultado del impago del documento.

Aunque se podría objetar que a pesar de existir un acto de libramiento, el impago del cheque podría ser imputable no al librador, sino al librado, o que la culpabilidad del agente activo no exista por concurrir con la acción un error esencial e invencible o una no exigibilidad de otra conducta, esta situación expuesta no hace desaparecer la relación causal entre el libramiento y el impago del cheque, pues aquí lo que se ha confundido es la culpabilidad con la

^{5/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador. C.A. Pag. 146.

Al respecto Arrieta Gallegos nos dice que existe relación causal "si la acción se encuentra entre las condiciones para la producción del evento y esta causalidad interesará en el campo jurídico-penal, si la acción fue una condición necesaria, esto es una *conditio sine qua non* del resultado producido". ^{5/}

En cuanto al delito de cheque sin provisión de Fondos, razonamos de la siguiente manera: hemos dicho que el tipo penal recogido en la hipótesis normativa consiste en un hecho integrado por una conducta del sujeto activo (libramiento del cheque) y un resultado (el impago del cheque). Por lo que decimos que habrá nexo de causalidad entre el libramiento y el impago, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el resultado del no pago del cheque; en otras palabras, si suprimimos mentalmente la acción de librar, el resultado jamás debe producirse, lo cual demuestra, que para que exista nexo de causalidad, es necesario que la acción de librar haya sido condición insustituible, o mejor dicho, condición causal en el resultado del impago del documento.

Aunque se podría objetar que a pesar de existir un acto de libramiento, el impago del cheque podría ser imputable no al librador, sino al librado, o que la culpabilidad del agente activo no exista por concurrir con la acción un error esencial e invencible o una no exigibilidad de otra conducta, esta situación expuesta no hace desaparecer la relación causal entre el libramiento y el impago del cheque, pues aquí lo que se ha confundido es la culpabilidad con la

^{5/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador. C.A. Pag. 146.

causalidad; porque hay que hacer notar que el planteamiento de la causalidad no implica necesariamente la culpabilidad del agente, pues una cosa es la Causación, que determina la existencia de una relación de causalidad, la cual encuentra necesaria solución dentro del elemento objetivo del delito y no debe plantearse fuera de él; y otra es la Inculpación, que implica la valoración jurídico-penal del acto, y supone como presupuesto necesario, la existencia de causalidad en orden al resultado.

(g) Ausencia de Hecho. Dejamos aclarado que el hecho se integra con la conducta, el resultado y el nexo de causalidad; por tanto, es correcto afirmar que no habrá hecho relevante para la disciplina penal, cuando, o falta la conducta, o el resultado exigido por la figura penal no se produce, o está ausente el nexo de causalidad entre el movimiento corporal o inacción del sujeto y la mutación del mundo exterior exigido por la hipótesis legal.

Respecto a la conducta, debemos recordar que se tiene por inexistente cuando en ella falta la voluntad; tal sería el caso de aquél que obrare violentamente por una fuerza física irresistible a la que no haya podido sustraerse, es decir, que esta fuerza sea capaz de viciar el consentimiento, de donde, no hay voluntad, que es elemento indispensable de la conducta. Si aplicamos esta situación al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, nos resulta muy difícil imaginarnos un caso de ausencia de conducta en que aparezca viciada la voluntad por consecuencia de una fuerza física irresistible, sabiendo que ésta se presenta cuando el

sujeto activo del delito realiza el movimiento corporal (redacción y firma del cheque) impelido por esa fuerza física que actúa sobre su propio organismo, y la cual, no puede vencer. Con todo, no puede negarse su existencia de un modo absoluto, pues puede ocurrir esta situación, por las tantas sorpresas que nos depara la vida, en que aparezca que a una persona se le tome de la mano y se le obligue guiándole materialmente en la redacción y firma del documento.

Se habla también de otra causa que vicia la voluntad, como lo es, el sueño. Los estudios realizados sobre el sueño, por expertos en la materia, determinan que los actos verificados durante el mismo, ya sea en forma de acciones u omisiones, no llevan consigo manifestación de voluntad alguna por parte del agente; y en consecuencia, deben ser tomados como casos de ausencia de conducta, incluyéndose no solo el sueño fisiológico o natural, sino también el provocado, sin que pueda atribuirse, desde luego, una conducta ni siquiera culposa, en cuanto a la provocación del sueño. En relación al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos podría presentarse la situación en caso de sonambulismo, o imaginemos un caso de laboratorio, en que el sujeto activo del delito se encuentra en una clínica como paciente, dormido y preparado para una operación quirúrgica y en ese estado extiende un cheque sin fondos a favor del médico encargado de practicar la operación; en este caso no existiría conducta, pues claramente puede observarse que falta la voluntad. Es más aceptable sancionar el caso de la sugestión hipnótica voluntaria, pues el sujeto hipnotizado puede recibir el mandato, por parte del hipnotizador de librar el cheque; el sujeto que se encuentra bajo la su-

gestión hipnótica puede plenamente librar un cheque al momento de recibir el mandato por parte de la persona que lo ha hipnotizado.

En el caso de la embriaguez, aún en la plena y fortuita o la debida a fuerza mayor, no producen ausencia de conducta, pues los actos ejecutados en esa situación deben considerarse constitutivos de una conducta frente al derecho, la cual, sin embargo, no genera responsabilidad a virtud de que quien así actúa no tiene la capacidad suficiente para ser acreedor a una sanción penal; esto significa, que existe conducta positiva o negativa, pero falta en el agente la capacidad para responder ante el poder público de tales acciones u omisiones de naturaleza típica y antijurídica; y es por ello, que los doctrinarios del derecho penal moderno consideran estos casos de embriaguez, como CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD junto a todas aquellas conductas realizadas por personas que fueren incapaces de comprender el carácter ilícito del hecho, o comprendiéndolo, no pudieren dirigir sus actos por incapacidad síquica para evitar su ejecución.

También hay ausencia de hecho cuando el resultado no se produce, es decir, la no realización de la modificación del mundo exterior, exigida por la hipótesis penal; esto impide desde luego, la integración del hecho, pues este resultado es elemento material del delito. Poco importará entonces a los fines legales, el elemento conducta, ya que por sí misma no es suficiente para integrar el hecho de los delitos materiales, pues éstos necesitan del resultado. Tampoco interesa a los fines penales por quien se evitó que

se realizara el resultado, es decir, en el caso que nos ocupa del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, no interesa la causa por la cual no se realizó el impago del cheque, pues esto pudo haber sucedido a consecuencia de un error cometido por la institución bancaria librada, al cancelar el documento en cualquiera de las hipótesis planteadas en la legislación penal. Pues sólo puede hablarse de integración del elemento fáctico del delito, cuando no hay pago del documento, o sea, cuando la institución librada lo rechaza por las causas que establece la ley.

Por último, tampoco habrá delito por inexistencia del hecho, cuando la acción realizada por el sujeto activo al librar el documento, no se encuentra en nexo de causalidad con el resultado, es decir, con el impago del cheque, lo que sucedería por ejemplo, si el beneficiario o tenedor legítimo del cheque no obtiene el pago debido a su propia culpa, digamos, por haber él mismo perjudicado el documento o haber olvidado su Cédula de Identidad Personal o cualquiera otra causa imputable al tenedor legítimo del cheque; o por un lamentable error cometido por el girado.

2. ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO

(a) Tipicidad. El hombre, al desenvolverse en la vida social, tiene necesariamente que relacionarse con los demás miembros de ella; y en ese actuar del hombre es donde el legislador encuentra el panorama en el cual tiene que jugar un importante papel, pues de esa infinidad de conductas que resultan de la relación social, le toca escoger algunas que formalmente le parecen estar atentando contra los bienes

jurídicos más fundamentales e importantes de la sociedad. Sin entrar a considerar todavía si ellas son esencialmente antijurídicas, pero teniéndolas generalmente por tales, las consigna formando un verdadero catálogo, en donde las describe, para indicar que solamente respecto de ellas podrá emitirse una inculpación penal.

El catálogo taxativo de las conductas que han de ser objeto de consideración jurídico-penal, debe confeccionarlo el legislador, valiéndose de descripciones precisas que señalen las características de aquellas conductas que en su concepto, deben ser incluidas en dicho catálogo.

Cada descripción objetiva, de aquellas a que hemos hecho referencia, se denomina tipo; y la calidad de una determinada conducta, de ajustarse al tipo descrito por el legislador, es lo que se llama tipicidad.

Multitud de autores manifiestan que existe tipicidad cuando hay adecuación, concordancia, encuadramiento perfecto entre una conducta o hecho y la propia conducta o hecho hipotetizados en la norma penal especial; lo que supone el carácter presupuestal del tipo, con relación al elemento objetivo del delito.

En cuanto al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos se refiere, decimos lo siguiente: anteriormente dejamos establecido que hay tipicidad, cuando un hecho material concreto encuentra adecuación perfecta en la hipótesis abstracta recogida en la ley y satisface todos los

el extranjero y pagadero en el territorio nacional.

IV. Dentro de tres meses, si fuere expedido en el territorio nacional para ser pagadero en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación".

Establecido que existe una referencia temporal para la configuración del tipo penal del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, su ausencia dará lugar a una causa de atipicidad, es decir, a la inexistencia del delito por falta de este elemento típico.

En cuanto a esta referencia temporal, es necesario aclarar ciertas cuestiones que se consideran importantes; la primera de ellas es la siguiente: cabe preguntarse si el cheque que se presenta a cobro en la fecha de expedición queda incluido dentro de la redacción del artículo 808 del código de comercio, cuando dice que el cheque deberá presentarse a cobro dentro de los quince días que SIGAN al de su fecha. Existen dos opiniones contradictorias con relación a esta cuestión: sostienen unos que no existe extemporaneidad en la presentación para el cobro de un cheque, el mismo día de su emisión, porque si bien es cierto que el artículo 808 del Código de Comercio establece que esa presentación debe hacerse dentro de los quince días que SIGAN al de su fecha, cuando se trata de documentos pagaderos en el mismo lugar de su libramiento, también lo es, que este plazo fue instituido como máximo para la protección y conservación, en toda su plenitud, de las acciones mercantiles y pe-

nales que se derivan del documento; y lejos de existir razón legal para excluir de aquél término de quince días, el de la fecha de su libramiento, tal exclusión significaría, además de desnaturalizar legal y jurídicamente el propio documento -pues el cheque es un documento pagadero inmediata e incondicionalmente, y no un documento pagadero a plazo- ir en contra de textos legales, que a la luz de una hermenéutica correcta deben ser concordados como lo son los artículos 804 y 809 del Código de Comercio, en que se manifiesta que el pago se hará en el acto de su presentación, que será siempre pagadero a la vista y cualquier inserción en contrario se tendrá por no escrita; y para mayor abundamiento, el artículo 804 del mismo Código en su inciso segundo dice: "Todo cheque será pagadero a su presentación, aunque aparezca con fecha posterior....".

Por otra parte, otros sostienen que la interpretación antes expuesta resulta muy bien en el derecho privado, y no debe trasladarse al derecho público, pues el artículo 808 del Código de Comercio es claro; por lo tanto, si el cheque se presenta a cobro dentro del mismo día de su expedición, estaremos en presencia de una causa de atipicidad por no darse en la especie la referencia temporal a que se contrae el tipo legal.

En cuanto al cheque postdatado, es clara la falta de coincidencia entre la fecha señalada en el documento y la real de expedición. Pero como hemos sostenido que el tipo legal requiere la referencia temporal de presentación dentro del plazo legal, el cual empieza a correr el siguiente día

del librado para que gire cheques una persona que no es cuentacorrentista del banco. También cabe hablar del caso en que se encuentra la persona autorizada para firmar en nombre del cuentacorrentista, situación contemplada en el artículo 802 del Código de Comercio que dice: "La facultad de librar cheques a nombre de otra persona deberá constar en mandato especial o en uno general con cláusula especial. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la facultad de librar cheques a nombre de otro podrá concederse mediante el registro de la firma en la tarjeta que al efecto lleva la institución bancaria. Si quien concede la facultad es una sociedad, será necesario además una carta firmada por el administrador o administradores que tengan el uso de la firma social".

Como ya lo habíamos dicho, no existe una calidad especial en cuanto al sujeto activo del delito, razón por la cual, concurriendo los demás requisitos exigidos en la hipótesis legal no existe razón alguna para no imputar a quien librare un cheque estando en las circunstancias previstas por el citado artículo del código de comercio; es decir, que esta persona puede cometer el delito en las mismas circunstancias que el librador principal, por estar autorizado por la institución bancaria librada; y si no se encuentra autorizada, comete el delito por girar cheques en formulario ajeno.

4. Referencias temporales. El Código de Comercio en su artículo 815 nos dice: "El cheque PRESENTADO EN TIEMPO y no pagado, debe protestarse....". Desde luego, para que se tipifique el delito que nos ocupa, la falta de pago

debe ser por causa imputable al girador, que no pueden ser otras que las establecidas en la ley, es decir, por no tener el librador fondos disponibles para hacerlo efectivo, por frustrar maliciosamente su pago o por carecer de autorización para expedir cheques a cargo del librado.

De lo anterior salta a la vista que para que se concretice el tipo penal, debe contener una referencia temporal identificada con el plazo de presentación del cheque ante la institución bancaria. Desde luego, que este plazo no es necesario que aparezca establecido en la redacción de la hipótesis normativa penal; porque para establecer que el girador carece de fondos, es necesario presentar el cheque a cobro ante la institución bancaria librada; pero lógicamente debe ser en un plazo determinado, pues no se puede obligar al librador a que mantenga el depósito bancario de por vida; y corresponde regular esta materia al código de comercio, como aparece en nuestra legislación en el artículo 808 que dice: "El cheque deberá presentarse para su pago:

I. Dentro de los quince días que sigan al de su fecha, si fuere pagadero en el mismo lugar de su libramiento.

II. Dentro de un mes, si fuere expedido en el territorio nacional pagadero en plaza salvadoreña diferente de aquella en que fue librado.

III. Dentro de tres meses, si fuere expedido en

de su expedición, habrá necesariamente que estarse, para determinar esta última fecha, a la que aparezca consignada en el propio documento; pues los hechos punibles deben ser voluntarios.

Desde luego, la interpretación correcta de los artículos del Código de Comercio nos indica que un cheque puede ser presentado antes o después del plazo, subsistiendo la obligación de la institución bancaria de pagar su importe, siempre y cuando existan fondos disponibles, del librador del cheque. Esta solución correcta proporcionada y jurídicamente aceptada dentro del derecho mercantil, en la cual se obliga al girado al pago del documento presentado fuera del término legal, no puede servirnos de base para afirmar en el derecho público, como lo es el penal, que se ha tipificado el delito, pues, por ejemplo, tratándose de cheques postdata-dos sólo se integran los elementos del delito cuando el cheque haya sido presentado dentro del término legal contado a partir de la fecha real de expedición; y que para todos los efectos legales debe tenerse por tal aquella que aparezca señalada en el propio título.

Afirmamos anteriormente que lo válido para el derecho privado, no lo es en forma absoluta para el derecho público. Esto, desde luego, no se opone a que el cheque pueda ser presentado a cobro antes de la fecha consignada en el documento y que subsista la obligación de la institución librada de pagarlo; pero en tal situación no puede afirmarse que estamos en presencia del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, pues dado el supuesto del impago,

faltaría el elemento típico de la referencia temporal identificada con el plazo contenido en el artículo 808 del código de comercio.

Y es que para aceptar como elemento típico esa referencia temporal, debe tratarse de un tiempo cierto y determinado, como lo es el plazo; todo lo que fuera de él suceda es indiferente para tipificar el delito, es decir, que para la legislación penal no tienen, en este caso, ninguna relevancia los efectos mercantiles o civiles que resulten de la presentación a cobro, del cheque, antes o después del plazo mencionado.

(c) Elementos Subjetivos del Tipo en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos. Desde el punto de vista de la tipicidad los delitos pueden clasificarse en normales y anormales; los primeros son aquellos que aparecen en las hipótesis legislativas configurados en una mera descripción objetiva, la cual puede redactar el delito en forma concisa o pormenorizada, pero sin contener en su redacción elementos eminentemente subjetivos que se refieran, ya sea a la culpabilidad o a la antijuridicidad, con lo cual, se privaría al delito de su objetividad.

Los tipos anormales son aquellos que en su descripción contienen elementos subjetivos que se refieren a la culpabilidad o a la intijuridicidad; o que contienen elementos normativos, que como su nombre lo indica, se refieren a la antijuridicidad, volviendo con ello, compleja la simple descripción objetiva de los tipos normales, y exigen por lo tanto, una valoración en la interpretación de la figura delicti-

va, para poder apreciar en toda su plenitud el estado o situación anímica o la finalidad del sujeto activo, cuando se trata de elementos subjetivos propiamente dichos; y también se necesita de esa valoración para apreciar los elementos normativos que forman parte de la hipótesis penal.

En nuestra legislación penal, existen varios artículos que contienen dentro de su configuración, elementos subjetivos del tipo; unos que se refieren a elementos normativos que atañen directamente a la antijuridicidad, como por ejemplo, los señalados con las expresiones siguientes: "ILEGALMENTE", como sucede con los Arts. 218 y 309 que tratan de la Privación de Libertad y la Venta Ilegal de Abortivos respectivamente; "ILEGITIMAMENTE", en los artículos 410 y 423 de la Tenencia Ilícita de Arma de Fuego y Violación de Sepulcros respectivamente; "ILICITO PROVECHO", del Art. 248 que trata de la Usurpación; "INDEBIDAMENTE", Arts. 232, 235, 236 y 331 que tratan de la Interceptación de Comunicaciones Telegráficas y Telefónicas, Conocimiento y Revelación de Documentos Secretos, Revelación de Secreto Profesional y Uso Indebido de Traje o Uniforme Propio de un Cargo; "EN FORMA ILÍCITA", Art. 261 Tráfico Ilícito de Patrimonio Cultural; "MEDIOS ILÍCITOS", Art. 418 Violación del Secreto del Voto; "CON INFRACCIÓN DE LEY", Art. 300 Siembra o cultivo de Semillas o Plantas que produzcan Estupefacientes; "SIN MOTIVO LEGÍTIMO", Art. 227 Incapacidad Compulsiva; "SIN CAUSA JUSTIFICADA", Art. 430 Denegación de Auxilio; "SIN CAUSA LICITA", Art. 239 Hurto de Uso; "SIN TÍTULO", Art. 251. Usurpación de Bienes Nacionales; "SIN TÍTULO LEGAL", Art. 308 (Inc. 2) Ejercicio Ilegal de Profesiones Relacionadas con Salud Públi-

ca; "SIN DERECHO", Art. 417 Fraude del Elector.

En estos ejemplos mencionados se observa que dentro del tipo se incorporan exigencias que desbordan la simple descripción objetiva, externa de la conducta; y requieren de una apreciación estimativa de esa conducta en relación con las normas jurídicas.

Otras de estas referencias atañen a elementos subjetivos propiamente dichos; los unos referidos a la culpabilidad; y se encuentran descritos en las figuras delictivas con las expresiones siguientes: "A SABIENDAS", como sucede con los artículos 220 inciso 4o., 270, 296, 380 No. 1 y 2, 434, 460 y 473 que tratan del Secuestro, Celebración de Matrimonio Ilegal, Comercio de Sustancias Envenenadas o Adulte-radas, Cooperación en Propaganda Subversiva, Nombramientos Ilegales, Denuncia o Acusación Calumniosas y Prevaricato respectivamente; "CON CONOCIMIENTO", Arts. 312, 322, 334, 470 y 471 referidos a los delitos de Venta o Circulación de Documentos o Efectos, Efectos Timbrados o Sellados y Bille-tes de Lotería, Uso de Documentos Falsos, Venta o Circula-ción de Moneda, Encubrimiento Personal y Encubrimiento Real respectivamente; "INTENCIONALMENTE", Arts. 152 y 161 del Ho-micidio Doloso y el Aborto Propio o Procurado; "DE PROPOSI-TO", Art. 173 de la Mutilación; "PARA PRESERVAR SU REPUTA-CION", Art. 165 del Aborto Atenuado. Los otros atañen a la Antijuridicidad, designados con las expresiones: "ANIMO DE LUCRO", Arts. 207, 237 y 241 que trantan de la Promoción de la Prostitución, Hurto y Robo respectivamente; "PROPOSITO DE LUCRO", Art. 205 No. 2 Corrupción Agravada; "CON EL PROPOSI-

TO", Art. 253 Daños; "CON INTENCION", Art. 231 Violación de Correspondencia y Comunicaciones Privadas; "CON CUALQUIERA DE LOS OBJETIVOS SIGUIENTES", Artículos 392 y 393 que comprenden los delitos de Rebelión y Sedición respectivamente.

En estos casos aparece claro, que se abandona el panorama eminentemente objetivo y se atiende a considerar la finalidad o disposición anímica del sujeto activo del delito.

En el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, tanto en la legislación mexicana, costarricense y argentina, no existen elementos subjetivos del tipo, pues en la figura delictiva que aparece en esas legislaciones no se alude a ninguna circunstancia que se refiera al fin o al objetivo perseguido por el agente activo del delito. No obstante, en nuestra legislación penal, en el artículo 372 que contempla el delito que nos ocupa, en el numeral segundo se encuentran dos expresiones que se refieren a la culpabilidad del sujeto activo del delito y que deben considerarse como elementos subjetivos del tipo propiamente dichos, cuando en su redacción manifiesta: "Art. 372. Será sancionado con prisión de tres meses a un año; 2) El que librare un cheque y diere contra orden para su pago, SIN CAUSA RAZONABLE manifestada al banco por escrito, o frustrare MALICIOSAMENTE su pago". Artículo éste que será analizado cuando abordemos el título tercero, numeral segundo de este trabajo.

3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

(a) Concepto de Daño y de Peligro. Los Juspenalistas se han enfrascado en la discusión sobre el objeto que tiende a tutelar el Derecho Penal; unos sostienen que son los bienes jurídicos los que el legislador debe proteger; y otros se inclinan a sostener que lo que es objeto de tutela penal es el interés que se tiene sobre dichos bienes, ya que, por ejemplo, el daño que se causa con el delito no siempre destruye, disminuye o altera el bien, pues si se roba el collar a una persona, este bien no se altera, porque el collar sigue siendo el mismo, alterándose únicamente la situación en que se encontraba el dueño de ese bien; y así no se altera el bien, sino el interés, o sea la relación de disponibilidad que tiene la persona respecto al bien.

Ya sea que lo protegido por las normas penales sean los bienes, el interés, o ambas cosas, lo cierto es, que los hechos punibles o causar un perjuicio real o un perjuicio probable; y es por ello, que los de mayor relevancia se clasifican en delitos de daño y de peligro; los primeros son aquellos en los cuales el bien o el interés jurídicamente protegido queda menoscabado o atropellado con la consumación del delito; y son delitos de peligro, aquellos en que basta la simple amenaza de un bien o interés jurídicamente protegidos; la posibilidad o probabilidad inmediata de un perjuicio son suficientes para que se entiendan típicamente perfectos.

Por tanto, el daño debe concebirse como lesión real de bienes o intereses jurídicamente protegidos; y este daño

puede recaer sobre el mundo jurídico y sobre el mundo material. Así, la privación del derecho de propiedad en el delito de robo, conlleva la pérdida de la cosa mueble como bien personal que encuentra su protección en la norma, la cual a su vez, se ha infringido. En este caso, el daño tiene una doble función: por un lado, queda destruido el ordenamiento jurídico; y por otro, implica una mutación del mundo externo al agente, que constituye el resultado material dañoso del delito; se aclara mayormente esta situación cuando la conducta humana configura un hecho de peligro; el resultado jurídico, es decir, el daño a nivel normativo consiste en la lesión real del ordenamiento legal, ya que lo que es objeto de garantía jurídica es la seguridad de ciertos bienes; y la sola situación de peligro lesiona el ordenamiento legal, o sea daña la protección penalística; mientras que el resultado material de la conducta lo constituye el probable perjuicio que pueda causarse. En otras palabras, esa situación de peligro dentro del mundo jurídico, produce un rompimiento o una destrucción del ordenamiento legal; y por otra parte, examinada esta conducta en el mundo material, sólo existe la posibilidad de que se realice el perjuicio, es decir, la probabilidad de que resulte un daño en ese mundo externo al agente.

Aplicado este razonamiento al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, observamos que existe el daño a nivel normativo, pues hay una norma infringida; pero frente al mundo material lo que existe es un peligro desde el momento en que se realiza el resultado material del delito, es decir, desde que el delito se considera perfecto con el impago del documento; peligro que consiste en la posibilidad

o probabilidad de que el cheque, en esas condiciones, llegue a circular.

(b) El Libramiento de Cheque sin provisión de Fondos es un Delito de Peligro. Al desarrollar el concepto de resultado, sostuvimos que en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, era el impago del documento; y concluimos que era un resultado material. Este resultado no se identifica necesariamente con un perjuicio al patrimonio del beneficiario del cheque, sin que pueda excluirse por ello la posibilidad que en un caso especial pueda resultar lesionado el patrimonio del tenedor; esto significa claramente que lo que la ley ha tratado de proteger, no es el perjuicio que pueda resultar al patrimonio del tenedor, como consecuencia del impago del documento.

En la parte final del literal anterior, establecimos que la sola situación de peligro creada por la conducta del agente activo del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, constituía un resultado material aunque distinto de la estafa y de cualquier otro hecho ilícito de naturaleza patrimonial, por cuanto el resultado del impago del documento no causa perjuicio al patrimonio; pero al mismo tiempo, la falta de pago del cheque presentado dentro del plazo establecido por la ley mercantil para su cobro, puede ocasionar un daño a los futuros tenedores del documento, siempre y cuando llegase el títulovalor a circular; es claro que en esta situación exista un peligro para el particular, con total independencia de todas las garantías civiles y mercantiles, que tenga el títulovalor, considerado como orden in-

condicional de pago, para evitar el perjuicio patrimonial que podría causarse.

Tradicionalmente se ha sostenido que cuando un delito es de resultado material, necesariamente ese delito es de daño; pero en el análisis que hemos hecho, queda demostrado que aún cuando el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos tiene un resultado material, consistente en el impago del documento, no produce un perjuicio en el patrimonio del beneficiario del cheque; sino que por el contrario, lo que se produce es una probabilidad de que se cause un daño a los futuros tenedores del documento, en el caso de que el títulovalor llegase a circular, es decir, lo que se plantea es una situación de peligro.

Modernamente, el concepto de peligro no se identifica con un estado de incertidumbre, pues no es algo imaginario; sino que resulta como consecuencia de la observación, de la experiencia, es decir, es una situación de la realidad, una circunstancia de hecho, en otras palabras, una modificación del mundo exterior; y por tanto, el peligro causado por la actividad humana en el caso que examinamos, debe considerarse un resultado; y así, el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos queda enmarcado dentro de los delitos de peligro.

(c) Antijuridicidad en el delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos. Novoa Monreal, en su parte general del Derecho Penal, comienza el desarrollo de este tema planteando el problema de la terminología a emplear pa-

ra señalar este elemento del delito, diciéndonos: "En la doctrina hay un criterio variado para denominar este tercer elemento del delito. Soler prefiere el término antijuridicidad, que seguramente considera filológicamente correcto; pero Jiménez de Asúa prefiere reemplazarlo, por razones eufónicas y, según él, sin mengua de los cánones de la lengua, por la antijuricidad que hemos aceptado. Ambas expresiones son traducción de la palabra RECHTSWIDRIGKEIT de que se sirve la doctrina alemana. Otros proponen hablar de ilicitud, vocablo que carece de la precisión necesaria por tener aplicación también en el campo ético. Ilegalidad, en cambio, tiene el sentido excesivamente restricto de lo contrario a la ley, que en ciertos casos puede ser insuficiente para cubrir el concepto auténtico en toda su amplitud".^{7/} Nosotros preferimos el término usado por Sebastián Soler, cuyas obras sirvieron de bibliografía a los redactores de nuestro Código Penal por parecernos más adecuado gramaticalmente, ya que empleamos mucho el vocablo antijurídico; desde luego, con significado diferente.

El concepto positivo de la antijuridicidad es uno de los más difíciles de construir, pues tanto en doctrina como en las codificaciones penales, se ha definido en forma negativa, es decir, negando la existencia de la antijuridicidad en cuanto exista una causa de justificación.

Después de los avances obtenidos en esta materia por los brillantes estudios presentados por los insignes trata-

^{7/} NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General Tomo I, Pág. 329. Editorial Jurídica de Chile. 1966.

distas como Carlos Binding, Franz Von Lisz y Max Ernesto Mayer en los que se establecen teorías en que lo ilícito, lo injusto, radica en las normas de cultura, es decir, que la antijuridicidad estriba, no en lo contrario a la ley positiva, sino en lo contrario a la norma, quien comete un hecho punible no contradice la ley, sino que adapta su conducta a un tipo delictivo contenido en ella; lo que se viola es la norma de cultura que está por encima de la ley. La norma crea lo antijurídico, la ley positiva el delito.

Conforme a este pensamiento el doctor MANUEL ARRIETA GALLEGOS ensaya un concepto positivo diciendo que la antijuridicidad consiste en "una lesión o riesgo de lesión de las normas fundamentales de cultura que sirven de base a las normas jurídicas positivas, las que a su vez amparan intereses protegidos por la ley penal en atención a que son esenciales para la persona, para la familia, para la sociedad o para el Estado". ^{8/}

Con todo, preferimos adherirnos al criterio negativo del concepto de la antijuridicidad; y decimos que para que esta se concretice son necesarias dos condiciones: una positiva, que consiste en la violación de una norma penal; y otra negativa, consistente en que esa violación no esté amparada o garantizada por una causa de justificación.

Traslado este concepto al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, diremos que existe antijuridicidad cuando al librar esa orden incondicional de pago,

^{8/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 181.

que presentada en el plazo requerido por la ley, no es pagada por la institución librada, siempre y cuando, esta actividad desplegada por el sujeto activo del delito, no se encuentre amparada por una causa de justificación.

(d) Causas de Justificación en el Delito de Libramiento de cheque sin Provisión de Fondos. Denomínanse causas de justificación, a las circunstancias que hacen desaparecer la antijuridicidad; sería más exacto decir que son las causas que mantienen la legalidad o juridicidad de la conducta, porque esa es la regla; y la antijuridicidad, la excepción. Las causas de justificación se refieren a hechos que tienen la apariencia de delito, pero no lo configuran por ausencia del elemento antijurídico. Así la muerte causada en legítima defensa es objetivamente idéntica a la que resulta de un homicidio alevoso; pero mientras la primera es legítima, la segunda es antijurídica.

Jiménez de Asúa las define diciendo: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen". ^{9/}

En nuestro Código Penal de 1904, en el artículo 8, se encuentran las eximentes de responsabilidad criminal, dentro de las cuales, se comprenden las causas de justificación

^{9/} JIMENEZ DE ASUA, Luis. Ob. cit. Pág. 306.

en el artículo 37, que comprende: (1) el cumplimiento de deber. (2) Legítima defensa; y (3) Estado de necesidad.

A nuestro criterio, de estas tres causas de justificación, la única que puede presentarse impidiendo la ilicitud, en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, es el estado de necesidad, Jiménez de Asúa, citado por Arrieta Gallegos, nos define el Estado de necesidad diciendo: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho; en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto"; y el doctor Arrieta Gallegos le agrega: "Y que tal peligro no se tenga la obligación de afrontarlo". ^{10/}

Esta definición doctrinaria mencionada, se adapta al Código Penal que tenemos en vigencia, el cual contempla esta causal en el Art. 37 No. 3o., que dice: "El que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona OTRO BIEN para evitar un daño, siempre que concurren los siguientes requisitos:...."; y que se diferencia del código anterior, que nos detalla esta causal de justificación en el artículo 8 No. 7 y que comienza diciendo: "El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la PROPIEDAD AJENA siempre que concurren las circunstancias siguientes:". El mismo doctor Arrieta Gallegos, en su obra, encuentra una fórmula muy conveniente para diferenciar el

^{10/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 205 en donde aparece la cita de don Luis Jiménez de Asúa.

criterio que inspira a ambas legislaciones; y nos dice -refiriéndose al Código vigente- "todo interés es tutelable; y cualquier bien jurídico puede sacrificarse"; y en relación al código anterior, nos dice: "todo interés es tutelable; pero no cualquier bien jurídico puede sacrificarse" 11/

Conceptuando en esta forma el Estado de necesidad, propongamos un caso en que pueda presentarse con el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos: podría ser el de una persona que para salvar la vida necesita de una urgente operación, la cual sólo puede ser practicada por un médico que se encuentra en el país; pero el paciente carece de dinero y se ve en la necesidad imperiosa de extender a favor del galeno mencionado, un cheque sin provisión de fondos. Sí en este ejemplo se probara que el peligro de morir era tan inminente, que si el paciente no se operaba en esos momentos, moriría; que la enfermedad no fue provocada con la intención de engañar al médico; que el paciente no podía obtener el dinero para la operación de otra manera; como también que no existía otro médico capaz de realizar la operación. Es claro, que el hecho objetivamente típico, no sería antijurídico, por operar la causa de justificación conocida por estado de necesidad.

4. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Al abordar el problema de la culpabilidad evocamos las dos clases de teorías que se han expuesto para determinar su naturaleza: las psicológicas o sicologistas y las normativas o normativistas.

11/ ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Ob. Cit. Pág. 207

Conforme a las primeras, que son las tradicionales, la culpabilidad es considerada como un acontecimiento psicológico, desprovisto de valoración frente al Derecho, es decir, se agota con un simple proceso intelectual, al cual se suma un elemento volitivo; algunos sostienen que es un nexosíquico entre el actor o sujeto activo y el hecho por él realizado, conteniendo dos elementos: uno volitivo, consistente en querer realizar la conducta; y por otra parte, el elemento intelectual, consistente en el conocimiento, por parte del sujeto, de la antijuridicidad de su conducta, o sea, una relación psicológica entre el agente activo del delito y el hecho que ocasiona un resultado querido o no querido, si bien previsto y previsible.

Mientras que las teorías normativistas no hacen consistir la culpabilidad en el nexosicológico entre el actor y el hecho, sino que en el juicio de reproche que se hace al sujeto por no haberse comportado conforme lo prescribe la norma penal.

Sin ahondar con los argumentos en favor y en contra de cada grupo de teorías, nos adherimos a la moderna teoría normativa de la culpabilidad, por considerarla, a nuestro juicio, más completa; y explicativa de las nuevas circunstancias surgidas en la evolución del Derecho Penal, como muy acertadamente lo hace el doctor Arrieta Gallegos al exponer la diferencia entre ambas teorías, cuando dice: "La diferencia de las teorías normativas con las psicológicas, resulta evidente; donde para éstas termina el examen de la culpabilidad, que se finca en la apreciación del nexosicológico de

causalidad a través del dolo o la culpa, para los normativistas puede decirse que comienza, ya que el simple vínculo de causalidad, generado por la voluntad dolosa o culposa entre el actor y el acto por él realizado, no basta a los normativistas para dar por establecida la culpabilidad. Es necesario a su vez determinar si por tal acto nació el juicio de reproche sobre la conducta del agente, el cual a su vez, tiene por base si se le debió y si se pudo exigir a éste la conducta señalada por la norma, como también su motivación y aun su personalidad". ^{12/}

(a) Formas de la culpabilidad. Tradicionalmente se ha considerado que las situaciones subjetivas e indicadores del estado anímico del agente imputable, cuando comete un hecho delictivo, son el dolo y la culpa, aunque existen autores y algunas legislaciones que agregan una tercera categoría que se denomina preterintencionalidad; y los que no lo hacen la incluyen dentro del dolo.

Nuestro anterior Código Penal, que iniciara su vida en 1904, se inclinaba por considerar, como regla general, que todos los delitos son de naturaleza dolosa y muchos o varios de ellos se cometen por imprudencia, vale decir, por culpa; y así, en la parte especial de dicha codificación, comprendía algunos y en el último título del libro segundo se trataba en forma general de los delitos por imprudencia.

En cuanto a la preterintencionalidad, se trataba como atenuante en el Art. 9 No. 2 Pn., así como en una de

^{12/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. El Nuevo Código Penal Salvadoreño. Pág. 115. San Salvador, El Salvador, C. A. 1973.

las normas que regulaban la aplicación de las penas Art. 44 No. 1 Pn.; también en una forma clara la establecía al referirse al homicidio, pues en reforma de este estatuto de leyes se creó la figura del homicidio preterintencional en el artículo 362 bis Pn. En otras palabras, en la codificación anterior no existía una regulación precisa de la preterintencionalidad.

Pero en el Código en vigencia, en el artículo 32, contempla las formas de culpabilidad al decir: "Art. 32. Nadie podrá ser penado por una acción u omisión que la ley prevé como delito, sino es dolosa, preterintencional o culposa". Y en los artículos 33, 34 y 35 se explican los requisitos que el Juez debe tomar en cuenta para apreciar las formas de culpabilidad mencionadas en los delitos en especie, comprendidos en la parte especial del Código Penal vigente, en la cual, al describir la figura delictiva, se determina la forma de culpabilidad en que puede cometerse; es decir, no solo dolosa, sino que preterintencional o culposa. Como ejemplo tenemos los siguientes casos del nuevo Código Penal; Art. 157 que trata del homicidio preterintencional; el Art. 167, sobre el aborto preterintencional; y en cuanto a la culpa, tenemos los siguientes: Art. 158 que comprende el homicidio culposo; el Art. 168, que trata el aborto culposo; el Art. 175, sobre las lesiones culposas; el Art. 307, de los delitos culposos contra la Salud Pública.

(b) El Delito de Libramiento de Cheques sin Provisión de Fondos es Doloso. Al aplicar lo que hemos dicho sobre la culpabilidad como elemento subjetivo del delito, al delito

de libramiento de cheque sin provisión de fondos, nos resultará en concreto, cual o cuales de las especies (culpa o dolo) de ese género (culpabilidad) funcionan en el tipo penal delictivo que estamos comentando.

A simple vista pareciera que tanto la culpa como el dolo funcionan en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, es decir, que puede girarse un cheque "a sabiendas" de que se carece de fondos, y por lo tanto, es de conocimiento anticipado del girador que no se pagará; como también puede librarse en forma negligente o por falta de cuidado, produciéndose el mismo resultado, siempre que el beneficiario se presente al banco girado y no existan fondos disponibles para cancelarlo.

Pero analizado el problema un poco más a fondo tenemos que concluir que sólo puede funcionar en forma dolosa. Han sido tres teorías las que explican la naturaleza del dolo, a saber: la de la voluntad, la de la Representación y la del asentimiento; la primera de ellas, que es la más antigua explica la intención por medio de la voluntad del resultado; pero debido a las dificultades que presenta el penetrar en los aspectos psicológicos del sujeto activo para descubrir la intención, surgió la teoría de la representación del resultado, en la cual, se sustituye la intención por una situación real, es decir, de carácter objetivo, o sea que esta teoría se sustenta en el conocimiento que el sujeto tiene del acto que realiza; desde luego no descarta la voluntad, pero le da mayor relevancia al aspecto intelectual, extrayendo de las manifestaciones externas del agente,

en el cometimiento del hecho, la representación del resultado. La última de las teorías, la del asentimiento, tiende a completar las anteriores, y según la cual, para determinar la naturaleza del dolo no basta con la simple representación del resultado dañoso, sino que es necesario agregar la actitud de asentimiento del sujeto activo frente a la representación que se hace del evento cuando comete el acto delictivo, en otras palabras, cuando ante la representación del evento, el agente activo asiente o acepta la producción del resultado dañoso.

Conforme a esta última teoría, podemos identificar en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, el elemento intelectual, con la representación que tiene el sujeto activo en el movimiento corporal empleado al rar el cheque, del resultado que va a producirse en el mundo de los fenómenos y que identificamos con la ausencia de pago del documento; por otra parte a esta representación tenemos que agregar el asentimiento del sujeto activo, es decir, el querer que el resultado del impago se realice, de donde se sostiene, que habrá dolo en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, cuando el girador del cheque se represente el evento; y a la vez quiere que se realice el impago del documento.

Es claro que el girador del cheque actúa dolosamente cuando anticipadamente sabe que no va a ser pagado; y previamente sabe que para que se produzca el resultado es necesario que el beneficiario del cheque realice ciertas acciones con tal fin; es decir, que es del conocimiento del

girador que el beneficiario se presentará al banco girado con el objeto de hacer efectivo el cheque, aunque el tenedor prometa no presentarse ante la institución librada; es de conocimiento previo del girador del cheque, que esa es la forma natural como el documento puede hacerse efectivo. Por ello es que pensamos que el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, contenido en la hipótesis normativa en estudio, es de comisión dolosa; porque el dolo supone siempre en la mente del sujeto activo el conocimiento de la ausencia de pago y de la ilicitud de ese resultado, siendo asentida o querida esa mutación o modificación en el mundo externo, relevante al derecho.

Aunque, al respecto, existen legislaciones que dan albergue a la culpa, como aparecía en la redacción original del artículo -antes de la reforma- en nuestro código penal vigente, que castigaba esa conducta del girador del cheque, sólo cuando era dolosa, al decir: "Art. 372. Será sancionado con prisión de tres meses a un año: lo.) El que librare en cualquier concepto un cheque A SABIENDAS de que no dispone al tiempo del libramiento, en la institución a cuyo cargo se emite, de fondos suficientes para hacerlo efectivo...". Como se puede observar, este artículo excluía de penalidad la culpa y sólo lo castigaba cuando el delito era doloso, es decir, cuando era a sabiendas. Por tanto, según esto, podía presentarse un giramiento de cheque por negligencia o falta de cuidado, pero en nuestra opinión, estas situaciones en la realidad, es muy difícil que se presenten; y en caso de aparecer deben penarse a título de dolo, pues es imposible concebir que el girador haya creído que el beneficiario no pre-

sentaría el documento a cobro, o que el girador creía tener fondos, cuando en la realidad no los tenía. Más aún, estas situaciones son eminentemente subjetivas, difíciles de concretizar normativamente y en la inmensa mayoría de los casos, se derrumban ante la realidad de los hechos, pues los bancos periódicamente están enviando informe sobre saldos a sus clientes. Y por otra parte, para que la garantía penal tenga plena eficacia en cuanto a proteger la confianza que el público debe tener en el cheque, como orden incondicional de pago, que es lo que se ha tratado de lograr con la creación de este delito, deben sancionarse esas conducta a título de dolo, pues la realidad nos ha demostrado que tanto las garantías civiles como mercantiles no han sido suficientes para garantizar la confianza en la circulación cambiaria de ese documento; únicamente se ha protegido al ciudadano del perjuicio patrimonial que pudiera causársele.

Al respecto, González Bustamante en su obra "El Cheque", nos dice: "Si imaginamos el caso de un libramiento de cheque en que el girador no quiere el resultado del impago, pero ha previsto en forma contingente tal situación, la imputación de culpabilidad debe hacerse a título de dolo. Por último, si el cheque es un instrumento de pago, no puede aducirse que se giró ignorando sería presentado a cobro, o bien que se tuvo la seguridad de que tal fenómeno no se presentaría y por ende el resultado no se produciría, pues en tal hipótesis el evento le será imputable, igualmente, como doloso..." ^{13/}

Estas razones han de haber influido, sin lugar a

^{13/} GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Ob. cit. Pág. 164.

dudas, en el ánimo de nuestros legisladores, para excluir de la redacción original del artículo 372 de nuestro Código Penal vigente la expresión "a sabiendas",

(c) Especies de Dolo en el Delito de Libramiento de cheque sin provisión de Fondos. Los doctrinarios del derecho penal mencionan numerosas clasificaciones del dolo, muchas de las cuales datan desde muy antiguo; y buena parte de ellas carecen de valor jurídico; por ello, nos concretaremos a describir, las que a juicio de los modernos penalistas, son de importancia; y así, distinguen entre el dolo directo; dolo eventual y el dolo de consecuencias necesarias.

El dolo directo es el más importante por cuanto es el que en la mayoría de delitos existe, y a la vez, considerado como el más grave de los mencionados, pues se presenta cuando el sujeto activo no solo actúa típica y antijurídica, voluntaria y conscientemente, sino que además está animado del propósito preciso de obtener la producción del hecho jurídicamente reprochable, es decir, que el resultado delictivo responde a la intención representada y querida por el agente activo.

Esta clase de dolo puede presentarse en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos cuando el girador extiende la orden incondicional de pago a sabiendas de que será presentada ante la institución girada y no va a ser pagada por falta de fondos disponibles para hacerla efectiva; este resultado ha sido representado y querido por el girador, existiendo por tanto, conformidad entre el resultado

exigido por la hipótesis penal y el representado y querido por el girador.

En cuanto al dolo eventual, se dice que existe cuando el sujeto activo consciente de un resultado típico, que no busca de propósito y que no se lo representa como seguro, sino solamente como probable o posible y anticipadamente lo acepta en caso de que se produzca; es decir, que la conducta del sujeto activo es indicativa de que tal evento (resultado), aun cuando no lo haya querido, lo ha asentido, a sabiendas de que puede suceder.

Este dolo también puede presentarse en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, cuando el girador no tenga la intención directa de producir el resultado del impago del cheque, lo cual puede suceder, por recibir promesa del beneficiario del documento en el sentido de no presentar el cheque a cobro ante la institución girada. Si el beneficiario se presenta al banco girado, faltando a la palabra empeñada, se tipificaría el delito, pero no existe en estas hipótesis dolo directo, sino eventual, por cuanto el agente activo no quería el resultado del impago, sino que lo previó como posible; y por último, lo ha aceptado anticipadamente en caso de que tal contingencia se presentara.

En relación al dolo de consecuencias necesarias, que es aquél en que siempre hay un resultado previsto y querido que responde a la intención, pero como consecuencia necesaria a la conducta del agente siguen otros resultados previstos aunque no queridos, su voluntad se extiende aún a éstos, por

ser de necesaria e inmediata consecuencia, no vemos como en la práctica pueda fácilmente funcionar esta clase de dolo en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, pero lo cierto es que aunque en el caso eminentemente teórico, en que el girador del cheque no quiera la contingencia de la presentación del documento para que se realice el impago del mismo, como este resultado es una consecuencia necesaria de la acción de librar, o se previó o debió prevenirse, se dice que se aceptan todas las consecuencias que se deriven de su conducta; por tanto, sostenemos que este delito debe ser imputable siempre a título de dolo.

(d) Causas de Inculpabilidad en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos. Las causas de inculpabilidad representan la faz negativa de la culpabilidad, o sea, que son causas que impiden el nacimiento del delito por ausencia del elemento culpabilidad; y su fundamento es la falta de reproche en el juicio que se hace del actor y de su hecho delictivo.

El Código Penal nuestro, imbuído de los adelantos de las nuevas corrientes doctrinarias sobre Derecho Penal, clasifica las causas de inculpabilidad de la siguiente manera: (1) CASO FORTUITO; (2) ERROR Y SUS VARIEDADES: A. Error de Hecho, B. Excluyentes Putativas; (a) Defensa Putativa de la Persona, (b) Defensa Putativa de la Propiedad, C. Obediencia Jerárquica; (3) NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA: A. Miedo Insuperable, B. Coacción o Peligro, C. Conflicto de Bienes Iguales, D. Exceso en las causas de Justificación, E. Enfermedad.

El caso fortuito lo define el doctor Manuel Arrieta Gallegos diciendo que "Consiste en un acontecimiento dañoso inevitable y normalmente imprevisible, hacia el cual no se ha encausado la voluntad". ^{14/} Esta causa no puede presentarse en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, pues es inconcebible que el resultado del impago del documento se realice por mero accidente.

En cuanto al error, podemos decir lo siguiente: el error consiste en el falso concepto o noción equivocada del delito; puede recaer sobre las condiciones propias del hecho delictivo o sobre la regla de derecho que configura el tipo penal; en otras palabras, ese falso juicio del delito puede ser sobre el hecho o sobre el derecho. Por lo que atañe al error de derecho, en nuestra legislación no excluye de responsabilidad penal, así lo comprende el Código en vigencia al decir: "Art. 3. El desconocimiento de la ley penal o la noción imperfecta de la misma que conduzcan a una apreciación errónea no excluye la responsabilidad penal", esto, para dar albergue a las tradicionales máximas de "la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento". "El error de derecho no excusa"; pero modernamente no puede aceptarse de una manera absoluta; así lo comprendieron nuestros legisladores y en el código mencionado, establecieron una pequeña brecha creando una atenuación en el ordinal segundo del Art. 41, a favor de aquellos que han cometido el delito en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables.

En relación con el error de hecho, nos dice la doc-

^{14/} ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador, C. A. Pág. 282.

trina que para considerarlo una causa de inculpabilidad, debe reunir los requisitos de ser esencial e invencible; es decir, el error debe recaer sobre las características objetivas esenciales estrictamente de hecho; y debe ser insuperable, o sea no haber podido vencerse con la diligencia propia de todo ser humano. En cuanto a los errores accidentales sí son punibles. El código penal vigente los regula de la siguiente manera: "Art. 30. El que cometiere un hecho punible incurrirá en responsabilidad, aunque el daño recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender o fuere distinto del que se proponía causar".

Tratándose del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, decimos que funciona como causa de inculpabilidad el error de hecho; un ejemplo podría ser el caso de que el girador de un cheque, con la seguridad de tener fondos en la institución bancaria girada, produjera con su acción el resultado previsto por la hipótesis normativa, en virtud de que un extraño, habiendo hábilmente falsificado la firma del girador en una fórmula de cheque sustraída ilegalmente, hiciera un retiro de fondos de la cuenta, dejándola sin los suficientes para cubrir el importe del cheque girado. En esta situación aunque exista la voluntad en el acto de girar, no existe la voluntad para realizar el impago del documento, resultado previsto por el tipo penal; por otra parte, no existe el dolo, pues faltaría el elemento intelectual del mismo identificado con la representación del evento.

Otro ejemplo puede ser el siguiente: "X" es un comerciante que acostumbra enviar la remesa de dinero al Banco

a las cinco de la tarde; sucede que uno de los días ha enviado una remesa, por las ventas que ha efectuado durante el día (por cierto, los únicos fondos que posee), por la cantidad de mil colones; y dentro de esa cantidad va un cheque emitido por "Y" (que carece de fondos). Como a eso de las seis de la tarde llega "Z" (acreedor de "X") y le dice a "X": "me pagas los mil colones que me debes o ya no te doy mercadería mañana". En esta situación, "X" extiende un cheque por mil colones; y sucede que cuando "Z" se presenta a cobrarlo, no existen fondos para hacerlo efectivo. En este caso se han llenado todos los elementos típicos exigidos por la hipótesis legal, pero "X" está amparado por una causa de inculpabilidad denominada error de hecho, pues "X" tiene un falso concepto de los hechos, y tal como aparece en el ejemplo no puede imputársele a negligencia.

En cuanto a las excluyentes putativas, de la sola lectura del Art. 40 No. 2, Lit. B. Pn. nos damos cuenta que no tienen aplicación en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, pues en lo que se refiere a la defensa putativa de la persona decimos lo siguiente: cuando hablamos de las causas de justificación sostuvimos que la legítima defensa no funcionaba en el delito que nos ocupa, por ello es que tampoco procede la defensa putativa; pues la diferencia de ambas causales radica en el requisito de la agresión ilegítima; que en la causa de justificación la agresión debe ser real, mientras que como causa de inculpabilidad existe un falso concepto de esa agresión, lo que convierte esta situación en una variedad del error. Por lo que atañe a la defensa putativa de la propiedad que equivale a lo

que anteriormente se denominaba legítima defensa presunta, tampoco funciona en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, pues es imposible que se cumpla la cantidad compleja de requisitos que exige la causal.

En el caso de la obediencia jerárquica como causa de inculpabilidad, el Código en vigencia la comprende diciendo: "Art. 40. Es inculpable: 3o.) El que obra en virtud de obediencia jerárquica, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que la orden emane de autoridad competente para expedirla y reúna las formalidades legales; b) que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden; y c) Que lo ordenado no revista manifiestamente el carácter de hecho punible.

Esta situación puede funcionar en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, un ejemplo podría ser el siguiente: sabemos que cuando hay una calamidad pública se fundan, por parte del Estado, organizaciones, ya sean comités de auxilio o grupos de emergencia, con el objeto de proteger a los ciudadanos; pues bien, en esas organizaciones se manejan fondos depositados en algún banco, y los directores de esos comités autorizan a una secretaria de confianza para que libere los cheques; en esta situación dicha secretaria recibe una orden del jefe de girar un cheque, pero sucede que no existen fondos disponibles para cancelarlo, con lo cual, se llenan los requisitos exigidos por el delito; pero esta secretaria estaría amparada por una causa de inculpabilidad como lo es el haber actuado en virtud de obediencia jerárquica, por tanto, no puede existir en este caso el juicio de reproche para la conducta del agente activo del de-

lito, base de la culpabilidad.

Dentro de las causas de no exigibilidad de otra conducta aparecen dos que pueden funcionar en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos a saber: El miedo insuperable y la coacción o peligro, las cuales, se diferencian sustancialmente por el hecho de la intensidad de la impresión causada en el sujeto activo del delito, como consecuencia de un mal grave; en el miedo insuperable es tan intensa la impresión que logra producir miedo; y en la coacción no produce miedo; todo depende, de las condiciones síquicas del individuo; un ejemplo puede ser el de una persona que a punta de pistola es obligada a extender un cheque, en el miedo insuperable se extiende el cheque por el miedo a morir; y en la coacción o peligro, puede que el sujeto activo extienda el cheque con serenidad; PERO SIEMPRE BAJO LA AMENAZA DE MORIR.

El conflicto de bienes iguales no funciona en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos; pues se trata de igualar delitos que tutelan la vida o la integridad personal y el delito que nos ocupa es contra el orden económico.

Exceso de causas de justificación. Dijimos que de las causas de justificación, sólo funcionaba el estado de necesidad en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos; pero un exceso de esta causal, en el delito en cuestión, es casi imposible que se presente.

En cuanto a la enfermedad, no procede en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, porque este delito es de acción; y la enfermedad solo funciona como causa de inculpabilidad en los delitos por omisión.

5. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La Punibilidad es la reacción social frente al delito, la cual no sólo se concretiza en la aplicación de penas -por medio de las cuales, se trata de reprimir el delito y readaptar al delincuente- sino también con medidas de seguridad, con las que se persigue prevenir los hechos punibles. Algunos autores sostienen que el término punibilidad es inadecuado, pues sólo comprende, en estricto sentido, la pena, dejando al margen las medidas de seguridad que también son sanciones, o que van aparejadas a la pena, o bien en sustitución de ella; por esto, prefieren el término convencional de Sancionabilidad. Sin entrar en mayores análisis, para la finalidad de este trabajo, seguiremos llamando a este elemento del delito, "punibilidad", como comprensible de ambas situaciones.

(a) La Pena en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos. Los legisladores, para establecer la pena que debe tener cada una de las infracciones penales contenidas en las distintas hipótesis normativas, han tomado en cuenta siempre la gravedad del hecho; por ello, es que nuestro anterior Código Penal hacía una clasificación de los delitos con fundamento a su gravedad; y decía: "Art. 5. Los delitos son graves o menos graves. Se reputan graves los que la ley castiga con las penas de muerte, presidio o multa que exceda de doscientos colones. Se reputan delitos menos

graves los que la ley reprime con las penas de prisión mayor o menor, o multa que pase de veinticinco y no exceda de doscientos colones".

En el Código en vigencia, no se hace esa clasificación, pero se sigue el mismo criterio; es decir, que la pena mayor se le impone al delito más grave, con la salvedad que para la aplicación de ella ha variado el criterio, de la inflexibilidad anterior a la del arbitrio judicial del Juez, quien deberá individualizar la pena, tomando en cuenta la personalidad del delincuente demostrada no sólo por la mayor o menor gravedad del hecho punible; sino por todas las demás condiciones que la ley ha establecido para la determinación de la sanción; y para lo cual, el legislador en cada delito ha establecido un mínimo y un máximo de pena; espacio dentro del cual, el Juez podrá aplicar con mayor justeza la sanción.

En lo que se refiere al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, las legislaciones que lo contemplan como delito especial, lo sancionan con una pena leve, como por ejemplo la legislación argentina que en su codificación penal aparece en un principio con una pena de prisión que oscila entre uno y seis meses; aunque actualmente han aumentado dicha penalidad. En nuestra legislación anterior no aparecía como delito especial; pero lo ubicaban dentro del delito de estafa, que es un delito contra el patrimonio, el cual tenía una pena mayor, y cuya medida se hacía de acuerdo a la cantidad estafada; pero ya en el código vigente, para estar conforme a las nuevas corrientes doctrinarias sobre derecho penal, comprende el delito de libramiento de cheque sin

provisión de fondos, en el artículo 372, sancionado con una pena que oscila entre tres meses a un año; nos parece que esta sanción, por tratarse de un delito nuevo que trata de castigar el giramiento de cheque sin fondos para hacerlo efectivo, y proteger con ello, la confianza que el público debe tener en ese documento, debe establecerse, en cuanto a la pena se refiere, un margen mayor, dentro del cual el Juez pueda escoger con mayor acierto la sanción imponible, disponiendo para este hecho punible, una pena que oscile entre un mes y un año.

(b) Excusas Absolutorias en el delito de libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos. Las excusas absolutorias representan el elemento negativo de la punibilidad, por ello, algunos autores las denominan causas de impunidad, que por su variado carácter no pueden agruparse en la parte general de un código penal pues el fundamento de la ausencia de pena, no es de índole jurídica; sino práctica, como ser: razones de conveniencia o utilidad social, motivos de política criminal, o por imperativos de la razón; es por ello, que aparecen de modo especial para regir tipos determinados y en circunstancias bien delimitados.

En doctrina se habla de una división de las excusas absolutorias; y las clasifica en incondicionales y condicionales, las primeras no exigen circunstancias para su funcionamiento; y las segundas sí, un ejemplo aclarará la cuestión; en el código penal en vigencia en el artículo 169 se dice que no es punible, en el numeral primero, la tentativa de aborto y el aborto culposo, es decir, que en esta excusa absoluto-

ria no se exige ningún requisito para su aplicación; en cambio, en el mismo artículo numeral tercero dice que tampoco es punible el aborto practicado por facultativo cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer, es decir, que en estos casos se exige el requisito o condición que se presume que el embarazo es a consecuencia de violación o estupro, como también se exige el consentimiento de la mujer.

La legislación anterior, ubicaba el libramiento del cheque sin provisión de fondos en el delito de estafa y no comprendía excusa absolutoria; pero en el código en vigencia, que tipifica el delito en forma especial en el artículo 372, en su último inciso establece una excusa absolutoria condicional, al decir, que no incurrirá en pena alguna el girador o endosante que satisfaga el valor del cheque, antes de haberse iniciado procedimiento judicial o durante el curso del juicio antes de la sentencia de primera instancia.

6. DELITO IMPERFECTO Y PARTICIPACION DELICTUOSA

(a) Delito Imperfecto. En todo delito existe lo que los teóricos llaman "inter criminis", o sea, el camino que recorre el delito, comenzando por su proceso interno y terminando en una fase externa, es decir, su punto de partida es la ideación o idea que surge en el sujeto de la comisión del delito y culmina con la consumación del mismo.

En la fase interna se distinguen tres momentos, la ideación que es cuando aparece en la mente del agente la idea

de delinquir, la deliberación que es el momento en donde el sujeto analiza el pro y el contra de esa idea; y por último toma la resolución de llevarla a cabo, sin manifestarla exteriormente.

En el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos aparece esta fase interna, en el momento en que surge la idea del girador de extender el cheque; y después de analizar si conviene o no el giramiento, toma la resolución de hacerlo.

El Derecho Penal no sanciona las ideas, éstas son reguladas por otras reglas obligatorias de conducta como lo son las morales o las religiosas según los casos; las normas penales se ocupan de la vida externa del delito.

La fase externa del delito da comienzo con la resolución manifestada, seguida de actos de preparación con un proceso ejecutivo que culmina con la consumación del hecho punible. En el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, no puede sancionarse la materializada resolución de girar o los actos preparatorios, como serían el dar a conocer que se va a girar el cheque, comprar una cheque-
ra o el bolígrafo con que se puede extender el cheque; pues los actos mencionados son equívocos, por otra parte, el proceso ejecutivo del delito que analizamos, se reduce a la acción del agente destinada a librar el cheque.

En cuanto al funcionamiento del delito imperfecto en la figura delictiva en estudio, necesario es aclarar, que

en la anterior legislación se hacía una sutil diferencia entre la tentativa y el delito frustrado; pero en el código en vigencia desaparecen esas figuras, para quedar englobadas en el concepto de delito imperfecto, el cual define el inciso segundo del Art. 28 al decir "Hay delito imperfecto o tentado cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo a su ejecución por actos directos y apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas al agente"; y en cuanto a la aplicación de la pena, da la posibilidad al juzgador de apreciar la gravedad de los actos ejecutados y su aproximación a la consumación del delito, al permitir que el Juez pueda imponer desde la mitad del mínimo hasta el mínimo de la pena señalada al delito consumado.

En el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, no puede darse la imperfección del mismo; pues la conducta del agente activo se agota precisamente con la acción de girar, aunque necesariamente tiene que concurrir, como un complemento de esa acción, el acto del tenedor del cheque, consistente en la presentación del documento ante la institución librada, esto para llenar los elementos exigidos en la hipótesis normativa que describe el tipo penal; pues solamente será punible el giramiento del cheque, cuando presentado en tiempo el documento ante la institución girada, no es pagado por los motivos expresados en la norma penal; en otras palabras, la única actividad exigida al sujeto activo es el "librar el cheque"; pues actos anteriores que realice, no pueden ser de naturaleza inequívoca en dirección al resultado previsto en la hipótesis legal, que integren un de-

lito imperfecto punible.

(b) Participación Delictuosa. Es el llamado concurso de delincuentes, y se dice que existe cuando en la comisión del hecho punible participan dos o más sujetos. En doctrina y en algunas legislaciones se hace diferencia entre la codelincuencia necesaria y la voluntaria; la primera como su nombre lo indica, resulta cuando necesariamente deben concurrir dos o más sujetos en la comisión del hecho delictivo, debido a la acción constitutiva típica; como sucede con los delitos siguientes: Duelo, Bigamia, Aborto Consentido, Adulterio, Lesiones y Homicidio en riña tumultuaria, etc....; y que normalmente aparecen en la parte especial de los códigos consignados en cada una de las descripciones de las figuras delictivas. La codelincuencia voluntaria, es aquella en que dos o más sujetos con su consentimiento intervienen en la comisión de un hecho delictivo; y para cuya tipificación no es necesaria la concurrencia de varias.

Adhiriéndonos a las nuevas teorías que inspiran el Código Penal en vigencia, que distingue entre autores inmediatos, autores mediatos, autores presuntos y cómplices, por sobre todo, nos interesa analizar la situación que puede ocupar, como delincuente, en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, el tenedor o beneficiario del cheque.

No siempre que el beneficiario del cheque lo acepta y se presenta a la institución girada a cobrarlo, se está en presencia de una coparticipación delictuosa, es necesario

el vínculo psicológico que debe existir entre los participantes; y ni aún en el caso de que el tenedor sepa que el girador carece de fondos en el momento del giramiento; pero creyendo de buena fe que el documento sería pagado por el banco, lo presenta, por promesa hecha de parte del girador de que al tiempo de la presentación habrá fondos disponibles para cancelarlo, puede hablarse de codelincuencia; distinto es el caso, en que tanto el girador como el tenedor se ponen de acuerdo para desnaturalizar la orden incondicional de pago que contiene el cheque; y a sabiendas de la carencia de fondos o de la autorización para librar cheques de parte del librador, lo acepta y lo endosa a otra persona; en este caso, ambos son coautores del hecho punible.

(c) Concurso de Delitos. Así como es posible el fenómeno del concurso de delincuentes, en que varias personas intervienen en la realización de un hecho punible, también puede presentarse el caso del concurso de delitos en que una sola persona cometa varios delitos.

El código penal en vigencia, impregnado de las nuevas corrientes doctrinarias sobre derecho penal, nos trae una clasificación sistemática del concurso de delitos en el capítulo II, del título III del Libro Primero en que comprende el Concurso Ideal, el Concurso Real, el Delito Continuado y la Reincidencia.

En cuanto al concurso ideal, nos lo define ese cuerpo de leyes de la siguiente manera: "Art. 53. Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o

más delitos que no configuren uno especial, o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro": Como ejemplo se nos ocurren los siguientes: cuando una persona viola a su hermana, pueden infringirse las disposiciones siguientes el Art. 192 que trata de la violación, el Art. 197 que trata del delito de estupro; y el artículo 271 que contempla el delito de incesto. Otro el de una persona que gira un Cheque imitando la letra y firma del dueño de la chequera; y con ese documento cancela una deuda que tiene en un almacén. Se estarían violando las disposiciones siguientes: Art. 372 No. 3 y Art. 316 que comprenden el libramiento de cheque en formulario ajeno y falsificación material, respectivamente.

En cuanto al concurso real, el mismo cuerpo de leyes nos lo define diciendo: "Art. 54. Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independien-tes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada", es decir, cuando existe una acumulación material de delitos, como cuando una persona lesiona a otra, luego, da muerte a una segunda y posteriormente amenaza a muerte a una tercera, infringiéndose con ello, los artículos siguientes: Art. 170 y siguientes que comprenden el delito de lesiones; el Art. 152 que trata del homicidio; y el Art. 224 que regula el delito de amenazas; sin que en ninguno de los delitos mencionados haya recaído sentencia ejecutoriada. El delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos puede intervenir en un concurso real, como cuando un individuo viola a una mujer, luego le roba la

cartera, y dentro de ella va la chequera, con la cual extiende un cheque (sin estar autorizado) y cancela con él una cuenta en un almacén; aquí se están violando las normas penales que contemplan los delitos de violación Art. 192 y siguientes; robo o hurto Art. 241 y 237 según el caso; y el delito de cheque sin provisión de fondos Art. 372 No. 3.

En relación al delito continuado nos lo define así: "Art. 55. Hay delito continuado cuando dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar, manera de ejecución u otras análogas, se cometen varias violaciones de normas que protegen un mismo bien jurídico, aún cuando fueren de distinta gravedad. No hay delito continuado en los delitos de homicidio o de lesiones".

En la exposición de motivos del proyecto de código penal de 1960, en lo pertinente a esta forma de concurso dice: "Según la definición dada por el Art. 37 el delito continuado se caracteriza por cuatro notas distintivas: (a) Unidad de propósito criminal; (b) Unidad de situación objetiva del delincuente; (c) Pluralidad de acciones u omisiones; (d) Pluralidad de violaciones a una misma disposición penal". ^{15/}

Un ejemplo en el cual interviene, como delito

^{15/} Proyecto de Código Penal Salvadoreño de 1960.

continuado, el libramiento de cheque sin provisión de fondos podría ser el caso de una persona que gira varios cheques a favor de una o varias personas, en momentos o acciones distintas, los cuales, al ser presentados ante la institución girada, no son cancelados por carencia de fondos. En este ejemplo se cubren todos los requisitos exigidos por la disposición legal, como son la situación objetiva en que se encuentra el delincuente al tener una cuenta bancaria, una chquera, a quien extenderle los cheques, el tiempo y lugar oportunos para hacerlo; armonizadas estas condiciones con un mismo propósito criminal, varias acciones y una pluralidad de resultados dirigidos a violar el mismo bien jurídico tutelado por la norma penal.

Para concluir con el comentario sobre el concurso de delitos, nos resta solo hablar de la reincidencia que el código vigente la define así: "Art. 56. Cuando el que haya sido condenado por un delito doloso cometa otro hecho punible doloso sancionado con pena privativa de libertad, será considerado reincidente".

En la legislación anterior estaba ubicada como circunstancia agravante de un delito, que sin lugar a dudas, acertados han estado los nuevos legisladores al separarla de ahí y colocarla dentro del concurso de delitos; pues fácil es comprender, que esa es la realidad, pues el delincuente ya cometió un delito doloso, por el cual fue condenado, cuando comete otro delito doloso, también penado con sanción que priva de la libertad, es en esa situación cuando debe considerarse al delincuente como reinci-

dente; un ejemplo puede ser el de aquel individuo que ha sido condenado y que habiendo cumplido su condena al año siguiente de estar gozando de libertad comete el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, el cual, se castiga con pena privativa de la libertad.

CAPITULO III

DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

1. TRATAMIENTO ANTERIOR DE ESTE DELITO

En la legislación penal anterior no existía artículo que contemplara en forma especial esta figura delictiva, por ello, nuestros tribunales lo enmarcaron en el delito de estafa, el cual se encontraba dentro del título XIII que comprendía los "Delitos contra la Propiedad" que en su capítulo IV trataba de la "defraudaciones"; y en su Sección Segunda comprendía las "Estafas y Otros Engaños"; y en lo pertinente decía así: "Art. 490. Incurrirán en las penas del artículo anterior: lo. El que defraudare a otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, APARENTANDO BIENES, crédito, comisión, empresa, o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en el capítulo VII, título IV de este libro".

En esa expresión "Aparentando Bienes" se han apoyado nuestra mayoría de jueces para darle trámite a las denuncias presentadas con ocasión de haberse realizado una negociación en la cual ha intervenido un libramiento de cheque sin provisión de fondos, pero desde luego, esta solución no ha sido muy feliz; pues en la realidad judicial nuestra nun-

ca se ha podido establecer, que en esa operación ha existido el delito de estafa, porque para probar este delito, es necesario llenar una cantidad de requisitos, que es muy difícil, sino imposible, que con el simple giramiento de cheques sin fondos resulten, satisfaciendo todos los elementos exigidos por la hipótesis penal.

La mayoría de los expositores de derecho penal señalan como requisitos de la estafa: (a) Un perjuicio patrimonial; se refiere a que exista un perjuicio que debe recaer, o mejor dicho, debe ser un valor económicamente apreciable, el cual debe ser objetivo; y no solamente el peligro de sufrir el perjuicio; este subsiste, aún en el caso de que se reponga la cantidad defraudada; pues el delito se consuma cuando la víctima realiza la prestación que le causa el perjuicio; se ha dicho que la falta de este elemento excluye el delito de estafa. Esta situación no se presenta muy clara en el libramiento de cheque sin fondos; pues en la mayoría de los casos, el cheque, se emplea para cancelar deudas; y son otra clase de disposiciones las que protegen el posible perjuicio que pueda causarse, por lo que se considera que es muy difícil que este elemento del perjuicio patrimonial aparezca en el libramiento de cheque sin fondos.

(b) El engaño, es otro elemento indispensable en el delito de estafa, que nos lo define Cuello Calón diciendo que "consiste en aprovecharse del error provocado o mantenido por el agente en la persona engañada". ^{1/} Este engaño debe ser

^{1/} CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II Parte Especial. Pág. 803. Bosch, Casa Editorial Barcelona 1961.

determinante del error en la persona engañada, por otra parte, hay que analizar las condiciones de la víctima, para darse cuenta si es posible que se hable de error con respecto a ella; aclaramos esta situación con un ejemplo que nos trae Sebastián Soler que dice: "Nos han referido que algún vivo, en Estado Unidos, les vendía a ciertos indios, por diez céntimos (moneda pequeña de plata), el "retrato del antepasado" que hay en las monedas de cinco. Posiblemente solo se trata de un chiste; pero la operación sería una estafa mientras el comprador fuera un indio y no un banquero de Wall Street, ante el cual dudamos de que la propuesta tuviera éxito". ^{2/}

Este elemento tampoco encaja a la perfección, en el delito en comento; pues en el simple libramiento de un cheque sin fondos, no existe un medio fraudulento para hacer caer en error a otra persona, por otra parte, debemos admitir que el beneficiario del cheque, lo acepta no en virtud del engaño de que supuestamente es objeto, sino que lo acepta amparado en la confianza que le brinda la ley al garantizar esos títulos valores, por tanto, no existe el nexo de causalidad entre el engaño y el error de que es objeto la víctima. Tan importante es esta cuestión, que Cuello Calón nos dice al respecto: "Los medios empleados deben ser de índole susceptible de producir error. Manzini y otros han sostenido que si el sujeto fuere incapaz de engaño por carecer de capacidad de entender y querer (locos, menores, etc.) no se comete estafa, sino hurto, pues éstas personas no pueden ser inducidas a error con un medio insidioso para aque-

^{2/} SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. IV. Pág. 339, Nota No. 25. Tipografía Editora Argentina B.A. 1951

llas facultades de que carecen". ^{3/}

(c) Beneficio o provecho, es otro elemento del delito de estafa, pero no es necesario que sea real y efectivo, basta el ánimo de lucro, es decir, que es suficiente el provecho propuesto, en otras palabras, el estafador sin llegar al logro de un beneficio, integra el delito con el solo propósito de alcanzar el beneficio. Este elemento es muy probable que pueda funcionar en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos; pero lo cierto es, que no puede plantearse un ejemplo en que aparezcan todos los requisitos mencionados en el hecho de girar un cheque sin provisión de fondos, por ello, es que se ha vuelto necesario que en nuestra legislación penal figure esta conducta como un delito especial, en que se contemplen las distintas formas en que el girador del cheque pueda incurrir causando perjuicio a la sociedad.

Con todo, se plantean dos problemas en los cuales, y según los casos, puede ser posible tipificar el delito de estafa con el libramiento de cheque sin provisión de fondos. Generalmente, con los cheques se cancelan deudas vencidas (en estos casos es imposible tipificar el delito de estafa) pero a veces se extienden cheques contra entrega de mercaderías en estas situaciones y cuando el giramiento ha sido determinante para la entrega de dichas mercaderías, pueden darse los elementos exigidos por el delito de estafa: el beneficio, el engaño y el perjuicio. El otro caso es cuando el sujeto activo del delito fingiendo apuro de dinero, en

^{3/} CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. Pág. 804.

uno de los días que no laboran los bancos, convence a otra persona que le cambie un cheque por dinero.

2. FINALIDAD PERSEGUIDA POR EL LEGISLADOR SALVADOREÑO AL CREAR EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

Hemos visto en el punto anterior, que en la legislación precedente no existía, verdaderamente ninguna garantía, penal del cheque; pues la forma en que se trataba de tutelar, ese documento, incluyéndolo como delito de estafa, ha sido insuficiente.

El enorme aumento de las transacciones comerciales, que ha influido en forma relevante en el desarrollo económico del país, ha obligado a nuestros legisladores a publicar leyes más dinámicas en ese sentido; y así hemos visto un nuevo código de comercio; y el nuevo código penal que está en vigencia. En estas leyes se protege en forma científica el cheque y se ha creado un tipo penal específico con el fin de mantener la confianza en el público de ese título valor, tanto como orden incondicional de pago, como también de medio de circulación cambiaria, es por ello, que en este nuevo código penal en vigencia se ha creado el delito de "Cheque sin provisión de fondos".

En la exposición de motivos del proyecto de Código Penal de 1960 se expresan los criterios legislativos tendientes al tratamiento que se ha dado desde el punto de vista penal a la figura del libramiento de cheque sin provisión de

fondos; y en el cual, nos expone que el primero y más antiguo de los criterios es el de estimar esta conducta como constitutiva del delito de estafa, sistema seguido por los códigos penales de Cuba, Brasil y algunas leyes especiales que lo asimilan a la estafa o al fraude; el otro criterio consiste en considerar esta conducta como un ataque a la economía nacional, siguiendo este sistema la legislación Uruguaya; y por último un tercer criterio que considera que el delito de libramiento de cheque sin fondos, es una conducta contra la fé pública, seguido por los códigos de Argentina y Ecuador. Esta exposición de motivos, nos dice al respecto, que "El libramiento de cheques sin provisión de fonodos, no pocas veces es un medio para intentar o consumir una estafa, pero sucede a menudo que falta alguno de los elementos de este último delito y por ello no es aconsejable el sistema que propugna por estimar la figura del libramiento de cheque sin fondos como un delito de estafa. El cheque ha llegado hoy día a asumir el rango de verdadera moneda y ha alcanzado una considerable difusión. Para que llene debidamente su función es menester que difunda confianza y en ese aspecto, puede considerarse que todo ataque a su función como signo monetario, significa una violación a la fé pública. Pero no debe desconocerse que el libramiento de cheque sin fondos, también lesiona el bien jurídico colectivo de la Economía Pública, en cuanto perjudica las relaciones comerciales o industriales". ^{4/}

Nuestros legisladores fundamentados en esos li-

^{4/} Proyecto de Código Penal Salvadoreño de 1960.

neamientos se decidieron por el segundo criterio mencionado; y ubicaron en los delitos contra la industria y el comercio, el delito en comento; y es así; que en el Código Penal en vigencia aparece en la tercera parte del Libro Segundo en el Título III, Capítulo II, Sección Segunda que trata de la QUIEBRA Y LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDOS en el Art. 372 la figura delictiva del cheque sin provisión de fondos.

En la pequeña historia de este artículo se encuentran dos redacciones, la original que fue establecida con fecha 13 de Febrero de 1973, que entraría en vigencia el 15 de junio de 1974; pero antes que entrara en vigencia fue objeto de otra redacción, considerada leglamente como reforma con fecha 5 de junio de 1974; y que entró en vigencia el 15 de junio de este mismo año. Expondremos ambas redacciones para apreciar los puntos en donde el artículo sufrió la reforma mencionada; y a la vez las críticas que a nuestro juicio, sirvieron de base para que el artículo 372 fuera objeto de una nueva redacción; como también algunas críticas que no fueron tomadas en cuenta.

Para comenzar enunciaremos los motivos que tuvo nuestra Asamblea Legislativa de la República para reformar en general los artículos del Código Penal, lo cual, manifiestan en el Decreto No. 621 publicado en el Diario Oficial No. 103 de fecha 5 de junio de 1974, que entró en vigencia el 15 de junio de este mismo año; al decir en el numeral tercero del decreto lo siguiente: "III. Que oídos que fueron los diversos sectores representativos de

la Opinión Pública Nacional se formuló un pliego de reformas, adiciones y supresiones con el objeto de que el Código Penal guarde la debida armonía con las disposiciones de la Constitución Política sobre la libre emisión del pensamiento y, asimismo, para que se dote de la tutela necesaria a bienes jurídicos de suma importancia, cuya violación produce alarma social".

REDACCION ORIGINAL

REDACCION REFORMADA

"CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS"

"CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS"

Art. 372. Será sancionado con prisión de tres meses a un año:

Art. 372. Será sancionado con prisión de tres meses a un año:

1o.) El que librare en cualquier concepto un cheque a sabiendas de que no dispone al tiempo del libramiento, en la institución a cuyo cargo se emite, de fondos suficientes para hacerlo efectivo, o cuando careciere de autorización expresa para librar al descubierto;

1o.) El que librare un cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto;

2o.) El que diere contraorden para el pago de un cheque librado por él, sin causa razonable manifestada al banco por escrito, o frustrare maliciosamente su pago;

2o.) El que librare un cheque y diere contra orden para su pago, sin causa razonable manifestada al banco por escrito, o frustrare maliciosamente su pago;

3o.) El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización legal para ello;

3o.) El que librare un cheque que en formulario ajeno, sin tener autorización legal para ello;

Quando el libramiento irregular del cheque a que se refieren los ordinales anteriores configure alguno de los tipos de estafa, se aplicará las disposiciones de tal delito.

Quando el libramiento irregular del cheque a que se refieren los numerales anteriores configure alguno de los tipos de estafa, se aplicarán las disposiciones de tal delito.

En los casos de este artículo la acción penal procede solamente por denuncia o acusación de la persona agraviada, quien podrá intentarla después de los tres días subsiguientes al del protesto.

En los casos de este artículo la acción penal procede solamente por denuncia o acusación de la persona agraviada, quien podrá intentarla después de los tres días subsiguientes al del protesto.

Si el librador o endosante hubiere satisfecho el valor del cheque antes de haberse iniciado procedimiento judicial o durante el curso del juicio antes de la sentencia de primera instancia, no incurrirá en pena alguna.

Si el librador o endosante hubiere satisfecho el valor del cheque antes de haberse iniciado procedimiento judicial o durante el curso del juicio antes de la sentencia de primera instancia, no incurrirá en pena alguna.

En cuanto al primer inciso, en ambas redacciones se establece la pena aplicable a tal delito; pero por ser primera vez que esta conducta es tipificada en una forma especial en nuestro código penal, debiera dejarse un mayor margen al Juez para el establecimiento de la pena; pues debe recordarse a la vez que solo se está sancionando el hecho simple del giramiento de cheque sin fondos, por lo cual debe imponerse a esa conducta, pena de prisión que fluctúe entre un mes y un año.

El primer numeral en ambas redacciones comienza diciendo: "El que librare", expresión desde luego, con la cual estamos de acuerdo; pues se trata de sancionar únicamente al librador del cheque en todas las hipótesis comprendidas en el artículo. Librar un cheque equivale a emitirlo, o sea, expedir un documento en que concurren los elementos exigidos por el artículo 793 de nuestro Código de Comercio; pero a veces resulta que falta alguno de éstos requisitos formales; y entonces, podría decirse que ese documento en esas condiciones, no es un cheque; y por lo tanto, no puede cometerse el delito que estamos comentando. Lo que sucede es que la ley penal ordinariamente comprende en sus descripciones típicas referencias a figuras concretas de instituciones de Derecho Privado, no tomando íntegramente el concepto que esas leyes dan a dichos institutos. Por ello es que dentro de los casos contemplados en el artículo que estamos comentando, el del numeral tercero que sanciona al que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello. Se puede observar claramente, que la persona que comete este delito,

carece de cuenta corriente, está desprovisto de chequera, no está autorizado por el banco librado; a pesar de todo esto, el documento expedido en esas condiciones, será para la ley penal un cheque.

Prosigue el numeral primero de la redacción original del artículo diciendo: el que librare "en cualquier concepto", frase con la cual, no estamos de acuerdo, por cuanto, al Código Penal no le interesa la acción causal, o sea, la causa por la cual se extendió el cheque, por ello, consideramos esa frase redundante; y debe decir únicamente: "El que librare un cheque"; por eso, en la nueva redacción del artículo no aparece la frase mencionada.

En el mismo numeral en su redacción original se emplea la expresión: "a sabiendas". Hemos sostenido anteriormente que éste delito es eminentemente doloso; y con la expresión, a sabiendas, se da a entender que el delito puede cometerse culposamente, lo cual, viene a derrumbar la garantía que debe darse al cheque, por lo cual, debe desaparecer esa expresión de la hipótesis normativa; así lo comprendieron nuestros legisladores; y en la nueva redacción del artículo no aparece la expresión mencionada.

Al final de este numeral, en ambas redacciones, se comprende el caso en que el librador emite el cheque sin fondos careciendo de autorización expresa para girar al descubierto. A nuestro modo de ver, este caso, debe quedar en otro numeral en que se comprendan todos los casos de autorización por parte de la institución librada.

Para salvar las críticas mencionadas proponemos que este numeral sea redactado de la siguiente manera: Art. 372..... 1o.) El que librare un cheque sin provisión de fondos para hacerlo efectivo. Según esto, no comete delito el librador que al momento de girar el cheque carezca de fondos; pero si los tiene al momento de hacerlo efectivo; por otra parte, sí cometería delito el librador que emite un cheque teniendo cuenta cerrada, pues carece de fondos; como también comete delito el librador que extiende un cheque teniendo fondos; pero no los suficientes para hacer efectivo el documento.

Al numeral segundo se le dió una redacción más adecuada; pero sustancialmente comprende los mismos casos; proponemos que este numeral quede redactado de la manera siguiente: Art. 372..... 2o.) Al librador que frustrare maliciosamente el pago del cheque. Aquí quedan comprendidos, el caso en que el librador diere contra orden para el pago de un cheque librado por él, sin causa razonable manifestada al banco por escrito; también el caso en que el librador del cheque disponga de los fondos antes de que transcurra el plazo de presentación del mismo; y los casos en que de cualquier forma se tratara de invalidar el cheque, como por ejemplo cuando el girador hace ostensiblemente diferente la firma puesta en el documento, etc....."

En cuanto al numeral tercero, no sufrió modificación sustancial; pues si bien es cierto, que en la redacción original aparece la expresión "Autorización legal", en la nueva redacción desaparece la palabra legal; por considerar que esta es una simple autorización que el ban-

co concede a sus cuentahabientes, que no merece el calificativo de legal; pero de todas maneras, este numeral debiera redactarse así: Art. 372..... 3o.) Al librador que carezca de autorización para expedir cheques a cargo del librado. Aquí se comprende al que librare un cheque en formulario ajeno, también al librador que no esté autorizado para girar en descubierto. Aunque algunos sostienen que por ser estas autorizaciones de naturaleza diversa, deben ocupar numerales distintos.

Por lo que atañe al inciso segundo sólo se modificó la palabra "ordinal" por la de "numeral"; lo cual, no altera el contenido del inciso; y en cuanto a la sustancia del mismo nos parece muy justa; pues puede suceder que al cometer este delito, también se cometa el delito de estafa y deberá aplicarse las disposiciones de tal delito.

Por lo que se refiere al tercer inciso, éste no sufrió modificación alguna; pero nos parece que existe una contradicción, pues el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos fue creado para tutelar intereses colectivos, así lo comprendieron nuestros legisladores al ubicar este delito en la tercera parte del Segundo Libro del Código Penal que trata de los "DELTOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD"; con todo, se deja la iniciación del procedimiento al arbitrio del beneficiario del cheque; pues solo puede iniciarse, cuando esta persona denuncia o acuse tal infracción penal ante el Juez competente, sin embargo por ser primera vez que se contempla esta figura delictiva en el Código Penal y concedores de la

realidad social nuestra, estamos de acuerdo que se deje en esa forma, con el objeto de apreciar, si esta situación, se adapta en forma real a las circunstancias que estamos viviendo; pues en un futuro, deberá este delito, perseguirse de oficio.

Por otra parte, este mismo inciso autoriza a la persona agraviada para intentar la acción después de los tres días subsiguientes al del protesto, situación esta identificada con lo que los doctrinarios del derecho penal llaman Condición Objetiva de Penalidad, y siendo que el protesto no tiene nada que ver con la tipificación del delito, solamente con la acción penal, debe considerarse, una condición objetiva de penalidad procesal.

El cuarto y último inciso tampoco sufrió modificación; y en el cual se contempla otra situación en que se observa que el interés individual priva sobre el interés social; pues se establece una excusa absolutoria al manifestar que si el librador o endosante satisface el valor del cheque antes de iniciarse el procedimiento judicial o ya iniciado, pero antes de la sentencia de primera instancia, no incurrirá en pena alguna. Debemos desde luego, comulgar con esta situación por la idiosincracia de nuestro pueblo en cuanto al funcionamiento que ha tenido anteriormente este título valor llamado cheque. Pero no estamos de acuerdo, en que el endosante pueda cancelar el cheque; y librar con ello, de la sanción al girador; pues el que comete el delito es el librador; y solo el puede demostrar la buena fe de su acción para po-

der gozar del beneficio de la excusa absolutoria.

Por las razones anteriores, proponemos que el artículo quede redactado de la siguiente manera:

CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

Art. 372. Será sancionado con prisión de un mes a un año:

1o.) El que librare un cheque sin provisión de fondos para hacerlo efectivo;

2o.) Al librador que frustrare maliciosamente el pago del cheque;

3o.) Al librador que carezca de autorización para expedir cheques a cargo del librado.

Cuando la conducta a que se refieren los numerales anteriores configure alguno de los tipos de estafa, se aplicará las disposiciones de tal delito.

En los casos de este artículo la acción penal procede solamente por denuncia o acusación de la persona agraviada, quien podrá intentarla después de los tres días subsiguientes al del protesto.

Si el inculpado hubiere satisfecho el valor del cheque antes de haberse iniciado procedimiento judicial o durante el curso del juicio antes de la sentencia de primera instancia, no incurrirá en pena alguna.

CAPITULO IV

LEGISLACION COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

1. LEGISLACION COMPARADA

Hoy en día son varias las legislaciones que contemplan en sus codificaciones el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos; pero han sido dos las primeras que surgieron regulando esa conducta; y que han servido de base a las nuevas legislaciones en esa materia, nos referimos a la legislación argentina y a la legislación mexicana.

(a) Legislación argentina. En el Código penal de Argentina aparece que al título de los "DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA", le agregaron el capítulo VI compuesto por un solo artículo, en el cual, se castiga el libramiento de cheque sin provisión de fondos, al decir lo siguiente: "Art. 302. Será reprimido con prisión de uno a seis meses, el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren las circunstancias del Art. 172, un cheque o gire 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"; a las circunstancias que se refiere este artículo son las del Art. 172 que a la letra dice: "Art. 172. Será reprimida con prisión de un mes a seis años al que defraudare a otro

con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

Como se puede apreciar en la legislación argentina no se regula claramente el caso en que el girador del cheque frustra el pago del documento después de haberlo emitido, como cuando se da contraorden para el pago del cheque sin una causa razonable manifestada a la institución librada o cuando el girador dispone de los fondos antes de que transcurra el plazo de presentación del cheque, o cuando el cheque se invalida por cualquier causa imputable al mismo girador como cuando el librador hace ostensiblemente distinta la firma, de la que tiene la institución librada en sus registros y por esa razón se niega a cancelar el documento.

Por otra parte, se menciona en el artículo un término de veinticuatro horas para cancelar el cheque después de haber sido protestado; éste término de gracia junto con el protesto vienen a resultar entonces; como elementos típicos del delito, lo cual, muchos teóricos del derecho penal no lo aceptan, solamente se consideran como conductas previas para iniciar el procedimiento, que no tienen ingerencia, en cuanto a la tipificación del delito, por ello, al analizar nuestra legislación sostuvimos que el protesto era una condición objetiva de penalidad; y la

cancelación del valor del cheque, en el término que se menciona en nuestra legislación, era una excusa absoluta.

Por esas y muchas razones más la codificación argentina alteró sustancialmente la descripción de esa conducta; y actualmente aparece redactado el artículo mencionado de la siguiente manera: "Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurren las circunstancias del Art. 172.

1) El que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las 24 horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.

2) El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

3) El que librare un cheque y diere contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago.

4) El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización".

El primer inciso nos trae un cambio sustancial en cuanto a la aplicación de la pena; pues anteriormente el máximo era seis meses y actualmente se considera esa sanción como la mínima y se determinó la máxima en cuatro años, acompañada de otra sanción accesoria como lo es la inhabilitación especial de uno a cinco años. Desde luego, a nosotros nos parece esta legislación, en cuanto a la pena se refiere, excesivamente rigorista.

El primer numeral contiene la regulación del simple libramiento, o sea, el único caso que se contemplaba en forma clara en la redacción antigua de este artículo; siendo además el caso que responde en toda su amplitud al delito; pues los teóricos del derecho lo llaman "Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos". Por otra parte, hay que hacer notar que este caso no sufrió alteración sustancial en cuanto a su redacción.

El segundo numeral comprende el caso en que aún existiendo fondos, la institución librada se encuentra en la imposibilidad legal de hacer el pago. Esto sucede cuando el librado tiene conocimiento de que el comerciante librador del cheque se encuentra en estado de quiebra; pero según la redacción del artículo se exige además de que la conducta del librador sea "a sabiendas" de que a la presentación del documento no podrá legalmente ser pagado.

En la legislación salvadoreña este caso podría quedar comprendido en el numeral primero del artículo

372 Pn., considerando que los fondos que tiene el girador, en esas condiciones, no son en realidad una provisión; pues el código penal se refiere en este aspecto, a lo que el código de comercio llama en su artículo 795 último inciso fondos disponibles; y dice que son aquellos que exclusivamente puede el librador disponer por medio de cheques; de no poderlo hacer así, no deben esos fondos considerarse como una provisión. Nosotros en este trabajo, para evitar esas interpretaciones proponemos que el numeral exprese simplemente: "El que librare un cheque sin provisión de fondos para hacerlo efectivo"; es decir, que si existen fondos en la institución librada; pero no puede hacerse efectivo el cheque con ellos, se comete el delito que estamos comentando.

El tercer numeral del artículo de la legislación argentina, comprende el caso que se denomina bloqueo del cheque, esto resulta cuando después de emitido el cheque se da una contraorden sin causa razonable manifestada a la institución librada, con el único objeto de que el cheque girado no sea pagado.

El cuarto numeral comprende el caso llamado de formulario ajeno, algunos autores sostienen que con esta conducta pareciera que dejarían impune el hecho de extender el cheque en formulario ajeno; pero con autorización del librador; lo cual, no puede ser en ningún momento cierto; pues el único que puede autorizar para expedir cheques en su contra es la institución librada.

(b) Legislación Mexicana. En la codificación penal mexicana no existe un artículo en la parte especial del código penal que regule esta situación, sin embargo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos aparece un artículo que dice: "Art. 193. El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasionare. En ningún caso, la indemnización será menor del 20% del valor del cheque. El librador sufrirá además la pena del fraude si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

Sobre esta forma de regular esta conducta hubo discusión, en el sentido de apreciarlo o no como delito; pero ha prevalecido, tanto en la cátedra como entre los jueces y magistrados del poder judicial mexicano, el criterio de considerar que por esta disposición se ha creado un delito especial con estructura propia y autónoma.

Lo cierto es que, por estar creada esta figura delictiva fuera del código penal, para la aplicación de la pena tuvo que referirse a este último cuerpo de leyes, y así se dijo que la pena aplicable al girador del cheque que se encuentre en las condiciones descritas por el Artículo 193, será la misma pena aplicable al fraude, que como se sabe es un delito contra el patrimonio; y por lo

cual, la pena resulta demasiado severa, si se toma en cuenta que lo sancionado es únicamente la conducta del girador cuando emite un cheque sin provisión de fondos, sin necesidad de sufrir, desde luego, un perjuicio en el patrimonio, como lo dejamos anotado, cuando analizamos esta situación en nuestro Código Penal.

Por otra parte, en el artículo en comento, no se habla de oportunidad de pagar el cheque, cuando se emite por descuido; y por el contrario se habla de una indemnización, que no deberá ser menor al 20% del valor del cheque; lo que nos parece muy rigorista.

Pero lo importante es que esta situación, en México ha dado excelentes resultados; y se ha logrado con ello, darle una verdadera garantía penal a la emisión y circulación del cheque; y por lo cual, en ese país, el cheque circula con mucha facilidad.

2. JURISPRUDENCIA

En cuanto al delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, no encontramos en nuestra vida judicial sentencias que se refieran a esa conducta, porque no existía en nuestro código penal un artículo que contemplara esa situación; pero también dejamos establecido anteriormente, que nuestros jueces asimilaban esta conducta al delito de estafa; sin embargo en ningún caso se pudo comprobar el delito de estafa en que interviniera un cheque sin provisión de fondos; y es así que revisando el índice

de jurisprudencia judicial entre los años de 1930 a 1951 encontramos en ese período una sola sentencia, publicada en la Revista Judicial número XXXVII en la Página 289 con fecha 21 de septiembre de 1933, en que se confirma un sobreseimiento dictado por el Juez Segundo de Primera Instancia de lo Criminal de San Salvador, en el cual se sostiene que entregar el cheque en respaldo de una obligación no constituye delito de estafa, por faltar un elemento esencial del delito mencionado, como lo es, el engaño.

Por otra parte, por no haberse publicado en revistas judiciales sentencias atinentes al punto que estamos tratando, nos impusimos la tarea de buscar en los expedientes que al efecto se llevan en los distintos tribunales de San Salvador; y encontramos dos sentencias en el Juzgado Quinto de lo Penal de esta ciudad, y que consideramos importantes, por cuanto, el Juez de lo Penal mencionado encontró suficiente prueba para elevar a plenario las causas, sometiéndolas posteriormente al conocimiento del Tribunal de Conciencia; y en ambos casos el Tribunal del Jurado absolvió a los procesados. Pero al conocer en consulta las sentencias mencionadas, la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro resolvió en ambas situaciones, declarar nulo el veredicto del Tribunal del Jurado y en consecuencia nula la sentencia definitiva, revocando el auto de Elevación a Plenario y ordenando sobreseer en el procedimiento al imputado. Por no haberse comprobado el cuerpo del delito en ambos casos.

A continuación, para que se pueda apreciar la

forma de pensar de nuestro jueces y magistrados copiamos íntegramente las sentencias a que se ha hecho referencia.

D O C T R I N A 1/

I. La sola entrega de un cheque en respaldo de una obligación, sin que haya habido engaño fraudulento de parte del librador, no constituye estafa.

II. Para apreciar que hubo tal engaño fraudulento, es necesario la concurrencia de ciertas circunstancias que lo revelan de modo indubitable, tales como éstas:

- a) Que el que da el cheque sea el dueño del talonario en cuya hoja se ha extendido;
- b) que el deudor haya hecho creer a su acreedor de manera dolosa, que tiene fondos en el banco que suministró el talonario;
- c) que en vista de ese engaño, el acreedor hubiera entrado en las negociaciones que originaron la expedición del cheque;
- d) que al tratar de hacer efectivo el cheque, no se hubieran encontrado en el Banco respectivo, los fondos necesarios para cubrirlo.

III. No existiendo tales comprobaciones en el sumario, el cuerpo del delito de estafa, no está comprobado y el sobreseimiento se impone.

1/ Revista Judicial No. XXXVIII, 21 Oct/1933, Pág. 289.

"CAMARA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: San Salvador, a las diez horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Vistos por apelación del auto del Juez Segundo de Primera Instancia de lo Criminal de este distrito, pronunciado a las quince horas del veinte de abril próximo pasado, en la causa instruída contra el Capitán Mayor Héctor Manuel Torres, por estafa de dinero a don Francisco Ayala; auto que resuelve lo siguiente: "Se ha depurado este informativo sin llegarse a comprobar plenamente el cuerpo del delito de estafa; pues de la prueba recibida se desprende que el hecho investigado en esta causa constituye mas bien una obligación civil; En consecuencia, de acuerdo con la opinión emitida por el señor Fiscal y con fundamento en el artículo 181 fn. 2a. I., sobreséese en el procedimiento en favor del reo Héctor Manuel Torres por el delito de estafa de ochocientos cincuenta colones a don Francisco Ayala, dejando a éste su derecho a salvo para que lo haga valer ante los tribunales correspondientes. Consúltese esta resolución con la Honorable Cámara respectiva si no se apelare".

Estudiado el proceso, y

Considerando: que en opinión de esta Cámara, el informativo se ha depurado suficientemente, y no se ha logrado la comprobación plena del cuerpo del delito de estafa acusado.

La sola entrega de un cheque es respaldo de una obligación, sin que haya habido engaño fraudulento de parte del librador, no constituye estafa. Según consta del proceso, efectivamente el acusado señor Torres, extendió en favor del señor Ayala un cheque para garantizar obligaciones personales suyas; pero no hay prueba de que al dar ese cheque lo haya hecho haciendo creer al acreedor que tenía fondos en el Banco contra el cual fue librado, pues el hecho de haber suministrado Ayala la hoja del talonario para que el cheque fuera extendido, presupone el conocimiento de parte del mismo Ayala de que Torres no tenía fondos, e implica más bien un medio que el creyó conveniente, de asegurar de esa manera la obligación con él contraída, sin duda por la opinión errada de que extendiendo el cheque quedaría al no cumplir el deudor, responsable del delito de estafa. Véanse declaraciones de Víctor Manuel Sevilla, Alfonso José Espinoza y José Dolores Espinoza.

Para apreciar en contra del acusado, el libramiento del cheque, o sea para estimar que de su parte hubo el engaño fraudulento, como elemento típico de la estafa, sería necesario la comprobación de estas circunstancias:

(a) Que el señor Torres era dueño del talonario a que la hoja del cheque se refiere;

(b) Que hubiera hecho creer a su acreedor señor Ayala de esa manera, que tenía fondos en el banco que suministró dicho talonario;

(c) Que en vista de ese engaño el señor Ayala hubiera accedido a entrar en las negociaciones que originaron la expedición de ese cheque; y

(d) Que al tratar de hacer efectivo dicho cheque, no se hubieran encontrado los fondos necesarios para cubrirlo en la Institución Bancaria contra la cual fue librado.

Pero, como se ha dicho, no hay comprobación de lo apuntado, y sí la hay, de que el cheque No. 24222, agregado a fojas 13 del juicio, correspondía al talonario de cheques entregado a la firma "J. F. Espinoza y Cía" (fojas 96), y que la hoja en que fue extendido aquél fue suministrada por el propio señor Ayala, lo cual también da fundamento a sospechar, de que este mismo, al aceptar el cheque en tales condiciones, lo hizo porque así se creyó más bien garantizado que con otro documento de constancia, de la obligación a su favor y no porque Torres se haya formado la ilusión fraudulenta de que tenía fondos en el banco para responderle de su crédito, y que por esa creencia él haya aceptado el cheque.

Considerando: que por lo expuesto debe confirmarse el auto apelado.

Por Tanto: de acuerdo con los Arts. 469, 470, 474 y 596 I., dijeron: Confírmase la resolución apelada entendiéndose que el sobreseimiento es con la restricción de ley; y se condena al acusador en las costas de ambas instancias.

Devuélvase la causa al Juzgado de su origen con la correspondiente certificación.

Ponente: Dr. Chávez,
Osorio, Chávez.

Pronunciada por los señores Magistrados que la suscriben. Const. Villacorta.

2/

EL INFRASCRITO SECRETARIO DE CAMARA, C E R T I F I C A:
del incidente de consulta respectivo, la sentencia y auto que literalmente dicen: "CAMARA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS DIEZ HORAS DEL DIA DIECINUEVE DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS. Vistos en consulta de la sentencia definitiva pronunciada por el Juez Quinto de lo Penal a las ocho horas del quince de junio próximo pasado, en el juicio criminal instruido contra el reo ausente GUILLERMO HERRERA ALAS, de generales ignoradas, por el delito de estafa en perjuicio patrimonial de la Sociedad "Ferretería Costte, Sociedad Anónima", de esta plaza; hecho ocurrido el veintisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, en esta ciudad capital. En el fallo se absuelve al reo de la acusación fiscal, de

2/ Sentencia que aparece a fs. 102 a 104 de la causa criminal instruida por el Juzgado 5o. de lo Penal de San Salvador, en contra del reo ausente Guillermo Herrera Alas, por el delito de estafa en perjuicio patrimonial de la Sociedad "Ferretería Costte, S. A." de esta plaza, hecho ocurrido el 27/12/69 en San Salvador.

toda pena y del pago de costas procesales por el delito imputado. Han intervenido en el juicio, en primera instancia, los bachilleres Juan José Jaime Portal, Rigoberto Castillo Arévalo y Rubén Godofredo Ramírez Salguero; éste como defensor del reo y los otros como Fiscales del Jurado. Todos son mayores de edad, estudiantes de Derecho y de este domicilio.----- LEIDOS LOS AUTOS: Y, CONSIDERANDO: I. Con las pruebas que relaciona en su sentencia, el Juez estimó haberse comprobado plenamente el cuerpo del delito y la delincuencia del reo, por lo que elevó la causa a plenario, sometiénola al conocimiento del Jurado, Tribunal que a fs. 77 emitió veredicto de inculpabilidad a favor del reo, basado en el cual el Juez pronunció sentencia absolutoria.-----II. En relación al cuerpo del delito, esta Cámara hace las siguientes consideraciones: La señora Angela Danioni de Costte, en carácter de representante legal de "Costte, S. A.", denunció criminalmente al indiciado Guillermo Herrera Alas porque éste entregó al Jefe de Cobros de la sociedad un cheque por valor de dos mil colones contra el Banco de Comercio de El Salvador, el que no fue pagado por carencia de fondos. Se ha establecido con el cotejo de letras que la firma puesta en el cheque corresponde al indiciado. Han declarado en el juicio estos testigos: Salvador Alvarado Argueta, a fs. 17, dijo que en horas de la mañana del veintisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve llegó Guillermo Herrera Alas a dejarle un cheque por dos mil colones, el que entregó al declarante, ya que desempeña el cargo de Jefe de Cobros de dicha oficina, entrega que se debió a que dicho señor "te-

nía una cuenta pendiente con la oficina donde trabaja el dicente". Que el cheque no fue pagado porque dicho señor no tenía fondos, y que la deuda que tenía pendiente Herrera Alas con "Costte, S. A." era de mercadería que le había dado dicha ferretería. En la ampliación de fs. 37 dicho testigo manifestó que el cheque lo firmó Herrera Alas en el mismo almacén, en el momento en que se hizo el negocio de mercaderías de materiales de construcción, manifestando dicho señor que le urgía dicha mercadería y que se la fueran a dejar pronto; que con anterioridad Herrera Alas había tenido relaciones comerciales con la ferretería, pero solo de compras en efectivo, no recordando si alguna vez ese señor compró con cheques. Jorge Alberto Hernández, fs. 18, presencié cuando el reo hizo entrega del cheque a Salvador Alvarado Argueta, el que extendió "porque tenía una cuenta pendiente" por mercadería. Julio Ovidio Zeledón presencié el momento de la entrega del cheque; y Alfredo González Zepeda, fue el encargado de presentar el cheque a cobro, manifestó que no le fue pagado por falta de fondos. Son elementos constitutivos del delito de estafa la defraudación, o sea perjuicio en el patrimonio, y el engaño. Se ha probado plenamente que el reo entregé un cheque por valor de dos mil colones a favor de la entidad ofendida, el que no fue hecho efectivo por carencia de fondos. Conforme lo declarado inicialmente por Salvador Alvarado Argueta y Jorge Alberto Hernández, el reo cancelaba por medio de cheques una cuenta que tenía pendiente con el almacén. Únicamente el testigo Argueta manifestó, en su segunda declaración, que el cheque fue entregado por el reo en el mismo momento en

que hizo el negocio de mercaderías de materiales de construcción. Los restantes testigos no hacen mención de esa circunstancia, de suyo fundamental, pues la extensión del cheque que podría haber influido en el ánimo de los empleados de "Costte, S. A." para entregar la mercadería. Pero de tal suceso solamente existe lo declarado por el testigo Argueta, la que sólo tiene valor de semiplena prueba, y siendo necesaria la plena prueba del engaño, ya que es uno de los elementos que conforman el cuerpo del delito de estafa, genéricamente considerado, la causa no pudo ser legalmente elevada a plenario. Por otra parte no consta en el juicio que la entidad ofendida haya entregado al indiciado algún atestado por el cual declárase cancelada la obligación comercial a cargo del reo. Con base en lo expuesto cabe concluir que no se ha establecido a plenitud el cuerpo del delito imputado. Y habiendo sido sometida la causa al jurado con ese vicio, se tiene que el veredicto dictado por el Jurado es nulo de acuerdo con el número 10 del Art. 270 I., y como una consecuencia, nula también la sentencia que en él se apoya. A más de hacer esas declaratorias habrá que revocar el auto de elevación a plenario y sobreseer a favor del reo con base en el Art. 181 No. 2o. I. POR TANTO: por las razones expuestas, disposiciones citadas y los Artículos 468 y 474 I., a nombre de la República, dijeron: Declárase nulo el veredicto constante a fs. 77 y nula también la sentencia definitiva de que se conoce. Revócase el auto de elevación a plenario y sobreséese con restricciones a favor del reo GUILLERMO HERRERA ALAS por no haberse comprobado plenamente el cuerpo del delito imputado. Levántense las órdenes de captura giradas contra el reo, sin

necesidad de fianza.----Enmendado-horas-indicado-Vale.--Po-
nente: Dr. ZAVALAETA---- J.S. Cárdenas.---- J.S. Zavaleta.--
PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.--
Manuel Alas S.-----CAMARA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SEC-
CION DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS OCHO HORAS Y CUARENTA
Y CINCO MINUTOS DEL DIA VEINTISIETE DE JULIO DE MIL NOVE-
CIENTOS SETENTA Y DOS. No habiéndose interpuesto ningún re-
curso de la sentencia anterior dentro del término legal, de-
clárase ejecutoriada. Devuélvase el proceso al Juzgado de
origen, con certificación de dicha sentencia y de la presen-
te resolución.-----Cárdenas-----ZAVALAETA-----PRONUNCIA-
DO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN. MANUEL ALAS
S."

3/

EL INFRASCRITO SECRETARIO CERTIFICA: Del incidente respecti-
vo la sentencia y el auto que literalmente dice: ""CAMARA
SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: San
Salvador, a las ocho horas del dieciocho de febrero de mil
novecientos setenta y cuatro. Vistos en consulta de la sen-
tencia definitiva absolutoria pronunciada por el Juez Quinto
de lo Penal de este Distrito, a las ocho horas del diecinue-
ve de junio de mil novecientos setenta y dos, en el juicio
criminal ordinario seguido de oficio contra Joaquín Alfredo
Cortez Rivera, de cuarenta y dos años de edad, casado, em-
pleado, originario y vecino de esta ciudad, hijo de Joaquín

3/ Sentencia que aparece a fs. 94 a 95 de la causa criminal
instruida por el Juzgado Quinto de lo Penal de San Salva-
dor, en contra de Joaquín Alfredo Cortez Rivera, por el
delito de estafa en perjuicio patrimonial de la señora
María Teresa de Jesús Ramos de Amaya, hecho ocurrido el
29/12/71 en San Salvador.

Rivera y Hortensia Cortez por el delito de estafa en perjuicio patrimonial de la señora María Teresa de Jesús Ramos de Amaya, de cincuenta y cuatro años de edad, de oficios domésticos, originaria y vecina de esta ciudad. El hecho ocurrió el día veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y uno en esta ciudad, y en el fallo se absuelve al procesado de toda pena, de la acusación fiscal y del pago de costas procesales. Han intervenido en el juicio los bachilleres Rigoberto Castillo Arévalo y Elías Hernández y los doctores Manuel Adán Mejía Rodríguez y Reynaldo Anibal Aguilar; el primero como Fiscal del Jurado y el resto como defensores del indiciado. Todos mayores de edad, y de este domicilio, estudiantes de derecho los dos primeros y abogado los dos últimos. LEIDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO: I. En opinión del Juez, y tal como lo consigna en su sentencia, tanto el cuerpo del delito de estafa como la delincuencia del reo se establecieron plenamente con la declaración del indiciado que corre agregada a fs. 23-24 y con las declaraciones de los testigos Zulema Soriano Hernández, de fs. 16 y Marta Margarita Montes, de fs. 17. Con base en tales probanzas el Juez elevó la causa a plenario por auto de fs. 40 y realizados los trámites correspondientes la sometió a conocimiento y decisión del Tribunal del Jurado, el cual a fs. 75 emitió un veredicto absolutorio a favor del indiciado. Dicho veredicto ha servido de base para dictar la sentencia consultada. II. Este Tribunal estima que con las pruebas que obran en el juicio no se establece delito alguno, pues lo que se ha llamado confesión del reo no es tal, dado que en ella no hay nada que se vuelva en contra de él, o sea que en su declaración no aparece la aceptación o el reconocimiento expre-

so de la perpetración de un delito. Por otra parte, los testigos que el Juez estima de cargo, de lo que dan fe es que el reo entregó un cheque en pago de una obligación sin dar señales de que el librador, o sea el reo, haya hecho creer a su acreedora de manera dolosa que tenía fondos en el banco ni sobre que por ese engaño dicha acreedora hubiera entrado en las negociaciones que originaron la expedición del cheque. Muy al contrario la prueba existente en el proceso con los recibos presentados por la ofendida y agregados a fs. 9, 10, 11 y 12 y declaraciones de los testigos de fs. 34 y 35, se establece una obligación civil incumplida. No siendo la sola entrega de un cheque en respaldo de una obligación, delito, se estima que en el presente caso el Juez debió haber sobreseído en el procedimiento en carácter definitivo, en razón de lo dispuesto en el Art. 181 No. 1 I.; no habiéndolo hecho así al elevar la causa a plenario y someterla posteriormente al Tribunal del Jurado se contravino lo ordenado en el Art. 270 No. 10 I., lo cual acarrea nulidad del veredicto y de la sentencia basada en dicho veredicto; por lo que este Tribunal debe declarar dichas nulidades, revocar el auto de elevación a plenario y sobreseer en el procedimiento con carácter definitivo a favor de Joaquín Alfredo Cortez.-----POR TANTO: por las razones expuestas, disposiciones citadas y Arts. 468 y 471 I., DIJERON: Decláranse nulos el veredicto de fs. 94 y la sentencia en él fundamentada de fs. 78 y sig. Revócase el auto de elevación a plenario de fs. 40. Sobreseése en el procedimiento con carácter definitivo a favor de Joaquín Alfredo Cortez. Continúe el reo en la libertad en que se encuentra sin necesidad de fianza. Cancélese la rendida a fs. 77.---Enmendado-confe-

sión-Vale.-----Díaz Sol.-----Reyes-----Rubricadas.-----
Pronunciada por los señores Magistrados que la suscriben. J.
M. Quintana, Srío. Rubricadas.-----"""CAMARA SEGUNDA DE LO
PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: San Salvador, a las
ocho horas y veinte minutos del cinco de marzo de mil nove-
cientos setenta y cuatro. No habiéndose interpuesto ningún
recurso de la anterior sentencia interlocutoria definitiva,
dentro del término legal, pronunciada a favor de Joaquín Al-
fredo Cortez, por estafa en perjuicio patrimonial de María
Teresa de Jesús Ramos de Amaya, declárase ejecutoriada. De-
vuélvase el proceso al Juzgado de su origen, con certifica-
ción de dicha sentencia y de la presente resolución.-----
Díaz Sol.-----Reyes-----Rubricadas. Pronunciada por los
señores Magistrados que la suscriben. J. M. Quintanilla,
Srío.-----Rubricadas."""

NOTA: Cuando se lea la palabra título valor, debe leerse
títulovalor.

B I B L I O G R A F I A

- ALFARO ARROYO, Víctor Manuel: "Aspectos Penales del Cheque"
Tesis de grado Universidad de
Costa Rica.
- ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "Lecciones de Derecho Penal"
Publicaciones de la Corte Su-
prema de Justicia, San Salva-
dor, El Salvador, C. A.
- ARRIETA GALLEGOS, Manuel: "El Nuevo Código Penal Salvado-
reño" San Salvador, El Salva-
dor, C. A. 1973.
- BACIGALUPO, Enrique: "Estudios Jurídicos Penales so-
bre Insolvencia y Delito" Edi-
ciones de Palma, Buenos Aires,
1970.
- CABANELLAS, Guillermo: "Diccionario de Derecho Usual"
4 tomos, Bibliográfica OMEBA,
1968.
- CORDOVA, Enrique: "El cheque sin provisión de
Fondos" Revista de Ciencias
Jurídicas y Sociales de 1948.
Nos. 7 al 12, Pág. 327.

- CUELLO CALON, Eugenio: "Derecho Penal" Tomo I y II Parte General y Especial publicado BOSCH, casa Editorial Urgel, 51 bis, Barcelona 1956.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José: "El Cheque" Editorial Porrúa S. A. Avenida República Argentina 15, México 1970.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis: "La Ley y el Delito" Editorial Hermes Buenos Aires, 1954.
- LABATUT GLENA, Gustavo: "Derecho Penal" Tomo II Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile 1964.
- LARA VELADO, Roberto: "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil" Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, C. A.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: "Curso de Derecho Penal Chileno" Tomo I y II de la Parte General, Editorial Jurídica de Chile 1966.
- ODERIGO, Mario: "Código Penal Anotado" Editorial Jurídica, Buenos Aires Avenida 5 de Mayo 1035 de 1942

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil"
Tomo I. Librería de Porrúa
Hnos. y Cía. México, D. F. 1972

SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino" 5 To-
mos. Edit. Tipográfica Editora
Argentina, Buenos Aires 1973.

PROYECTO DE COGIDO PENAL SALVADOREÑO DE 1960

CODIGO PENAL DE 1904

CODIGO PENAL DE 1974

CODIGO DE COMERCIO

CODIGO CIVIL

LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE

INTRODUCCION	1
--------------	---

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL CHEQUE

1. Esbozo histórico del Cheque	4
2. Naturaleza Jurídica del Cheque	6
3. Relaciones Jurídicas entre Librador, Librado y Tenedor	15
4. Distintas Clases de Cheques y sus Respetivos Requisitos	22
5. Irregularidad de los Requisitos Formales	28

CAPITULO II

DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

1. ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO	
(a) Terminología	31
(b) Concepto de Resultado	33
(c) Conducta y Resultado en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	37
(d) Clasificación del delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos en Orden a la Conducta	38
(e) Clasificación del Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos en Orden al Resultado	40
(f) Relación Causal entre Conducta y Resultado	42
(g) Ausencia de Hecho	46

2.	ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO	
	(a) Tipicidad	49
	(b) Elementos típicos en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	51
	(c) Elementos Subjetivos del Tipo en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	59
3.	ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION	
	(a) Concepto de Daño y de Peligro	62
	(b) El Libramiento de cheque sin Provisión de Fondos es un delito de Peligro	64
	(c) Antijuridicidad en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	65
	(d) Las Causas de Justificación en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	68
4.	CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD	
	(a) Formas de la Culpabilidad	72
	(b) El Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos es Doloso	73
	(c) Especies de Dolo en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	78
	(d) Causas de Inculpabilidad en el Delito de Libramiento de Cheques sin Provisión de Fondos	80
5.	PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	
	(a) La Pena en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	86
	(b) Excusas Absolutorias en el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	88

6. DELITO IMPERFECTO Y PARTICIPACION DELICTUOSA	
(a) Delito Imperfecto	88
(b) Participacion Delictuosa	92
(c) Concurso de Delitos	93

CAPITULO III

DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

1. Tratamiento anterior de este Delito	98
2. Finalidad Perseguida por el Legislador Salvadoreño al crear el Delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondos	102

CAPITULO IV

LEGISLACION COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

1. Legislación Comparada	113
2. Jurisprudencia	119

BIBLIOGRAFIA	133
--------------	-----