

16.096  
135CH  
4CS  
179

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

094570  
57.4

---

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

# **El Cheque sin Provisión de Fondos**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

*Miguel Alfonso Linares*

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1979.

---

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

RECTOR: DR. EDUARDO BALDIÀ SERRA  
FISCAL GENERAL: DR. MIGUEL CARIAS DELGADO  
SECRETARIO GENERAL: DR. JORGE FERRER DENIS.

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES:

DR. ROBERTO MAURICIO CALDERON

SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES:

DR. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

San Salvador, abril de 1979.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS PROCESALES Y LEYES AD  
MINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Luis Domínguez Parada  
Primer Vocal: Dr. Francisco Arrieta Gallegos  
Segundo Vocal: Dr. René Quiñónez Quezada

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS CIVILES, PENALES Y -  
MERCANTILES"

Presidente: Dr. Luis Domínguez Parada  
Primer Vocal: Dr. Luis Reyes Santos  
Segundo Vocal: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITU-  
CION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Gerardo Liévano Chorro  
Primer Vocal: Dr. José Roberto Nolasco Quezada  
Segundo Vocal: Dr. Luis Alonso Padilla Aguilar

ASESOR DE TESIS:

Dr. Carlos Arturo Barrientos

TRIBUNAL CALIFICADOR:

Presidente: Dr. Atilio Ramírez Amaya  
Primer Vocal: Dr. Daniel Quinteros Velasco  
Segundo Vocal: Dr. Ismael Castillo Panameño

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO DE TESIS:

Al Divino Creador que iluminó cada uno de mis pasos en el sendero de mi vida;

A la memoria de mi difunta madre ANA JOSEFA - SALAZAR;

A mi señora esposa GLORIA MATA DE LINARES y a mis hijas GLORIA JAQUELINE DEL CARMEN y CAROLINA GUADALUPE, con todo amor;

A mis hermanos: IRMA ESPERANZA, MARIA ELENA, JOSE ANTONIO, ARNULFO, RIGOBERTO y LUIS;

A la benefactora de los años de mi infancia - Doña AMINTA DE PARKER;

Y a todos mis compañeros y amigos que de una u otra forma han colaborado para que mi triunfo sea una realidad.

## I N D I C E

### INTRODUCCION.

### CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE EL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS.

- a) Desarrollo Histórico.
- b) Concepto Doctrinario y Legal.
- c) El cheque sin provisión de fondos, desde el punto de vista mercantil.

### CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS.

- a) Bien Jurídico Tutelado.
- b) Elementos que configuran el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos.
- c) Momento de consumación de la figura delictual.

### CAPITULO III

DIFERENTES GRADOS DE PARTICIPACION DELICTUAL - EN EL LIBRAMIENTO.

- a) Concurso de Delitos:

- b) Concurso de Delincuentes.
- c) Autor Mediato.
- d) Autor Inmediato.
- e) Complicidad.

#### CAPITULO IV

REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA LA CONFIRMACION DEL DELITO DEL CHEQUE SIN FONDO.

#### CAPITULO V

ESTUDIO EXEGETICO DE LAS DISPOSICIONES JURIDICO PENALES SALVADOREÑAS QUE TUTELAN EL CHEQUE.

#### CAPITULO VI

EL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS Y EL DELITO DE ESTAFA.

- a) Diferencias entre ambos delitos.
- b) Relaciones si las hay en estos delitos.
- c) Jurisprudencia y Doctrina aplicable.

#### CONCLUSIONES

#### BIBLIOGRAFIA

## CAPITULO I

### GENERALIDADES SOBRE EL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

#### a) DESARROLLO HISTORICO

En cuanto se refiere al antecedente histórico del cheque, diversas naciones se disputan la cuna de este importante instrumento, entre ellas Inglaterra, Bélgica e Italia. Es interesante saber que el cheque llega a cobrar todavía más importancia como documento confiable durante el movimiento bancario del Siglo XVIII.

Desde el punto de vista histórico, el cheque cobra mucha más relevancia si tomamos en cuenta el espíritu literal o sentir inspirado propio de los mandatos, que daban los depósitos de los -- bancos ya en las postrimerías del Siglo XVI. La inspiración de - tales elementos, los mandatos mismos de esos depósitos, nos permiten considerarlos como antecedentes dignos de consideración dados mucho antes del Siglo XVIII.

Blanco Constans, citado por Arturo Majada (1), afirma que -- "el cheque como institución nace en Inglaterra donde, lo mismo - que en Escocia, era muy antigua la costumbre que los particula-- res, fueran o no comerciantes, encargaren a un banquero el servicio de caja, depositando en la de éste los valores que recibían (dinero-letras-pagarés-etc.) girándoles cuando les era necesario y haciéndoles los pagos por su cuenta"

---

(1) ARTURO MAJADA. "Cheques y talones de cuenta corriente en sus aspectos bancarios, mercantiles y penal". Barcelona, Bosch, 3a. Edición 1969, pág. 9.

Los belgas se atribuyen la prerrogativa de haber sido los -- primeros en servirse de dicho documento, afirmando que antes de que los ingleses aumentaran el movimiento de los depósitos bancarios, ya en Bélgica se hacía uso de un documento al que llamaban "REWIJS" y que los banqueros ingleses estudiaron el mecanismo, - funcionamiento y finalidad de estos documentos para introducirlo posteriormente en Gran Bretaña.

Los españoles llegan al conocimiento del cheque con la vigencia del Código de 1885.

México, por su parte, pone en circulación este instrumento - de pago, cuyo perfeccionamiento se relaciona íntimamente con la creación de los Bancos de Depósitos y el surgimiento de las Cámaras de Compensación, ya que el comerciante tiene la facilidad de tener para cada una de sus operaciones, un instrumento-movilizador de sus fondos y circulizador de capital, allá por el año de 1864 habiendo nacido en este país el Banco de Londres y México.

Ahora bien, con el florecimiento y auge que ha tomado el cheque en la época moderna, surge la necesidad de garantizar por medio de los diferentes ordenamientos penales del mundo, las relaciones económicas que tales documentos conllevan, debido a que - la mala fe podría dar lugar a diferentes acciones que lesiona---rían el valor del cheque; este precioso instrumento de circula--ción comercial y esta mala fe podría a la vez, lesionar la con--fianza de los usuarios del cheque, al poner en entredicho las relaciones crediticias.

Muchos autores llegan a decir asimismo, que el antecedente más remoto del cheque está constituido por las constancias de depósito de las riquezas que los antiguos mercaderes judíos extendían, por medio de las cuales los depositantes acreditaban su notoria solvencia.

Los fenicios, muy aguerridos marinos mercantes (quienes en largas travesías por los mares del mundo de aquel entonces, se vieron sometidos al pillaje por parte de piratas y corsarios), se vieron obligados a idearse una manera de contrarrestar tales riesgos, y el medio eficaz fue proveerse de constancias escritas en las que se hacía ver que el remitente o emisor dueño de las mercaderías, poseía suficiente oro, posesión que respaldaba sus operaciones y les garantizaba plenamente.

Muchos siglos después, los orfebres imitaron a los fenicios en esta forma: cuando les era encomendada la realización o hechuras de obras cinceladas, ellos, los orfebres, extendían un comprobante de la cantidad del oro recibido por anticipado y, así, paulatinamente, el público fue adoptando la costumbre consistente en depositar cantidades de oro en manos, no en pequeñas, sino en considerables sumas. Comienza entonces la modalidad de hacer circular los recibos extendidos por los orfebres, como documentos de garantía al portador. Los orfebres, grandes especuladores, ven en estos documentos, la fórmula para enriquecerse y se aprovechan emitiendo mayor cantidad de esta clase de documentos poniéndolos en circulación cuando se daba el caso de que la cantidad de oro que poseían en depósito y avalaban esos títulos, era realmente inferior.

En tiempos normales no se suscitaba problema alguno; pero - cuando ocurría una catástrofe tal como una guerra, invasión, pestes, etc., y los titulares de los recibos del oro querían recuperar lo depositado, lo común que podía ocurrir era la bancarrota y el fraude; por lo expuesto, podemos considerar estos intercambios de valores como el precedente histórico de una institución tan importante para el desarrollo de los pueblos en su aspecto - económico e industrial: el preludio del cheque.

Autores como Bolaffio-Roceo y Vivante, sostienen que el gérmen originario del cheque, debe encontrarse en las famosas "Contadi di Banco" del Banco Veneto, los "Biglietti" o "Cedule di -- Cartulario" de los Bancos San Jorge de Génova y San Ambrosio de Milán, así como las "Pólizas" o "Fedi de depósito" de los Bancos Napolitanos en Italia.

Casi al mismo tiempo y creemos habernos referido a ello antes, tal como el lector lo recordará, los bancos holandeses ponen en circulación los "Bewijsinge" que permutaban por títulos mercantiles circulantes. A los ingleses se les imputa la denominación de "Chek" derivado de "to chek", lo que en términos castizos significa "Verificar". Según otros doctrinarios, la palabra cheque, se origina de la voz francesa "echec" o "echiquer".

La denominación de cheque se ha generalizado en el mundo convirtiéndose, se diría, en cuestión cosmopolita, a tal grado que los penalistas de renombre mundial, cuando aluden al documento así conocido, lo hacen bajo el nombre de "CHEQUE", "CHEK" o como

lo llamaban los italianos "Assegno bancario" al que agregaban en tre paréntesis "Chek". Así hemos bosquejado un tanto suscintamente y desde un punto de vista histórico lo que actualmente ha cobrado tanta trascendencia económica e industrial en la civilización y cultura de los pueblos. (2).

b) CONCEPTO DOCTRINARIO Y LEGAL

CONCEPTO DOCTRINARIO: Desde el punto de vista doctrinal, las definiciones de cheque son prolijas. Para el caso veamos unas -- cuantas: "El cheque es un título de crédito que contiene una orden de pago, girada contra un banquero, por quien posee fondos -- en poder de éste y de los cuales tiene derecho a disponer por me dio de cheque". (3).

"El cheque es un título de crédito que contiene una orden de pago dada por un particular al banco (con el que ha celebrado -- previamente un contrato de disponibilidad), para que pague de -- los fondos que tiene depositados el girador, la suma que indica el cheque, a su beneficiario.(4). "La asignación bancaria o cheque, es una asignación expresa en forma escrita, que produce a -- cargo del asignante la obligación de hacer cumplir una presta--- ción y sirve esencialmente como medio de pago" (5).

---

(2) JOSE BECERRA BAUTISTA: "El cheque sin fondos" Su aspecto --- constitucional, mercantil y penal. 3a. Ed. Jus-México, 1959.

VICTOR MANUEL ALFARO ARROYO. "Aspectos penales del Cheque". - Tesis de Grado. 28/julio/69. Costa Rica.

(3) ASCARRELLI. "Derecho Mercantil" México, 1950, pág. 368.

(4) JOSE BECERRA BAUTISTA. "El cheque sin fondos" Su aspecto -- constitucional, Mercantil y Penal. 3a. Ed. Jus-México 1959. P.11

(5) FERRI "Manual di Diritto Commerciali" Turín, 1950. Pág. 430

"El cheque consiste en una orden dada a un banco de pagar una suma determinada de dinero" (6).

"El cheque es un documento por el cual una persona llamada librador, que tiene fondos disponibles en poder de un banquero, el librado da a éste orden de pagar una suma determinada de dinero a otra persona, el beneficiario". (7).

Nótese que estamos considerando conceptos doctrinarios del cheque en general, ya que para poder referirnos al cheque -- sin provisión de fondos, necesario es tener un concepto genérico. Analizamos pues, por ser pertinente al caso, lo que doctrinariamente se considera como provisión de fondos del cheque, y así se da el caso que para los antiguos teorizantes franceses la "provisión de fondos", es un elemento esencial de validez del cheque, ya que la emisión de éste conllevaba la transferencia de la propiedad de la provisión misma, sobre el cual el poseedor del documento adquiriría un derecho real a consecuencia precisamente de la expedición del cheque". (8).

En cuanto atañe a "La figura típica del libramiento de cheque sin fondos como algo básicamente nuevo en nuestra legislación penal salvadoreña, la ley punitiva en general considera el hecho delictivo desde tres ángulos diferentes, así: 1) El criterio más antiguo estima que el libramiento de cheques sin fondos

---

(6) SALANDRA. "Curso de Derecho Mercantil", México, 1949, pág.214

(7) RIPERT "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Buenos Aires, 1954, Tomo III, Pág. 259.

(8) JOSE BECERRA BAUTISTA. "El cheque sin fondos". Ob.cit.

constituye un delito de estafa; esta posición es sostenida por -- las leyes de muchos países entre ellos Cuba, Brasil, etc., para sólo citar dos. 2) Posteriormente surge el criterio que aclara -- que el libramiento de cheque sin fondo no es lesivo al patrimo-- nio privado, sino que lesiona algo de mayor trascendencia y sig-- nificación como es la economía de cada país. Son partícipes de -- esta posición, de esta opinión, Uruguay y Perú, con su proyecto Cornejo-Jiménez y Argentina por su parte con el proyecto Coll Gó-- mez de 1937. 3) Finalmente muchos opinan y lo estiman convenien-- te que, las medidas para salvaguardar el cheque ni deben dejar de ser cautelosas ni abandonarse a la falta de sistematización y es con el fin de garantizar la comprobabilidad que usa del cheque, idea por cierto que propugnaba por la legislación penal de Argen-- tina y Ecuador, en lo que están de acuerdo (en propugnarlas) los proyectos de Peco y López Rey y Ruiz Funes.

Hemos de aclarar que, aunque en la figura delictual del libra-- miento del cheque sin provisión de fondos concurren varios ele-- mentos configurativos de la estafa y aunque en repetidas ocasio-- nes es un medio de consumación de ésta, ello no es la regla gene-- ral ya que, comúnmente, puede ocurrir que falte alguno o algunos elementos del delito de estafa, por lo que tal como se estima -- en la EXPOSICION DE MOTIVOS del Código Penal Salvadoreño, en la página 144 "No es aconsejable el sistema que propugna por esti-- mar la figura del libramiento de cheque sin fondo, como un deli-- to de estafa".

De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, podríamos -

intentar definir el delito de libramiento de cheque sin fondos - diciendo "que es un delito que lesiona conjuntamente bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales y que concretamente, consiste en que el cheque no sea pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo. Aclaremos al lector -- que en nuestra alusión al cheque, nos estamos refiriendo al documento que cumpla o se ajuste a todos y cada uno de los requisitos enumerados en el Art. 793 del Código de Comercio vigente, el cual expresa textualmente:

Art. 793.- El cheque debe contener:

I - Número y serie. II - Mención "cheque" inserta en el texto. III - Nombre y domicilio del banco contra el cual se libra. IV - Orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, indicando la cantidad en letras o en números. En caso de que la cantidad sólo conste en números deberá estamparse con máquina protectora. Cualquier convenio inserto en el cheque se tendrá por no escrito. V - Nombre de la persona a cuyo favor se libra o indicación al ser al portador. VI - Lugar y fecha de expedición. VII - Firma autógrafa del librador.

En virtud del cual es preciso y conveniente que se haga cargo del cheque una institución bancaria respetuosa de la Ley.

Siguiendo siempre el aspecto doctrinario, Muñoz, citado por Arturo Majada en su Obra "Cheques y Talones en Cuenta Corriente, (Ob.cit. pág.48), se expresa: "El cheque es un título valor de contenido crediticio de dinero por medio del cual se da a un ban

co la orden incondicional de pagar, a la vista y a cuenta de provisión previa de fondos establecidos en forma pactada, una cantidad de dinero".

Ordenando el aspecto doctrinario de esta definición tenemos lo siguiente: 1) El cheque tiene valor de crédito, es decir, está basado en la buena fe, y la seriedad y la confianza entre los que lo usan. 2) El cheque como documento de valor, tiene el respaldo bancario legal: sus fondos son reales y seguros. 3) El cheque, además de contar con una efectividad económica, cuenta con el respaldo jurídico. Estos aspectos le imprimen seriedad y confianza ante el público usurario del documento, pese a lo expresado en el numeral 1º en relación a su valor de crédito.

Hemos visto el origen del cheque en Bélgica e Inglaterra cuando efectuamos un esbozo histórico del mismo y nos referimos a las legislaciones y aspectos doctrinarios de México, Brasil, Perú, etc. Veamos algunos datos doctrinarios de España.

Los doctrinarios españoles intentaban definir el cheque diciendo: que tal como jurídica y modernamente se concibe, es un título cambiario girado a la vista, por el que una persona (librador), que tiene previamente fondos a su disposición depositados en un banco (librado), retira para sí, o da a ésta la orden incondicional de pago al tenedor, una determinada cantidad de dinero.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿por qué doctrinariamente decimos que el cheque es un título de crédito que sirve para hacer pagos?

La respuesta tiene relación con las características que les son propias a los títulos de crédito, tales como las siguientes: 1) Como condición indispensable para ejercitar el derecho representado, debe tenerse el documento; 2) La literalidad y unilateralidad de la obligación; y 3) Autonomía del derecho del portador, ya que el documento está sujeto a la circulación.

Se preguntará el lector ¿Cuál es la razón por la que sólo hemos analizado lo que es la definición del cheque en términos generales? La respuesta es obvia, si tomamos en cuenta que el libramiento de cheque sin fondo, "no es en sí una institución" y para saber o tener una noción sobre el contenido del libramiento de cheque sin fondo, necesariamente, tenemos que hacer referencia a la definición del cheque en términos generales, pues como ya lo dijimos antes, ésta es la verdadera institución jurídica.

Permítasenos analizar gramaticalmente los términos de la frase "libramiento de cheque sin fondo", a fin de poder intentar una definición más propia y acertada. "LIBRAMIENTO" según el jurisconsulto GUILLERMO CABANELLAS, en su Obra Diccionario de Derecho Usual (9) quiere decir "Preservación de esfuerzo, trabajo, mal o daño; Orden de pago dada por escrito para que el tesorero, administrador, mayordomo, corresponsal, mandatario, banquero, etc. satisfaga o pague una cantidad de dinero o entregue determinados géneros."

---

(9) GUILLERMO CABANELLAS. "Diccionario de Derecho Usual", 8a.Ed. Editorial Heliasta. S. R. L. Argentina, Tomo II, página 557.

El término "CHEQUE", ya lo examinamos y en síntesis sabemos que "es una orden de pago dada por un banco, en el cual tiene el librador fondos depositados a su orden, cuenta corriente con saldo a su favor o crédito en descubierto".

"FONDO": Conjunto de bienes de una persona o entidad cuando tienen finalidad y cuentas especiales" (10).

"SIN": preposición separativa y negativa que denota carencia o falta" (11).

Uniendo pues, en lo pertinente, cada uno de los elementos de la frase "libramiento de cheque sin fondo" para ver substancialmente en qué consiste la figura delictual, diremos: "El libramiento de cheque sin fondo como figura delictual es una orden de pago dada por un banco en la cual el librador no tiene fondos depositados a su orden o cuenta corriente.

c) EL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS DESDE EL PUNTO DE VISTA --  
MERCANTIL.

Dice el Art. 795 del Código de Comercio vigente en nuestra República: "El cheque librado por quien no tenga fondos disponibles en la institución a cuyo cargo se emite, protestado en tiempo, será documento ejecutivo y acarreará a su librador las responsabilidades penales consiguientes. Si no ha sido protestado en tiempo, el cheque sin provisión de fondos disponibles, valdrá

---

(10) GUILLERMO CABANELLAS. Tomo I, Ob. cit. pág. 572.

(11) DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA. DICCIONARIO EVEREST, 9a. -- Edición. Cúspide.

como documento privado contra su librador, sin perjuicio de la responsabilidad penal". En este punto, del tema queremos insistir nuevamente, en que no podemos enfocar nuestro estudio exclusivamente al cheque sin provisión de fondos ya que ésto es consecuencia de la mala fe que se puede dar al hacer uso inescrupuloso de tal documento de tanta trascendencia económica.

El cheque como título valor es abstracto, jamás en ninguna circunstancia podrá ser causal, quede en claro, pues, que no es un instrumento de crédito, sino instrumento de pago. Conforme al Código de Comercio derogado, podrían emitirse a la orden y en forma no negociable. La legislación vigente, poco ha variado al respecto pues pueden emitirse a la orden, al portador y en forma no negociable, estos últimos también denominados doctrinariamente "cheques nominativos" aunque no es conveniente tal denominación por las confusiones en que puede caer el lector al remitirse mentalmente con tal denominación a los títulos valores nominativos, pero recordemos que tales títulos son de circulación ilimitada y por el contrario los cheques son de circulación limitada (12).--- Creo que ya antes dijimos que el cheque es una orden de pago dada por quien lo emite. En tal documento se dan las relaciones siguientes:

1) GIRADOR O LIBRADOR o sea la persona que lo emite.

LIBRADO: Sólo puede serlo un banco en el cual el librador tiene provisión de fondos en favor de un tercero llamado beneficiario.

---

(12) ROBERTO LARA VELADO "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, Edit. Universitaria de El Salvador, 1972, Pág. 177.

BENEFICIARIO: Dícese del primer tenedor legítimo del cheque.

Refirámonos ahora aunque someramente a las formas de transferencia: cuando el cheque es a la orden, el beneficiario lo puede transferir por endoso o sea, por la firma puesta en el reverso del cheque; si es al portador, la transferencia se da por simple entrega del documento. Si el cheque no es negociable, caso por ejemplo del cheque que envía como devolución la Dirección General de Contribuciones Directas al contribuyente, después de que éste ha hecho su respectiva declaración de impuesto sobre la renta, es decir, después de presentarla a tal Dirección y desde luego la -- Sección correspondiente constata por ejemplo que siendo empleado público el contribuyente se le ha retenido más impuesto del que debe pagar, por lo que se devuelve el remanente al contribuyen--te. Esta clase de cheques sólo se puede cobrar por el interesado ya que no se puede transferir. Citemos otra clase de cheques no negociables como es el cheque certificado regulado en nuestro Código de Comercio en el Art. 825 Inciso Segundo. Y hemos citado como premisa mayor que el librador debe tener fondos disponibles en el Banco librado para poder y valga la redundancia. (13) librar - el cheque.

Ahora bien, el cheque para ser pagado tiene necesariamente como requisito sine qua non, que debe ser presentado para su pago a la institución bancaria contra la cual se ha librado o a cual--quiera de sus agencias autorizadas en el país (ART. 805 Código de

---

(13) LARA VELADO. "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil!"  
Ob.cit.

Comercio); precisamente cuando se presenta tal documento para su cobro, se está produciendo el contenido económico del cheque y -- cumpliendo por añadidura "la orden de pago del librador, contenida en el documento".

Debemos tener siempre en mente los plazos que nuestra ley ha establecido para el pago de cheques; recordemos que el Art. 808 - del Código de Comercio, el que nos habla de cuatro plazos diferentes y por no ser propósito principal de este trabajo creemos que es suficiente con puntualizar dicha disposición. Sin embargo hagamos la pregunta siguiente: ¿Supongamos que un cheque no fue presentado en tiempo para su cobro y aún en estas circunstancias se presenta para su cobro al Banco, tiene el librado la obligación - de pagarlo? Lógicamente sí, y el asidero legal de tal respuesta - lo tenemos en el Art. 812 del Código de Comercio que nos dice que aún bajo estas circunstancias el cheque deberá ser pagado, toda - vez que el librador tenga fondos suficientes para ello. Y otra -- pregunta: ¿Cuál es el mecanismo para que una persona pueda librar cheques? Básicamente que exista en el banco un depósito de cuenta corriente el que será el aval de los cheques librados; esto mediante un contrato de la persona depositaria y el banco quien se reserva y estipula las condiciones en que se puede girar en su -- contra; 2) Una vez celebrado el contrato aludido, el Banco extiende a la persona depositante, formularios que vienen provistos de dos partes así: 1) En El talón se extracta el contenido del cheque - librado. Cada talón tiene un número que coincide forzosamente con el número del cheque librado o desprendido del talón, tanto el nú

mero del cheque como el número de serie que contiene deben de coincidir en ambas partes, es decir, en el talón y en el cheque mismo. Dicha numeración es importantísima para el Banco, pues mediante ella el Banco se ubica inmediatamente al presentar el cheque para pago, si la persona que ha librado el cheque tiene fondos suficientes para poder pagar el cheque o para retenerlo cuando el correntista para citar un ejemplo, pierde su talonario y da aviso al Banco de que se abstenga de pagar cheques que pertenezcan al talonario extraviado, o también cuando se den los supuestos establecidos en el Art. 809 Inc. 2º Código de Comercio que en lo conducente dice: "Si el Banco notare errores o tuviere sospechas del dolo o falsedad, podrá retenerlo dando aviso inmediatamente al librador y lo pagará o no, según lo que el librador dijere. La demora no podrá pasar de veinticuatro horas. El Banco extenderá al tenedor una constancia de quedar en su poder el cheque presentado. En ella se hará constar que el cheque es intransferible".

Cuando se celebra el contrato entre el cuenta-correntista y el Banco y éste autoriza a aquél para poder girar cheques, en el mismo momento de tal autorización y como acto previo a ésta, se elabora la tarjeta del cuenta-correntista por el Banco, la cual debe firmar el depositante y al hacerlo, prácticamente deja registrada su firma en tal Banco y fijémonos bien, en la trascendencia del registro de dicha firma ya que cada vez que se presente un cheque para pago, el Banco deberá cotejar la firma puesta en el cheque con la firma registrada y si notare el Banco errores o sospechas de dolo o falsedad, podrá retenerlo hasta un límite máximo de veinticu

tro horas, pero deberá dar aviso al librador y le pagará o no, según lo que éste diga; recordemos acá el Art. 809, Inc. 2o. del Código de Comercio ya antes aludido. En dicha tarjeta propiedad del Banco también deberá quedar estampada la firma de la otra persona o personas que el cuenta-correntista autorice para librar cheques, ello según los términos del convenio celebrado con el Banco. Y -- si una persona a cuyo favor ha sido librado el cheque no sabe -- firmar, "¿cómo hace para cobrar el cheque"? El trámite a seguir lo vemos en el Art. 809 Inc. 4º del Código de Comercio que nos dice en síntesis, que en semejantes casos sólo podrá pagarse personalmente al beneficiario del cheque, quien lógicamente tiene que concurrir para tal efecto a las oficinas del Banco. Será necesario el endoso en estos casos? Para responder a esta interrogante tenemos primero que formularnos otras preguntas al igual que dar sus respuestas así: ¿Qué es endosar? Según el Maestro Guillermo Cabanellas en su Obra "Diccionario de Derecho Usual" T. II, Pág. 53 ob.cit., significa: "Descargar en otro un trabajo, una responsabilidad, complicación o molestia. En Derecho Mercantil, ceder al tenedor de una letra de cambio u otro documento a la orden, - el título crediticio, mediante fórmula sencilla y tradicional (- por lo común, la fecha y la firma), que consta al dorso o respaldo del documento"; de acá, por ser la palabra o nombre originario, arrancan las palabras ENDOSANTE, ENDOSATARIO, ENDOSO, ENDOSE, las cuales significan en su orden: ENDOSANTE: "El que en una letra de cambio u otro documento o título a la orden como cheque, vale o pagaré, pone el endoso o simple firma puesta al adverso

del cheque, ésto para transmitir el título y crédito a favor de otro que lo acepta. ENDOSATARIO: "La persona a quien se trasmite un documento mercantil extendido a la orden y que, por lo tanto, se convierte en titular del crédito que representa. "ENDOSE: endoso o fórmula que se escribe al dorso del documento a la orden cuando es transmitido a un tercero. "ENDOSO: acción de endosar".

Todos estos conceptos son del Maestro Guillermo Cabanellas en su obra: "Diccionario de Derecho Usual"ob. cit.

Puestas en claro estas cuestiones, respondemos ahora la pregunta: ¿Cómo procede para cobrar un cheque una persona que no -- sabe firmar? La respuesta es la siguiente: Lo hará mediante una firma estampada a ruego por una tercera persona o marcando en el cheque sus huellas digitales (las de los pulgares) las cuales aparecen también en su documento de Identificación Personal (Cédula de Identidad Personal). Y el caso de la persona a la que le -- hubieren sido amputadas ambas manos por cualquier causa ¿cómo se resuelve? Opinamos que el legislador ha previsto esta situación, pues conforme al Art. 809 del Código de Comercio, Inc. 4º dice:-- "Si no pudieren recogerse las digitales, la firma (cuál firma?) la del que endososa o sea el tercero a ruego del beneficiario -- del cheque) se hará en presencia de un oficial del Banco, quien certificará esta circunstancia.

Y si el Banco sin justa causa se niega a pagar un cheque, el cual reviste todas las formalidades legales, ¿qué acción le queda al beneficiario del cheque en contra del Banco? Del beneficiau

rio en contra del Banco, ninguna, ya que el tenedor no puede compeler al Banco al pago, quedando sus derechos a salvo contra el librador. Pues éste si tiene acción contra el Banco. Claramente lo dice el Art. 811 Código de Comercio, acá por supuesto, no se tendrá por negativa injustificada el caso del Art. 809 Inc. 2º del Código de Comercio, Importante también es mencionar el caso de la muerte o incapacidad superveniente del librador, ya que antiguamente, el legislador preceptuaba en el Código de Comercio derogado, específicamente en el Art. 460 de dicho Cuerpo de Leyes: "El Banco se abstendrá de pagar los cheques, cuando tenga conocimiento de la muerte del librador, etc. etc.". Actualmente la situación ha cambiado conforme lo establece el Art. 813 del Código de Comercio, vigente, el cual dice: "La muerte o la incapacidad superveniente del librador, no autoriza al librado para dejar de pagar el cheque"; hasta acá el primer inciso de dicho artículo.

Pero continuando el tema que nos ocupa, sobre el libramiento del cheque sin provisión de fondos, veamos lo que debe hacerse -- con un cheque que se presenta en tiempo;(acá recuérdense los plazos indicados en el Art. 808 del Código de Comercio) y no es pago, pues lo que debe hacerse es protestarlo y para ello la Ley -- Mercantil, concede un plazo de quince días contados a partir del día de su presentación para pago. Qué significa protestar? Según el Jurista GUILLERMO CABANELLAS, en su Obra dice:

"PROTESTAR": declarar el pensamiento o actitud propia en relación con una materia, aún siendo la exposición meramente teórica y pacífica// Reclamar airadamente// Declarar por la violencia, --

presión o ilegalidad que se sufre, que no se reconoce validez a ciertos actos sin embargo ejecutados// Realizar el protesto de una letra de cambio u otro documento ejecutivo, por falta de aceptación o pago o por otra causa legal". (14).

Ya con el anterior significado, veamos ahora, siguiendo los conceptos del Maestro y connotado Jurista GUILLERMO CABANELLAS, lo que es el Protesto: "En general protesto // En Derecho Mercantil, requerimiento notarial que se hace para justificar que no se ha querido aceptar o pagar una letra de cambio, para reservar así, los derechos del tenedor contra el librador, endosantes, avalistas e intervinientes // El documento que acredita este acto // Testimonio escrito que libra el notario o escribano de tal protesta o requerimiento" (15).

Hay una cuestión importantísima y es la siguiente: Es verdaderamente equivalente al protesto, la nota u hoja que el Banco adhiere al cheque donde simplemente se pone marcando con una cruz u axis, que dicho cheque no se pagó por falta de provisión de fondos? Opinamos que nuestra legislación mercantil es clara al respecto y de lo dicho en el Art. 816 del Código de Comercio se obtiene la respuesta a esta interrogante: "La nota que el Banco librado autorice en el cheque mismo de que fue presentado en tiempo y no pagado, surtirá efectos iguales que el protesto". Si nosotros nos percatamos bien del texto, la sólo lectura del mismo nos permite deducir que la nota a que se refiere el Art. 816 del Cód

---

(14) GUILLERMO CABANELLAS. "Diccionario de Derecho Usual", ob.cit.

(15) ARTURO MAJADA "Cheques y talones de cuenta corriente, etc. ob. cit.

go de Comercio, necesariamente ha de ser en el texto o cuerpo mismo del cheque; de otra forma no tendría ninguna garantía, pues si el legislador hubiere querido que se hiciera el equivalente del protesto de otra forma, lo hubiese dicho, pero la realidad es que la ley es clara al respecto.

El profesor Arturo Majada, en su Obra ya citada (15), nos dice: "Constituye uso mercantil bastante generalizado, que denegado el pago del cheque, el Banco librado lo devuelva al presentante con una nota impresa. En ella simplemente se hace constar la expresión "no conforme", que en realidad normalmente equivale a "falta de suficiente provisión de fondos" o devuelto por el Banco tal por el motivo marcado con (X). Todas estas modalidades sin ninguna garantía, ya que un juez estrictamente legalista, no le daría la equivalencia del protesto a la nota así puesta al cheque por el Banco.

Es de mucha significación señalar lo tocante a las irregularidades del cheque en lo atinente a su emisión cuando no tiene fondos. Necesario es por tanto, adentrarnos en este tema y que partamos para ello, de lo que dice el Art. 168 de la Constitución Política que prescribe: Art.168. Se prohíbe la prisión por deudas (Inciso segundo del prescitado artículo) ¿Por qué viene al caso mencionar tal disposición constitucional? Trataremos de explicar la razón de la siguiente manera: un ejemplo objetivo: Supongamos para el caso que JUAN MARTINEZ, tiene necesidad de tantos miles de colones; Juan acude a PEDRO SALAZAR quien es prestamista y enterado de la dificultad de JUAN decide sacarlo de apuros y le presta la

cantidad que éste le solicita pero con la sólo condición de que JUAN MARTINEZ le firme un cheque en calidad de garantía poniéndole para ello, la fecha a dicho documento en que se vence el plazo para que JUAN pague la cantidad; JUAN por su parte, le dice que cómo va a firmarle un cheque si ya bien sabe PEDRO que no tiene ni siquiera cuenta bancaria corriente; PEDRO insiste en que puede hacerle el préstamo pero solamente en semejantes condiciones, por lo que JUAN debido a la imperante necesidad que tiene, acepta la condición impuesta. Cabe preguntar ¿Este cheque expedido por JUAN en tales condiciones, configuraría el delito de "libramiento de cheques sin provisión de fondos? Cualquiera diría que sí. Partiendo de la premisa que el legislador lo que ha querido es tutelar la regularidad del cheque, pero nosotros sostenemos que todo sería cuestión de probar que PEDRO conminó moralmente a JUAN a firmar tal cheque a fin de probar que no hubo dolo por parte de JUAN. Decía que esta situación es sumamente importante y realmente nos parece que nuestra Ley ha pecado de corta, según nuestro criterio, pues opinamos que tal como se ha regulado, se ha dejado por fuera al sujeto que a sabiendas de que un cheque carece de fondos, lo acepta, nuestra posición en este caso es que se trata de un instigador a la comisión del delito. En la ilustración aludida, lo que trato de demostrar es que estaríamos sancionando penalmente con prisión el incumplimiento de una sólo obligación puramente civil, en caso de que JUAN cayera en mora de pagar su obligación, lo que para cualquier legislación constituye una aberración o monstruosidad jurídica; confirmamos nuestro aserto con una resolución de la

Corte Suprema de Justicia de la nación mexicana, que nos trae a - cuentas don JOSE BECERRA BAUTISTA en su Obra ya citada "El cheque sin fondo", la cual estableció lo siguiente: "Debe absolverse --- cuando llega a demostrarse que no hay engaño, ni en consecuencia, delito, al entregar un cheque, no por vía de pago (que es la función normal y ordinaria de esta clase de títulos valores de crédito), sino como una mera garantía, por convenirlo así el librador y la parte beneficiaria del documento, estando advertida ésta última de la inexistencia de fondos para que el librado cubra el documento. (Jurisprudencia definida #316, válida desde 1955).

Sin embargo, otros autores sostienen que el cheque tiende a - sustituir con toda ventaja a la moneda, por lo tanto y partiendo de esta premisa, se llega a concluir erróneamente a nuestro parecer, que "expedir un cheque en garantía de una obligación civil, es tanto como poner en peligro la economía nacional, porque si ese cheque circula, la simple circulación o la posibilidad de circulación, causa tan graves daños a la economía nacional como poner en circulación moneda falsa" (16).

Para sintetizar esta posición y tomando en cuenta para ello, las palabras del Maestro Becerra Bautista, diremos que nos parece bien que se sancione al librador de un cheque sin provisión de -- fondos, pero en cuanto y en tanto se dé de por medio del sujeto - activo, la mala fe. A nuestro entender, esta cuestión está mal re

---

(16) JOSE BECERRA BAUTISTA. "El cheque sin Provisión de Fondos".

gulada, en cuanto consideramos que se ha dejado la puerta abierta a prestamistas y agiotistas inescrupulosos, quienes a sabiendas - que en nuestro país, lo que es penado en sí como delito, es el libramiento del cheque sin fondo, por el mal uso que se haga de documento tan importante, independientemente que el prestamista o agiotista en su afán inmoderado de asegurarse el pago de capital e intereses exorbitantes, haya sido el principal instigador al delito por parte del deudor, quien como lo afirma el Maestro Becerra en su obra ya tantas veces mencionada, está rindiendo una garantía mucho más efectiva que la hipoteca en sus distintas formas, ya que sabe que si no paga a su acreedor, será sancionado penalmente, es decir pues, está prácticamente hipotecando su libertad, -- violando así el famoso principio constitucional que establece que "se prohíbe la prisión por deudas".

Importante también es analizar si decir "fondos disponibles" es sinónimo de "FONDOS SUFICIENTES". Para cumplir tal cometido -- valgámonos de un ejemplo a fin de establecer la diferencia entre las dos frases aludidas. Veamos: Yo, el librador, tengo X cantidad de dinero en un banco; al momento de librar un cheque, puedo disponer de la cantidad de dinero X, o bien sea una cantidad menor. Ahora bien, si emito por un valor mayor el cheque, superior a la cantidad que tengo en el banco, cabe preguntar ¿perderán su carácter de disponible los fondos aludidos? Opinamos que no pierden tal carácter, y baso mi afirmación en el Art. 814 del Código de Comercio que textualmente dice: "El tenedor de un cheque sólo está obligado a recibir el pago total, pero podrá recibir un pago -

parcial" o sea pues, es potestativo del tenedor legítimo del cheque el sólo aceptar el pago total o bien aceptar el pago parcial del cheque con los fondos que hubieren disponibles en el banco. Para concluir, diremos que el libramiento de cheque sin fondo, desde el punto de vista mercantil, acarrea para su emisor, la ejecución o embargo de sus bienes para resarcir su valor, intereses y gastos, sin perjuicio de la acción criminal correspondiente de -- parte de la persona afectada, partiendo del supuesto que el cheque fue presentado en tiempo para su pago y no pagado y que se ha ya protestado a más tardar el décimo quinto día que siga al de su presentación, o bien que el banco librado autorice en el cheque mismo, que fue presentado en tiempo y no pagado, Arts. 815 y 816 del Código de Comercio.

Veamos ahora los ELEMENTOS Y CONTENIDO DEL CHEQUE.

Sobre estos elementos creo haberlos mencionado antes y para el caso diré que son:

LIBRADOR o sea la persona que emite el cheque.

LIBRADO, es el sujeto que ha de atender el pago con fondos -- disponibles del librador. Ahora bien, siguiendo los lineamientos del Maestro Arturo Majada, con su obra "Cheques y Talones de Cuenta Corriente en sus aspectos bancarios, Mercantil y Penal, en la pág. 103 ob.cit., veamos algunos problemas que se pueden presentar con respecto a cada uno de los elementos ya mencionados así:

CAPACIDAD DEL LIBRADOR: Es claro que un contrato de depósito con el banco, necesariamente el depositante debe ser capaz según el Có

digo Civil o al menos que sea- menores de edad, mayores de dieciocho años cumplidos y que hayan sido habilitados de edad conforme lo prescribe el Art. 7 N°II del Código de Comercio, esto porque el contrato de disponibilidad es meramente un acto de comercio. En este asunto debemos de tener cuidado ya que vemos pues una CAPACIDAD ESPECIAL apuntada en el Art. 7 N°2 del Código de Comercio, si tenemos en cuenta que el menor habilitado al firmar con el Banco un contrato de cheques, es una preparación para que posteriormente y en cualquier momento, pueda disponer el menor de grandes cantidades de dinero, las cuales estarían por completo a su entera disposición. Podría pensarse que lo dicho contraría el Art. 302 del Código Civil, que dice: "El menor habilitado de edad no podrá enajenar o hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor o curador, sin previa autorización judicial; ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa; "pero ya aclaramos que ésta es una capacidad especial, ya que la capacidad civil es de veintiún años; la habilitación de edad para el de dieciocho años cumplidos, pero menor de veintiuno y mediante esta institución, el menor puede realizar una serie de actos igual que el mayor de edad con la excepción comprendida en el Art. 302 del Código Civil ya visto, de manera pues, que la capacidad mercantil es igual a la capacidad civil por regla general, advirtiéndole que la excepción a dicha regla queda establecida por el ya tantas veces mencionado Art. 7 del Código de Comercio que dice: Son capaces para ejercer el comercio en sus numerales 2, 3 y 4, que dicen en su orden: No. 2) Los menores que teniendo dieciocho años cumplidos -

hayan sido habilitados de edad; No. 3) Los mayores de dieciocho años de edad, que obtengan autorización de sus representantes legales para comerciar, la cual deberá constar en escritura pública; y No. 4) Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización judicial.

Estas autorizaciones son irrevocables y deberán ser inscritas en el Registro de Comercio.

Es de singular trascendencia en nuestro trabajo hacer alusión a la EMANCIPACION CIVIL que como el Código Civil la define en el Art. 273: "Es un hecho que pone fin a la patria potestad". Basta continuar leyendo el Art. de la legislación civil en los Arts. 274 y sigs. para comprenderlo. Pero lo importante es establecer si el hijo emancipado puede ejercer actos de comercio y entre ellos, el contrato con el Banco para poder hacer uso del cheque. Indudablemente que la emancipación no conlleva por sí la autorización para ejercer actos de comercio, ya que el hijo de familia emancipado, si bien es cierto que sale del poder de sus padres y por ende de la representación legal de éstos, cae bajo la tutela o representación del tutor, esto a tenor de lo establecido en el Art. 276 N°4 Inc. 2° del Código Civil. De modo pues, que el hijo de familia aunque haya sido emancipado, no puede por ello celebrar contrato bancario de cheques, y por añadidura, si el menor emitiera un cheque, para el caso en talonario ajeno, conllevaría con ella las responsabilidades siguientes: Si son menores de 16 años quedarán sujetos al Código de Menores, de acuerdo con el Art. 3 que dice: Para los efectos de este Código, son menores quienes no han cumplido -

16 años (antes decía 18 años) de edad; en casos de conducta irregular, quienes hubieren cumplido esa edad el día de la comisión de los hechos calificados como punibles por la legislación común.

Se considerará comprendido dentro de los límites de edad que indica el Inciso anterior, todo menor de quien no se sepa su verdadera edad, en tanto no se pruebe lo contrario.

Lógicamente y por exclusión deducimos que si es mayor de dieciséis años, responderá criminalmente de acuerdo a las leyes comunes.

#### RELACIONES ENTRE EL LIBRADOR Y EL LIBRADO

Estas personas tienen el origen de su vinculación en un contrato de depósito en cuenta corriente. En virtud de dicho contrato el depositante o sea el girador, puede disponer de los fondos depositados, ya sea total o parcialmente mediante cheques.

La obligación del depositario se concreta a entregar las cantidades de dinero indicadas en los cheques hasta por la suma total de lo depositado.

Entre el librador y tenedor no existe vinculación jurídica alguna, de acuerdo al Art. 811 del Código de Comercio, Inc. 2º que dice: "Cuando un Banco se niega sin causa justificada a pagar un cheque extendido en debida forma, responderá al librador que tuviere fondos, por los daños que cause su negativa; pero el tenedor no puede compelerlo al pago, quedando los derechos de éste a salvo contra el librador. No se reputará negativa la retención prevista en el Art. 809 Inc. 2º.

De tal disposición podemos afirmar que entre el librado y tenedor no hay ninguna vinculación.

Veamos ahora la naturaleza jurídica de la relación librador y tenedor. "El librador respecto al tenedor es la persona que se compromete solemnemente a asegurarle el importe consignado en el documento, le será pagado con la sóla presentación para tal efecto. Tal promesa, constituye una declaración unilateral de voluntad que por la simple emisión del cheque, obliga sin necesidad de aceptación" (\*).

NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE EL GIRADOR Y EL TENEDOR.

(17).

Ya a ésto nos habíamos referido en líneas anteriores que entre ellos no existe de manera directa, ningún vínculo, pues el Banco no está obligado a pagar el cheque frente al beneficiario, como dice - Rodríguez y Rodríguez, "Entre dichos sujetos no existe ninguna vinculación, ni cambiaria ni extracambiaria"(18).

En el Capítulo VIII Sección intitulada CHEQUE, Sección "A" del Código de Comercio vigente en nuestro país, dice: NATURALEZA Y FORMA.

De los numerales contenidos en el Art. 793 del Capítulo ya mencionado, podemos dividir los elementos del cheque en:

---

(\*) ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO. "La Tutela Penal del Cheque. Tesis Doctoral. Pág. 17

(17) ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO. "La Tutela Penal del Che--- que. Tesis Doctoral. Pág. 17

(18) JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. "Derecho Mercantil" Ed. Porrúa México 1972, Tomo I, Pág. 368.

A) ELEMENTOS PERSONALES y B) ELEMENTOS FORMALES

A) ELEMENTOS PERSONALES. Esto quedó analizado ya; le remitimos al lector a la página 12 y 13 para no efectuar repeticiones cuando me refería al librador-librado y beneficiario.

Queremos referirnos a los Elementos Formales, establecidos en el Art. 793 del Código de Comercio N°1 Número y Serie y sobre ello, huelgan los comentarios.

N°2 MENCION "Cheque" inserta en el texto. En cuanto a éste, la legislación española no exige que en el mismo título-valor conste la palabra cheque. Esto contrasta con nuestra legislación y con la legislación mexicana del 27 de agosto de 1932, titulada "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO", Art. 172, la cual establece la exigencia de insertar en el texto mismo del documento la palabra CHEQUE.

N°3. NOMBRE Y DOMICILIO DEL BANCO contra el cual se libra; és to sin comentario por ser comprensible con su sólo lectura.

N°4. ORDEN INCONDICIONAL de pago de una suma determinada de dinero, indicando la cantidad en letras o en números, (en cuanto a sí sólo se expresa la cantidad en números, aclara). En caso de que la cantidad solamente conste en números, deberá estamparse con máquina protectora. Fijémonos bien que el legislador empleó el término en futuro con sentido imperativo.

DEBERA, para que se entienda que tal mandato entraña un requisito de validez o formalidad legal; si sólo apareciera la canti--

dad en letras, no ha surgido ningún problema, ya que se ha cumplido con una especificación legal, por la razón de que el documento que consideramos, se refiere siempre a dinero y se refiere a que la obligación del librado a pagar ha de cumplirse siempre y exclusivamente en dinero de legal circulación.

El doctor Roberto Antonio Soriano Guardado, en su Tesis Doctoral "LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE", presentada en noviembre de 1974, Pág. 29, dice: "En cuanto a la expresión de la cantidad en letras y cifras y si entre ellas hubiere discordia, 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".

Con el respeto que se merece el citado profesional, disentimos con su criterio ya que nos parece que tal opinión peca de extremadamente legalista, si nos remitimos al Art. 628 del Código de Comercio, ya que en la práctica, lo que ocurre, es que el Banco librado simplemente rechaza el cheque así presentado para su pago y esta práctica es generalizada en Bancos nacionales como lo es en los extranjeros. ¿razón?

Costumbre bancaria, una costumbre bancaria hecha ley.

Continuando con el N°4 el texto que reza: "Cualquier convenio inserto en el cheque se tendrá por no escrito", implica o conlleva una especie de título abstracto y por la naturaleza misma del cheque; vale decir: "no alude a ninguna razón o motivo por el cual se ha de pagar el cheque".

Nº5.- Del Art. 793 del Código de Comercio. "NOMBRE DE LA PERSONA A CUYO FAVOR SE LIBRA O INDICACION DE SER AL PORTADOR". Dice don Arturo Majada en su obra "Cheques y Talones en sus aspectos Bancario, Mercantil y Penal," ob.cit. pág. 135: "La fórmula más usada es la de "al portador" y la más conveniente también para los Bancos librados, ya que excusa de examinar la legitimación del presentante".

En cuanto a la transmisibilidad del cheque, ésta se dá por mera tradición, o sea que cualquier tenedor que lo presente al pago, tiene por añadidura tal derecho de pago. Ahora bien, supongamos que en el texto del documento faltare nombre de la persona a cuyo favor se libra, se sobreentiende, que ha sido girado al portador y ésto conforme a lo preceptuado en el Art. 675 del Código de Comercio, que dice: "Son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contenga o no la cláusula "Al portador",

Nº6.- LUGAR Y FECHA DE EXPEDICION. Otro requisito formal del cheque lo establece el Art. 793 del Código de Comercio. Esta disposición no contempla si la fecha deberá ponerse sólo en letras o si se admiten números, por lo que se entiende que puede hacerse de ambas maneras, sin que ello revista mayor importancia. Pero cabe preguntarse ¿qué efecto tiene la falta de la fecha en el cheque? Si falta la fecha del documento, el Art. 804 del Código de Comercio nos dice que el cheque será siempre pagadero a la vista, o sea en el momento de su presentación y se entiende que esa es -

la fecha de su emisión, o sea la fecha de su presentación, entienda, que es la de su emisión" (19).

¿CUALES SON LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA FECHA?

Son los siguientes: 1) Señálase el comienzo del plazo de presentación para el pago, de conformidad al Art. 808 del Código de Comercio vigente; 2) Límitase el plazo para la verificación del protesto, por supuesto, contado éste, a partir de la fecha de la presentación para pago, lo que debe hacerse en los plazos señalados por el Art. 808 del Código de Comercio; 3) Sirve para contar el plazo para la caducidad y prescripción de las acciones cambiarias derivadas del cheque, en los términos señalados por el Art. 819 del Código de Comercio para la caducidad y 820 del mismo cuerpo de leyes, para la prescripción.

Ocurre muchas veces, que la fecha puesta en el cheque no coincide con la fecha de la expedición; precisamente en estos casos, es cuando se presenta la irregularidad del cheque en cuanto a su fecha, hablándose entonces de cheques "ANTEDATADO" y "POSTDATADO". El primero, hace relación al cheque al que se le ha puesto una fecha anterior a la real. Dice a este respecto don Arturo Majada en su obra "Cheques y Talones de Cuentas Corrientes" ob.cit., que en el objetivo de tal cheque así emitido, es evitar que se considere que ha sido girado en descubierto por cuanto en la fecha puesta sobre el cheque, los fondos existían.

---

(19) ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO. "La Tutela Penal del Cheque" ob. cit.

Cuál es la importancia del cheque postdatado y en qué consiste éste? Consiste en que el cheque tiene fecha posterior a la --- real, es decir, una fecha futura, distinta a la de expedición del cheque, se podrá preguntar ¿Será por este simple hecho, nulo el - instrumento? Opinamos que este cheque postdatado, es tan válido - como el que reúne todas las exigencias del Art. 793 del Código de Comercio y fundamos nuestra opinión en lo preceptuado en el Art. 804 del Código de Comercio que en su Inciso 2º dice: "Todo cheque será pagadero a su presentación, aunque aparezca con fecha poste- rior". Esta prescripción clara, a nuestro saber y entender, exime al Banco de responsabilidades u obligaciones de pago, salvo el ca- so que el cheque lleve la fecha del día en que fue presentado, que entonces el librador asume responsabilidad civil y penal. También el Banco está exento de responsabilidad si se supone que el che- que postdatado lleva el propósito a favor del librador de "salir del paso de la falta actual de provisión con la esperanza de po- der verificarla en fecha próxima, evitando así la emisión de un - cheque en descubierto". (20).

Art. 793 NºVII del Código de Comercio: FIRMA AUTOGRAFA DEL LI BRADOR. Se entiende por firma la rúbrica usual del librador o la persona capaz y autorizada para librarlo, advirtiéndose que la fir- ma o rúbrica del librador debe coincidir con la firma puesta en - la tarjeta o registro del librado al ser abierta la cuenta co---- rriente. Para salir de dudas en cuanto se refiere a estas cuestio

---

(20) ARTURO MAJADA. "Cheques y Talones de Cuenta Corriente" ob.-- cit. Pág. 133.

nes formulémos esta interrogante: ¿El seudónimo usado por una persona, será equivalente o valedero como firma? La respuesta -- nos remite necesariamente al estudio del concepto o noción de firma. De acuerdo con el Maestro Guillermo Cabanellas es "FIRMA" -- nombre y apellido o título que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo suscribe, para autorizar lo allí manifestado o para obligarse a lo declarado (\*). En Derecho Mercantil, firma es sinónimo de razón social, ya sea puesta por un comerciante particular o por una sociedad. No significa que -- con la razón social se va a firmar, ya que firmará (valga la redundancia del término) la persona establecida por las cláusulas del PACTO SOCIAL. O bien como dice el Art. 802 del Código de Comercio."

Si quien concede la facultad es una sociedad, será necesario además, de una carta firmada por el Administrador o Administradores que tengan el uso de la firma social".

Con respecto a usar el seudónimo en lugar de la propia firma mechos autores de renombre (como De Pina Vara citado por Arturo Majada en "Cheques y Talones de Cuenta Corriente" (ob.cit.pág. - 129) se establece "La firma por seudónimo, no afecta la validez del cheque como tal, ya que sería injusto sostener la posición -- contraria, en perjuicio del tenedor de buena fe quien puede desconocer el nombre del librador; sin embargo, opinamos que el propósito del legislador no ha sido otro sino que la persona a fa--

---

(\*) GUILLERMO CABANELLAS. "Diccionario de Derecho Usual". "Tomo - II, pág. 202 ob.cit.

vor de quien se ha extendido el cheque se identifique por su --- nombre y apellido. ¿Qué ocurre con la firma ilegible? Lo que sucede es que tal firma así puesta, la hace más reconocida y peculiar como propia del librador, por lo tanto, no es óbice para negarle validez, ya que lo que importa es el poder identificar a la persona del librador cuya firma como tantas veces hemos dicho, está ya registrada en el banco, disponiendo además la institución bancaria del número de la cuenta corriente y del número del cheque impreso normalmente en éste.

Hay otra cuestión que es sumamente importante preguntarnos: - ¿Será admisible firmar un cheque mediante facsímil? (perfecta imitación de una firma, escrito, dibujo, etc.).

La respuesta naturalmente es negativa y la razón de peso para que se le niegue validez, a tal firma así puesta, es la facilidad para falsificar tal firma. Como dice Casals, citado por Arturo Majada en su obra "Cheques y Talones de Cuenta Corriente", (ob.cit. pág. 130). "El requisito de la firma del librador es el único que en el cheque ha de escribir éste por sí, manuscrito, autógrafo, - de su propio puño y letra, éste requisito es verdaderamente insoslayable, por cuanto la suscripción autógrafa es el signo del reconocimiento indubitado de la paternidad y voluntariedad de la declaración cambiaria".

Hasta aquí creemos haber analizado uno por uno, los requisitos que debe contener el cheque, señalados por el legislador en el Art. 793 del Código de Comercio.

Ahora veamos someramente las clases de cheques conocidos.

El doctor Roberto Antonio Soriano Guardado en su Tesis Doctoral "La Tutela Penal del Cheque" (ob.cit.) nos trae a cuento, una clasificación de tales documentos; esta clasificación nos parece acertada. Es la siguiente:

- A) CHEQUES NORMALES
  - 1) A persona determinada.
  - 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 o Gerencia.
  - 2) Cheques destinados a facilitar el traslado de plaza a plaza.
    - a) Cheques de viajero.
    - b) Cheques limitado o con provisión garantizada.
    - c) Cheque circular.

CHEQUES NORMALES

Son los que tienen por finalidad cumplir la orden incondicional de pagar la cantidad estipulada en el texto mismo del cheque. A NOMBRE DE PERSONA DETERMINADA. Según el Art. 797 N°1 del Cód-

go de Comercio puede ser tal persona, el mismo librador o un ter  
cero y en ambos casos se entenderá a la orden. Siempre en la mis  
ma disposición, es decir, en el Art. 797 en su N°2, encontramos  
la excepción a la regla anterior, cuando dice: "A favor de perso  
na determinada con la cláusula "NO A LA ORDEN" "NO NEGOCIABLE" u  
otra equivalente. Lo que quiere decir que tal cheque, no es trans  
misible por endoso, ni menos por tradición, ya que el único auto  
rizado a cobrar dicho documento, es la persona cuyo nombre apare  
ce en el texto del mismo cheque. A los únicos que puede endosar-  
se este tipo de cheques no negociables, es a los establecimien-  
tos bancarios. El Art. 799 del Código de Comercio claramente lo  
establece cuando prescribe: "Los cheques no negociables porque -  
se hayan insertado en ellos la cláusula respectiva o porque la -  
ley les da ese carácter, sólo podrán ser endosados a un estable-  
cimiento bancario".

#### CHEQUE A LA ORDEN

El Jurisconsulto GUILLERMO CABANELLAS, en su Diccionario Ju-  
rídico, Tomo I, pág. 573 ob.cit., nos dice: "Es el girador a nom  
bre de una persona, física o jurídica, haciendo constar su nom--  
bre y apellido (si es física) o la Razón Social, o nombre de la  
Entidad (en el otro supuesto) en el mismo cheque.

En tal caso, el tenedor puede endosar libremente el documen-  
to, sin otro requisito, que el de firmar al dorso del documento."

Como se desprende de la sola lectura, de lo que entiende el

Maestro CABANELLAS por "CHEQUE A LA ORDEN" se trata del tipo de cheques, que es el más usado entre nosotros, por la ventaja que ofrece, en cuanto a la facilidad de circulación.

#### CHEQUE AL PORTADOR

El Art. 796 del Código de Comercio ya mencionado antes, nos dice: "El cheque puede expedirse N°3 al portador". Esta modalidad de cheque se da cuando se omite mencionar al beneficiario en el texto del cheque, y aún cuando se le mencione, se agrega la palabra "AL PORTADOR", ésto último conforme al Art. 800 del Código de Comercio que dice: "El cheque emitido en favor de persona determinada y que además, contenga la cláusula "AL PORTADOR", se reputa al Portador.

Como se comprenderá, cualquier persona determinada, que tenga en sus manos un cheque de éstos, está facultado para cobrarlo legítimamente, de donde se colige, que circula por la simple entrega del documento.

El Jurista Guillermo Cabanellas dice al respecto: "Constituye por su facilidad de cobro y transmisión, una especie de billete de banco, emitido por un particular, ya que con la simple presentación por cualquiera, el banco abona la cantidad indicada en el mismo documento.

#### CHEQUES ESPECIALES

Recordemos que los cheques especiales pueden ser de dos cla-

ses: a) de circulación limitada; b) los destinados a facilitar el traslado de fondos de una plaza a otra.

Tal clase de cheques especiales, la encontramos regulada en el Capítulo VIII Sección "D" Art. 822 del Código de Comercio que dice: "SON CHEQUES ESPECIALES" y menciona siete clases de cheques, los que analizaremos en su respectivo orden así:

I.- EL CHEQUE CRUZADO, el cual entra a definirlo el legislador en el Art. 823 del Código de Comercio que prescribe". CHEQUE CRUZADO "es el que contiene dos líneas paralelas en el anverso, con indicaciones de un banco o sin ella. En el primer caso se denominará "CRUZAMIENTO ESPECIAL"; en el segundo "CRUZAMIENTO GENERAL".

Y luego continúa el legislador en el Inciso 2º explicando la forma de transferencia de tales cheques y dice así: "Los cheques cruzados son endosables". Esta es, pues, la regla general, en cuanto a la transferencia, pero agrega el legislador: "Sólo podrán pagarse a un banco de la República". Esto, agregamos nosotros, sucede en los casos de cruzamiento general, porque en los casos de cruzamiento especial el pago deberá hacerse precisamente al banco indicado entre las paralelas.

El cruzamiento general puede convertirse en especial, basta poner el nombre del banco cobrador, entre las líneas paralelas, pero no lo contrario, es decir que no se puede borrar, enmendar o testar el nombre del banco cobrador que figura entre las lí---

neas paralelas, a efecto de querer transformar un cruzamiento especial, en general. Claramente prescribe la situación apuntada - en el Inciso penúltimo y último del ya tantas veces mencionado - Art. 823 del Código de Comercio.

Como ya sabemos, el cruzamiento no es obstáculo, que impida la circulación del documento y ya vimos que se transfiere por endoso, luego entonces, cabe preguntar ¿Cuál es la limitación de - esta clase de cheques? En estos casos el Dr. Roberto Antonio Soriano Guardado dice al respecto: "el endosatario o tenedor legítí-timo del cheque, no puede cobrarlo personalmente, sino por con--ducto de un banco, si el cruzamiento es general, o por el banco nominado en el documento, si el cruzamiento es especial" (22).

#### CHEQUE PARA ABONO EN CUENTA

De acuerdo con el Art. 822 N°2 del Código de Comercio, con--siste este cheque, en el documento común y corriente constitutivo del cheque con todas las exigencias legales, con la sóla diferencia que en el anverso, o sea en la parte de atrás del cheque, se pone la cláusula "PARA ABONO EN CUENTA" o bien cualquier otra lectura que signifique lo mismo. La característica de esta clase de cheques, es que no puede ser cobrado, sino que es imperativo que se abona a cuenta del beneficiario con tal razón, ¿Quién entonces es el beneficiario de tal cheque, si sabemos que es transferible por endoso? Cabe responder, que se nos pueden presentar

---

(22) DR. ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO. "La Tutela Penal del Cheque". obt.cit.

varios casos. Veamos algunos de ellos: 1) Si el cheque no ha sido endosado, el favorecido, cae de su peso, que es el beneficiario o original; 2) Si el cheque ya ha sido endosado, antes de que se pusiera la razón "PARA ABONAR EN CUENTA", el favorecido será el último endosante. Hay que aclarar que la leyenda "PARA ABONAR A --- CUENTA" no necesita de firma, ya que el importe del cheque se abonará en la cuenta corriente que debería firmar la razón. Dicho importe será usado por el beneficiario, por medio de cheque contra dicha cuenta. El Art. 824 del Código de Comercio establece: "El librador o el tenedor, pueden ordenar que un cheque no sea pagado en efectivo, mediante la inserción en el documento de la expresión "PARA ABONO EN CUENTA". En este caso, el librado sólo podrá hacer el pago abonando el importe del cheque en la cuenta que lleve o abre en favor del tenedor, o al banco, en que éste lo haya depositado en su cuenta, etc. Cuando la expresión se encuentre en el anverso, el abono deberá hacerse al primer tenedor; cuando se encuentre a través de un endoso, el abono se hará al favorecido por dicho endoso.

El cheque no es negociable, a partir de la inserción de la cláusula "PARA ABONO EN CUENTA". Dicha cláusula no puede ser borrada. El cheque para abono en cuenta, no necesitará la firma del favorecido.

Al principio afirmamos que el cheque para abonar a cuenta se distingue del cheque ordinario, precisamente por la cláusula "PARA ABONO EN CUENTA", pero además, presenta otra característica peculiar: tal es la de no ir dirigido a obtener un pago metálico; a

sí pues, claramente deducimos que estamos en presencia de un requisito más, tal es, que el beneficiario de dicho cheque disponga de una cuenta corriente abierta, en donde pueda abonársele dicho cheque. En otras palabras, el cheque que comentamos, "No es un mandato de pago, sino más bien una orden de giro o compensación". (23).

### CHEQUE CERTIFICADO

"Es aquél cheque en el cual, el banco librado pone una constancia de que hay fondos suficientes para pagarlo" (24).

¿Cómo se certifica un cheque? Es al librador a quien compete el derecho de solicitar por escrito que el Banco certifique el cheque, declarando que existen en su poder suficientes fondos para pagarlo.

La inserción en el cheque de las palabras "VISTO BUENO" u otras equivalentes suscritas por el Banco, o la simple firma de la persona autorizada por la institución bancaria, puesta en el cheque, equivale a una certificación, ésto conforme al Art. 285 Inc. 4º del Código de Comercio.

¿Cuál es el efecto jurídico de certificar un cheque?

Desde el momento que el cheque se certifique, libera de responsabilidad al librador y endosantes, quedando únicamente

---

(23) y (24) ROBERTO LARA VELADO. "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil. Págs. 180 y 182. ob. cit.

sable el banco. La institución bancaria por su parte, cargará el valor del cheque a la cuenta del librador, Art. 825 Inc. 3° y 6° del Código de Comercio. Es decir pues, que una vez certificado el cheque, con la más simple razón (por supuesto debidamente firmada tal razón por el funcionario bancario facultando u autorizado para ello), basta sólo su firma y la constancia de que lo hace a nombre del banco, para certificar el cheque. Decíamos que una vez certificado en tal forma el cheque el banco consecuentemente se hace responsable de su pago, quedando por añadidura liberados todos los signatarios del cheque, es decir, librador, endosantes y avalistas. Otro efecto jurídico es que una vez certificado el cheque, se restringe su circulación, ya que únicamente puede cobrarlo o abonarlo a su propia cuenta corriente, el beneficiario mismo del cheque. Cabe aclarar, que la certificación del cheque es revocable por el librador, toda vez que éste devuelva el cheque certificado al banco para su cancelación (Art. 825 Inc. 5° del Código de Comercio).

Nuestro país, acepta de una manera expresa el cheque certificado, al igual que los Estados Unidos de Norte América, Colombia, Costa Rica, Rusia y China, para citar unos pocos ejemplos. Hay por el contrario, países que no aceptan tal cheque e incluso lo prohíben, tales como Suiza, Turquía, México, Nicaragua y Suecia.

#### IV.- EL CHEQUE DE VIAJERO

Es el cheque emitido por una institución bancaria en favor de determinada persona. Su nota típica, es que puede ser presen-

tado en un banco o cualquiera de sus sucursales o corresponsales en la República o en el extranjero, de allí que el banco emisor - tiene que realizar necesariamente operaciones de carácter internacional. Entre las obligaciones del banco emisor de tales cheques, está la de proporcionar una lista al beneficiario, en la cual deberá constar todas las instituciones bancarias con sus respectivas direcciones, en donde el tenedor puede presentar a cobro dichos - cheques. "El cheque es vendido a una persona que desea utilizarlo para trasladar fondos de un lugar a otro (\*).

En el preciso momento de emitir el cheque, el tenedor firma - el mismo. Esto por supuesto lo hace en el anverso del cheque y en presencia de un funcionario del banco. Si lo endosa, debe de poner otra firma, con la finalidad de que quien recibe el cheque, - pueda confrontar ambas firmas, garantizando así, la autenticidad del endoso (Art. 828 del Código de Comercio).

#### V.- CHEQUE CON PROVISION GARANTIZADA O CHEQUE LIMITADO

Establece el Art. 832 del Código de Comercio: "El banco puede autorizar a una persona a librar cheques limitados o con provisión garantizada, entregándole fórmulas especiales. Cada fórmula deberá contener cada uno de los requisitos siguientes: I.- Denominación de cheque limitado inserto en el cheque (sin comentarios - por ser intelegible). II.- Fecha de su entrega. Esto es importante en cuanto a que delimita la fecha en que ha de caducar el documento. III.- Cantidad Máxima por la que el cheque ha de ser librado, impreso en letras u en números. Por ejemplo: VALIDO HASTA LA

CANTIDAD DE DOS MIL 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 viene a marcarnos el tiempo de validez de este tipo de cheques incluso para tomar en cuenta las acciones cambiarias.

Continuando con el último inciso del Art. 832 del Código de Comercio vemos que la entrega de un formulario, es el equivalente a que el banco emisor certifique de que hay fondos suficientes para cubrir el cheque, hasta por la cantidad máxima fijada en el texto del cheque durante el tiempo de circulación. Aclaro que este título valor funciona en forma análoga al cheque de viajero, distinguiéndose de éste, en que el tomador puede librar cheques por cantidades inferiores a las fijadas en cada fórmula, en caso por supuesto, de no querer usar toda la cantidad consignada en dicho formulario.

El Maestro Lara Velado en su obra ya tantas veces citada "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil" (pág. 182) hablando sobre la utilidad de tal cheque, especifica lo siguiente: Su utilidad estriba en que pueden emplearse para negocios, en los cuales no se conoce exactamente la cantidad de dinero que va a necesitarse, pudiendo proveerse el interesado de formularios hasta por el valor máximo que puede eventualmente utilizar.

#### VI.- EL CHEQUE CIRCULAR

El legislador aunque no era esa su función, (cometiendo a mi

juicio, una impropiedad) entra a definirnos tal cheque en el Art. 833 del Código de Comercio y nos dice: "El cheque circular es un título a favor de persona determinada que contiene la promesa hecha por una Institución Bancaria de pagar una suma determinada de dinero en cualquiera de sus establecimientos, diversos a aquél en que el cheque fue librado. O sea, pues, que el Banco librador, es quien responde directamente del pago del cheque, por lo que los endosantes no se ven implicados en dicha responsabilidad. El Art. 835 del Código de Comercio estipula el plazo para cobrar y es de seis meses contados a partir de la fecha de emisión (Art. 835 del Código de Comercio; N°VII del Art. 822 del Código de Comercio).

#### CHEQUE DE CAJA O GERENCIA

Lo libra un banco ya sea para hacer un pago a una determinada persona, o bien para transferirle fondos en ocasión de haberle concedido un crédito a esta persona. Si el banco es quien lo libra, en consecuencia serán quien responderá del pago del cheque.

El doctor ROBERTO LARA VELADO en su obra ya citada "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil" en la pág. 180, cuando se refiere a los cheques de circulación limitada, menciona entre tal tipo de cheques el de Caja o Gerencia, cosa que a nuestro juicio no es correcta, ya que este cheque puede circular libremente por endoso, pues no está prohibido el endosarlo y además -

es negociable. En nuestra legislación, tal documento está regulado en el Art. 837 del Código de Comercio.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO DE LIBRAMIENTO DE  
CHEQUE SIN FONDO

El ilustre Jurisconsulto Señor Licenciado Francisco González De La Vega, al comentar el Art. 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana, equivalente al Art. 372 del Código Penal nuestro, dice que con tal disposición se ha creado un delito formal "cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión del cheque no pagadero.- La sanción se aplica como enérgica manera de tutelar la circulación del cheque, título que de preferencia sirve como autónomo instrumento de pago de las obligaciones vencidas o sin plazo, y al que se concede gran valor fiduciario" (1).

Del párrafo anterior se origina la tesis formalista o sea la que sostiene que el delito de libramiento de cheque sin fondo es un delito formal; por metodología, antes de continuar, definamos el delito formal "DELITO FORMAL": como aquél que se considera ejecutado por el hecho de su realización, cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o formalidades de la acción criminosa; esta definición se encuentra implícita en el concepto dado por GONZALEZ DE LA VEGA.

"DELITO FORMAL" es aquél que se considera consumado por la -

---

(1) FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. "Derecho Penal Mexicano". Tomo II. N°339.

mera ejecución del hecho que lo constituye, con prescindencia completa de la producción del efecto que se haya pretendido alcanzar. (1).

CARRARA en su Programa de Derecho Criminal, Cap. III N°8 citado por José Becerra Bautista en "El cheque sin fondo", pág. 75, dice: "Existe delito formal, cuando para consumarse no necesita la realización del daño; este concepto se opone al de delito material, en el que el acto delictivo sólo se consuma por la realización del daño".

Ahora veamos una definición de delito material, según lo define el Jurista GUILLERMO CABANELLAS en "Diccionario de Derecho Usual": "El que requiere la producción del resultado; como dar la muerte en el homicidio".

Mezger afirma "que la distinción entre los llamados delitos de simple actividad (puros delitos de acción, delitos formales) y los llamados delitos de resultado (delitos materiales) se hallan en íntima relación con el resultado externo" (2).

La gran diferencia entre los delitos formales y materiales -- que encontramos en las definiciones de los distintos autores, es que para que pueda hablarse de delitos materiales, es requisito indispensable que se realice el efecto que haya pretendido el delincuente, y en los primeros o sea en los formales, basta que se

---

(1) EUSEBIO GÓMEZ. "Tratado de Derecho Penal" T. I, pág. 425.

(2) MEZGER. "Tratado de Derecho Penal" T. I, Pág. 180, citado -- por José Becerra Bautista en "El Cheque sin fondo" ob.cit.P.76

consume el acto delictivo autónomamente de la realización del daño que se había propuesto causar el agente.

La definición de González de la Vega, sobre el delito formal, no es aceptada por los grandes penalistas por no estar acorde al aspecto doctrinario.

Aplicando tales aspectos al delito objeto de nuestro estudio, probablemente GONZALEZ DE LA VEGA, parte del supuesto de que estando regido el cheque por la teoría de la asignación formal, en materia mercantil, la aplica al problema penal. Mossa dice: "---- Quien estampa su firma es responsable de la apariencia que de allí deriva, de la apariencia del valor creado para todos. (Mossa, Derecho Mercantil, Tomo II, pág. 415) Becerra Bautista dice en su obra, "El Cheque sin fondo" ob. cit., pág. 79. Admitir esta teoría, puramente mercantil al terreno penal, es olvidar el principio de la comprobación de la verdad real que funda todo derecho procesal penal.

Si tratamos de adecuar la teoría que sostiene que el delito formal se consume con la mera ejecución del hecho, no importando que se realicen o no los fines, o efectos que se propuso causar el agente, necesario es tener siempre presente que si el cheque es pagado al momento de su presentación, aunque el librador hubiere carecido de fondos al expedirlo, o bien que no hubiese tenido autorización para girarlo, no se tipifica la figura penal.

Con lo dicho deducimos que nuestro legislador al redactar el

el Art. 372 del Código Penal vigente, no consideró entre los distintos casos previstos, que constituyen un delito formal, ya que ni siquiera se le puede aplicar la doctrina del delito formal a dicho artículo.

Al legislar sobre el aspecto penal del cheque, el espíritu -- del legislador, fue tutelar al tomador de buena fe quien cree recibir un pago. Esto es, mientras que el cheque se pague, no da lugar a hablar de comisión de delito.

#### DELITO DE PELIGRO

En el Derecho Penal, no es importante sólo la lesión, sino -- también el peligro a que están expuestos los bienes jurídicos. Veamos pues el concepto de peligro: "PELIGRO" es la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial" (1).

En cuanto al cheque sin provisión de fondos se refiere, el único que lo ha considerado como delito de peligro, es el Maestro JUAN GONZALEZ BUSTAMANTE, quien afirma: "Cuando el cheque no cumple su función de ser un instrumento de pago, no podemos llamarle cheque; podrá dar origen a reclamaciones en el orden civil, pero no será cheque, aunque este nombre se encuentre inscrito en el documento". Tal criterio me parece inconsistente y por ello me adhiero a la crítica que de ésto hace el Maestro Becerra Bautista -- en su obra, ya que como muy bien lo afirma tal autor en la página

---

(1) MEZGER, EDMUNDO. "Tratado de Derecho Penal" Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 6a. Edición - 1955.

46 de su obra "El Cheque sin fondo", obt. cit., hay que examinar las condiciones privativas de la expedición del cheque.

a) BIEN JURIDICO TUTELADO. Respecto al bien jurídico que se ha pretendido proteger con la creación de delito de LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS, hay tres tesis diferentes; hay --doctrinarios penalistas que sostienen que el bien jurídico tutelado es la propiedad, ya que se produce con la realización del delito en estudio, un perjuicio patrimonial.

Otros sostienen que lo que el legislador ha pretendido tutelar es el aspecto fiduciario del cheque, ya que importa no sólo el interés de vulnerar derechos individuales por parte del sujeto activo que libra el cheque sin fondo, sino que cuando la norma penal es violada, arrastra un daño social, lesionando la confianza que la sociedad le tiene al cheque como instrumento de pago y de circulación cambiaria. Tal como podemos observar, estamos ya frente a un segundo criterio en el que el bien jurídico tutelado es la fe pública; seguidores de esta tesis son las legislaciones de Argentina y Ecuador.

Para que el cheque lleve a cabo en forma satisfactoria su función, es menester que difunda confianza, por lo tanto, todo atentado a esta función, significa lesión a la fe pública, recordemos que el cheque desempeña una finalidad y que entre todos los valores, es el que más se asemeja al dinero.

Nuestro legislador ha adoptado el criterio en el Código Penal

vigente, que el bien jurídico tutelado es de carácter colectivo, ya que éste es la economía pública, tan es así que ubicó la tipificación del delito en el Título III "DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO", siendo más específico en el Capítulo II, donde menciona las actividades propias de la economía como son la industria y el comercio, en la Sección Primera y como subtítulo dice: SECCION -- PRIMERA, FRAUDES CONTRA LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO, y en la SECCION SEGUNDA "QUIEBRA Y LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDO" tipificando el delito en el Art. 372 del Código Penal vigente que dice: CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS".

b) ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO . Estos elementos los podemos clasificar en objetivos y subjetivos.

ELEMENTOS OBJETIVOS: Consisten en las diversas formas de exteriorización de la voluntad humana, y por eso algunos tratadistas los llaman también elemento material pues tal término no es comprensivo tanto de la acción como de la omisión. Con este elemento se concretiza el hecho punible y la participación del sujeto activo en el mismo. Por ejemplo, en el homicidio, el hecho de matar; en el libramiento de cheque sin provisión de fondos, el hecho de librar.

Mucha discusión existe entre los doctrinarios del derecho penal, en cuanto al término a emplear para designar este elemento, ya que algunos se refieren a él denominándolo "acto", habiendo quienes lo designan con el vocablo "conducta" y otros tratadistas usan el término "hecho", etc.

Entre los que denominan "ACTO" al elemento objetivo del delito, podemos mencionar a don Luis Jiménez de Asúa. Tal denominación es criticable, ya que es de contenido muy restringido; recordemos que materialmente hablando, hay delitos que requieren más de un acto para dar por agotado el delito; ésto ocurre con delitos llamados plurisubsistentes, en los que para configurarse el delito se requieren varios actos; veamos algunos de los innumerables ejemplos que hay en nuestro Código Penal vigente: el Art. 211 Pn. referente a EXHIBICIONES OBSCENAS, el Art. 210 Pn. LA EXPLOTACION DE LA PROSTITUCION, etc. Los que llaman al elemento objetivo del delito "HECHO", entre ellos Edmundo Mezger, en su obra "DERECHO PENAL" parte general (1), quieren comprender en tal vocablo, todos los elementos del delito, restringiendo por lo tanto, la significación del vocablo hecho, a aquel acontecimiento exclusivamente atribuible a la mano del hombre, tomando por supuesto en cuenta, las particularidades de tal hacer, en lo referente al aspecto legal, tales como lo típico, antijurídico, imputable, culpable y punible.

Hay doctrinarios que sostienen que el término que debe emplearse para referirse al elemento objetivo del delito es el de "CONDUCTA" ya que en él se comprende toda una gama de formas empleadas por el hombre al exteriorizar su conducta ya sea en un hacer o en un abstenerse de hacer.

Finalmente, existen tratadistas del Derecho Penal que sostie-

---

(1) MEZGER, EDMUNDO. "Tratado de Derecho Penal" T.I, Pág.180 ob.cit.

nen que el término que debe emplearse para designar el primer elemento del delito (el objetivo), es el de ACCION, aduciendo que en tal palabra se comprenden las formas específicas de acción estrictamente hablando, así como también las de omisión. Veamos el criterio de algunos autores, sobre tales denominaciones.

Pannain, citado por Juan González Bustamante, refiriéndose al delito en general nos dice: "El delito es un hecho al que se le da una connotación equivalente a la suma de todos sus elementos, pero precisando al mismo tiempo, que tal término tiene un significado restringido que conforma uno de los elementos del delito".-- Jiménez de Asúa, critica a Pannain, ya que según lo expresado por éste, se comprendería todo acontecimiento proveniente o no del -- hombre. Sobre lo último, realmente no me parece consistente, ya -- que según lo manifestado por Juan González en su obra ya citada, nos dice: (1) "Esta crítica a nuestro parecer insustancial, carece de importancia puesto que el hecho se refiere necesariamente, a un acontecimiento que proviene de la mano del hombre y nada más de él, dado que tal hecho está subordinado a determinadas características integrantes de otros elementos del propio delito". Clarifiquemos pues, que al referirnos al hecho, no debemos dejar por -- la tangente, que necesariamente tal hecho debe ser típico, antijurídico, culpable y punible.

Don Mariano Jiménez Huerta nos dice: "Es más prudente y ade--

---

(1) JUAN GONZALEZ BUSTAMANTE. Ob.cit. pág. 95.-

cuado el término "Conducta" porque recoge en el contenido de tal término, las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar lo teleológico que forzosamente débese captar en cada acción u omisión humana - para poder concluir que se trata o integra un comportamiento dado" (1).

De lo antes expuesto, podemos concluir que los doctrinarios no han conseguido llegar a un consenso general en cuanto al vocablo a emplear para denominar al elemento objetivo del delito, el cual en síntesis no es otra cosa que la materialización de la voluntad del hombre. Nuestro Código considera al elemento objetivo legalmente como un acto conforme lo prescrito en los Arts. 21 y 36 del Código Penal y además, todos los núcleos de los diferentes tipos de la parte especial configuran un hacer, ya sea por comisión o por omisión.

Concepto de Resultado. Lo podemos interpretar de dos maneras, en su sentido genérico o latu sensu: "el actuar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo de los fenómenos" (2).

En sentido restringido, por resultado debemos entender "las modificaciones que se producen en el mundo de los fenómenos, con motivo de la acción o de la omisión del hombre" (3).

- 
- (1) MANUEL JIMENEZ HUERTA. "Panorama del Delito. Nullum Crimen - Sine Conducta" México 1950, págs. 7 y sgts. citado por Juan José González Bustamante. ob.cit. pág. 96.  
(2) JUAN GONZALEZ BUSTAMANTE. ob.cit. pág. 97.  
(3) VICTOR MANUEL ALFARO ARROYO. "Aspectos Penales del Cheque" ob.cit., pág. 18.

Ni uno ni otro sentido, son adaptables en una concepción jurídica, ya que no toda mutación fenomenológica del hacer humano, es relevante al derecho. Por tal razón y como lo sostiene Antolisei, resultado es el efecto natural de la acción relevante para el derecho. Resultado pues, refiérese al efecto natural del hacer o no hacer del hombre, de manera que tal acción u omisión se encuentre enmarcado hipotéticamente en norma. O lo que sería lo mismo, el cambio que sufre el mundo exterior a consecuencia de la exteriorización de la voluntad humana, o sea que la causa es la voluntad de un hacer o un no hacer, el efecto, un cambio en el mundo fenomenológico externo con relevancia jurídica.

Desde el punto de vista doctrinario, existen dos concepciones en orden al resultado, así:

a) Jurídica o Formal; y b) Naturalística o Material.

#### JURIDICA O FORMAL

Estima que por resultado debe comprenderse el cambio que sufre el mundo abstracto o inmaterial, comprensivo precisamente del ámbito de la norma penal. Luego, puede concluirse, que es el cambio o mutación que sufre el campo jurídico a consecuencia de la acción u omisión del hombre o sea de la voluntad humana.

#### NATURALISTICA O MATERIAL

Hace relación al cambio que se opera en el mundo material que viene a constituir un efecto o consecuencia de la causa que es la voluntad humana en sus distintas manifestaciones: un actuar y un

omitir, las cuales la ley toma en cuenta para elaborar los distintos tipos penales. Con lo dicho y hablando ya en el campo del Derecho Penal, podemos concluir que existen dos tipos de delitos, - los formales y los materiales. Observemos que ya estamos hablando de dos conceptos diferentes por lo que debemos distinguir dichos conceptos para evitar confusiones. Don Luis Jiménez de Asúa dice que: "Por delito formal débese entender aquellos de simple actividad (hacer), la actividad misma, agota el delito, sin requerirse la existencia de un resultado material". (1)

Los delitos son materiales cuando cristalizan su resultado en el mundo exterior. Con el criterio formalista ineludiblemente llegamos a la conclusión de que todo delito tiene un resultado, bien positivo o negativo y ésto porque la conducta humana produce una mutación en el mundo del derecho. Pero desde el punto de vista materialista, no toda acción u omisión del hombre produce cambios - en el campo material.

Hablar de resultado es aludir a los efectos naturales de la conducta positiva o negativa del hombre, que se encuentran recogidos dentro de la hipótesis legislativa.

CONDUCTA Y RESULTADO: EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO

El elemento objetivo del delito en cuestión lo llamaremos "CONDUCTA" toda vez que el elemento tipo descrito sea de mera actividad

---

(1) LUIS JIEMENEZ DE ASUA. "La Ley y el Delito". Edit.Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954.

vidad, es decir pues, de simple conducta. ¿Cuándo entonces lo denominaremos HECHO? Toda vez que el tipo penal necesariamente requiera un resultado.

Trataremos ahora de acoplar lo dicho al delito de libramiento de cheque sin fondo; el sujeto activo al realizar o verificar la acción consistente en librar el cheque sin provisión de fondos, - con el mero hecho de librar, nos da el núcleo del tipo (véase claro que en la acción de librar, está concretando su conducta). Dicho de otra forma, como sostiene Juan González Bustamante, en su obra "El Cheque" ob. cit. pág. 101: "El hacer del hombre, la actividad, se encuentra resumida en el verbo librar (en cuanto a la terminología usada coincide con Beling), que constituye el núcleo del tipo, ya que la ley se refiere al librador de un cheque". La conducta del sujeto activo se concretiza en el acto mismo de librar un cheque que por causas imputables al que lo gira (ya prescritas en la ley), no es pagado por la institución bancaria en donde se presenta para tal efecto.

Las razones para que la institución bancaria se abstenga de pagar el cheque podrían ser entre otras:

- 1) Por carecer el librador de fondos disponibles;
- 2) Por tener fondos el librador, pero insuficientes que no alcancen a cubrir el monto del cheque girado;
- 3) Por frustrar maliciosamente el librador el pago del cheque;
- 4) Por carecer el librador de autorización para girar cheques

a cargo del librado (1).

Conforme al numeral uno se ven claros los supuestos necesarios para que se tipifique el delito: a) una acción consistente en librar el cheque; b) una omisión consistente en no proveer los fondos necesarios al Banco, para que éste cubra el importe del documento al momento que sea cobrado. No está demás explicar, que no basta el simple hecho de girar un cheque sin fondo, ya que es necesario que el cheque además de ser girado, sea presentado a cobro por el beneficiario y que no se pague por falta de fondos. Ya dijimos que se trata de un delito plurisubsistente, es decir, compuesto de varias acciones, como la de girar el cheque y no proveer de fondos al banco librado.

2) La segunda hipótesis nos recuerda lo ya dicho en el primer capítulo, referente a que aunque el beneficiario de un cheque puede aceptar que se le pague parcialmente el cheque presentado a cobro, en caso de que los fondos existentes no alcanzaren a cubrir la totalidad del cheque.

Por añadidura, pues, si el beneficiario del cheque acepta el pago parcial, su acción criminal se limitaría a la parte insolvente, y si no acepta el pago parcial, estaríamos frente a la primera hipótesis.

3) POR FRUSTRAR MALICIOSAMENTE EL LIBRADOR EL PAGO DEL CHEQUE

El agente activo concretiza su conducta delictiva al librar -

---

(1) Parte de clasificación presentada por el Dr. Roberto Soriano Guardado, en su Tesis Doctoral "La Tutela Penal del Cheque.-- obt. cit.

el cheque; en cuanto al no pago será consecuencia de otra acción del girador, la que consistirá en frustrar maliciosamente el pago de tal documento, lo que podría hacer de dos maneras: a) retirando los fondos que tuviere en el banco; o b) dando contra orden para el pago del cheque sin causa razonable, manifestada al Banco.- Ambas alternativas deben ocurrir antes que transcurra el plazo legal de presentación del título valor por el beneficiario. No basta el sólo acto de librar el cheque para que se dé la figura delictual, pues ésta se materializa con el concurso de otro acto ulterior realizado necesariamente en el plazo de presentación del cheque al banco girado, tal es la disposición de los fondos del cuentahabiente en la institución bancaria.

El delito se realiza por un doble acto así:

- a) Girar el cheque; y
- b) Disponer de fondos el cuenta-habiente.

Ambas acciones materializan el resultado material del delito que es el no pago del cheque, por ello es que se dice que estamos en presencia de un delito plurisubsistente o sea de doble acción.

4) POR CARECER EL LIBRADOR DE AUTORIZACION PARA GIRAR CHEQUES A CARGO DEL LIBRADO.

Desde este punto de vista, la conducta delictual se perfecciona con el simple acto de librar el cheque; la consecuencia es el no pago de éste, por falta de autorización bancaria para girar -- cheques. De donde se colige, que el delito se tipifica por un sólo acto "librar el cheque", delito unisubsistente según esta hipótesis.

CLASIFICACION DEL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES  
SIN FONDO EN ORDEN AL RESULTADO.

ALFARO ARROYO, en su tesis, clasifica este delito en orden - al resultado así: a) INSTANTANEO y b) MATERIAL (1).

DELITO INSTANTANEO: "Cuando la violación jurídica que el acto de lictivo produce se extingue en el instante de consumarse. v.g.en el homicidio o en el hurto". (2)

En el estudio que ocupa nuestra atención, el elemento genera dor del delito en orden al resultado es el no pago, el rechazo, la negativa de pagar el cheque, que en definitiva determina la - consumación del delito.

DELITO MATERIAL: Por cuanto el sujeto activo con su conducta an tejurídica viene a modificar el mundo externo, lo que se da en - el resultado del no pago del cheque, o sea el resultado va más a llá del acto.

EL PROBLEMA DE LA RELACION CAUSAL: Decíamos que el delito de li bramiento de cheque sin provisión de fondos, es de resultado mate rial, el que se integra por un hecho como es el giramiento del - cheque que viene a constituir la conducta activa o antecedente y el no pago del documento que es el consecuente. El vínculo de -- causalidad entre antecedente y consecuente, o sea entre conducta y resultado, se da cuando la conducta sirve de condición para --

---

(1) VICTOR MANUEL ALFARO ARROYO. ob. cit. pág. 36

(2) GUILLERMO CABANELLAS. ob.cit. pág. 611.

que el hecho se produzca. Es decir, que sin la conducta, el evento no hubiere nacido.

Con respecto a la relación causal, el DR. MANUEL ARRIETA GALLEGOS, nos dice: "Existe tal relación 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, ésto es una *conditio sine qua non* del resultado producido" (1).

Para una mejor comprensión del nexo de causalidad en el delito de libramiento de cheque sin fondo, hagamos una abstracción mental y suprimamos así, el momento de girar el cheque, lógicamente no se produciría resultado alguno, de donde colegimos que el vínculo de causalidad deberá su existencia a una acción "LIBRAR" o antecedente y un resultado como es el no pago del documento.

#### AUSENCIA DEL HECHO

Como decíamos anteriormente, el hecho delictivo en estudio se configura como los elementos: conducta, resultado y vínculo causal. Sólo es posible hablar penalmente de hecho, cuando concurren tales elementos "si falta la conducta o el resultado exigido por el tipo, no existirá nexo causal" (2).

Existen dos tipos de conducta: una positiva y otra negativa,

---

(1) DR. MANUEL ARRIETA GALLEGOS. "Lecciones de Derecho Penal". Imprenta Nacional, San Salv. El Salvador, C.A., pág. 146.

(2) VICTOR MANUEL A. ARROYO. ob. cit. pág. 38

dependiendo de que el agente tenga o no la capacidad para responder de sus acciones u omisiones.

Aunque es muy discutido, algunos autores pretenden ubicar como conducta negativa el sueño, el sonambulismo, la hipnosis, actos reflejos, narcosis, etc.; otros por el contrario, no admiten que tales estados deban colocarse en aspectos negativos de la conducta, ya que si bien es cierto que el sujeto al obrar o dejar de hacer, frente al imperativo de la norma, la cual le ordena una conducta contraria, no tiene la capacidad necesaria para responder ante el Derecho Penal, aunque tales actos tengan una naturaleza antijurídica. Dicho de otra forma, el elemento generador de la conducta es la voluntad, si llegase a faltar ésta, no podríamos hablar de existencia de conducta o de existencia de acto.

No es sólo la fuerza física irresistible la que constituye la ausencia de acto; a ella se agregan diversos estados psicológicos, tales como el sueño natural o provocado, la hipnosis y los movimientos reflejos corporales.

La no mutación del mundo exterior al agente, exigido como elemento material del delito, impide la integración del hecho.

Otro autor nos plantea al respecto una situación más que interesante, ya que la podemos aplicar al Art. 372 del Código Penal Salvadoreño: "Será sancionado con prisión de tres meses a un año: 1o.) El que librare un cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto". "Si un sujeto li

bra un cheque sin tener autorización para ello, o bien teniéndola carece de fondos en el momento de librar, o los retira antes de que venza el plazo de presentación, pero aún así, el cheque se paga por la institución librada. ¿Se dá el delito de libramiento de cheque sin fondo? El elemento fáctico del delito se dá sólo cuando no existe la provisión de fondos por causas meramente legales, aunque el banco por un error pague, pues aún en este caso, se dá la figura tipificada en el Art. 372 del Código Penal.

### ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO

#### 1) TIPO Y TIPICIDAD

DEFINICION DE TIPO: "TIPO" alude a la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (1).

Esta definición podemos notar que es descriptiva y no valorativa. El mismo jurista aclara que hay auténticos tipos de descripción puramente objetivos, pero al mismo tiempo otros en los que se dan determinadas modalidades de la conducta o incluyen elementos normativos o susceptibles de ser referidos al injusto" (2).

Antolisei por su parte, sostiene que en la figura delictual concurren no sólo elementos de carácter material incluidos en la

---

(1) LUIS JIMENEZ DE ASUA. Edit.Hermes, 2a.Edic., 1954, pág. 254.

(2) LUIS JIMENES DE ASUA. ob. cit., pág. 254.

norma de derecho penal, sino también caracteres de naturaleza objetiva y subjetiva" (1).

Para citar un ejemplo de tipos que requieren una valoración externa en el delito de estupro, tenemos la honestidad y buena fama de la ofendida.

No confundir pues, la tipicidad con el tipo; ya sabemos que este último es la descripción legal, independiente de la naturaleza de los elementos que configuran el delito y de acuerdo con casi todos los autores, hay tipicidad cuando "hay adecuación, concordancia, encuadramiento perfecto entre una conducta o hecho y la propia conducta o hecho hipotetizado en la norma especial; lo que supone el carácter presupuestal del tipo con relación al elemento objetivo o fáctico del delito" (2).

En cuanto al delito de libramiento de cheque sin fondo, hay tipicidad cuando un hecho material concreto encuentra su adecuación perfecta en la hipótesis abstracta contemplada en la Ley; ejemplo: una persona libra un cheque, éste no es pagado por la institución bancaria librada, por razón de que el girador no tenía fondos al momento del libramiento, o bien habiéndolos tenido, da orden al banco de no pagar el cheque o retira el depósito antes de que se cobre el cheque girado, es decir, que frustre maliciosamente el pago del cheque; otro caso: el mismo ejemplo anterior pe

---

(1) FRANCISCO ANTOLISEI. "Estudio Analítico del Delito", Pág. 51, Anales de Jurisprudencia. México, 1950.

(2) JUAN GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit., pág. 127.

ro en el caso de que el cheque no es pagado porque el girador carecía de autorización bancaria para librar cheques.

Ya dijimos que la tipicidad es un factor determinante de la figura delictiva o sea un elemento fundamental del delito.

A la definición de la conducta que se considera delictual, usando para ello la tipicidad, le llamaremos TIPO; esta acepción significa: "Modelo, ejemplar, dechado // Representación, emblema/ Figura principal se la conoce como "corpus delicti" o cuerpo del delito, el que necesariamente tiene que probarse por medio de las reglas que nos dan los Códigos Procesales, donde incluso se contemplan los elementos materiales del delito, dejando en consecuencia , satisfecho el principio de legalidad". (1).

#### ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO DEL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE

Siguiendo al connotado penalista Jiménez de Asúa, podemos afirmar "que no se puede negar en todos los tipos penales la descripción objetiva, la que tiene como núcleo la determinación del tipo mediante el empleo de un verbo principal" (2).

No podemos dejar de mencionar también que algunos tipos penales hacen referencia a determinadas calidades de los sujetos (activos y pasivos) que participan en la relación criminal, o bien con el tipo se alude a modalidades de tiempo, de lugar, de medios de comisión del delito o a la calidad del objeto.

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. T. IV., pág. 237.

(2) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. pág. 133.

### 1) CALIDAD ESPECIAL DEL SUJETO ACTIVO

El verbo usado por nuestro legislador en el Art. 372 del Código Penal Salvadoreño, en sus distintos numerales, es "LIBRAR" o sea la pues la sanción penal se aplicará al sujeto cuya conducta se adecúe a la hipótesis prescrita por la norma, no se exige una condición especial del agente, en conclusión: cualquier persona es apta para colocarse en posición de sujeto activo, toda vez que no existan las excepciones ya descritas por la ley, como por ejemplo, causas de justificación, ausencia de acto, etc.

### 2) CALIDAD ESPECIAL DEL SUJETO PASIVO

Cualquier persona puede llegar a ser sujeto pasivo del delito de libramiento de cheque sin fondo; si vemos el Art. 372 de nuestro cuerpo de leyes penales vigentes, no menciona calidad alguna que deba tener el sujeto pasivo de este delito. Decimos por ello, que el sujeto pasivo es impersonal" (1).

### 3) REFERENCIAS ESPECIALES

Aunque Juan José González Bustamante en su obra "El Cheque" - (ob. cit.) dice que no encontramos ninguna referencia especial, - sin embargo el doctor ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO en su tesis doctoral ya tantas veces aludida, nos dice en la página 52 -- que "Una referencia especial de esta naturaleza sería el carecer de autorización del librado para girar cheques".

---

(1) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. pág. 52.

Supongamos que el Banco al celebrar el contrato de cuenta corriente, autoriza al librador para girar cheques sin provisión su ficiente de fondos hasta por determinada cantidad de dinero, en este caso, si llegare a perfilarse la situación de girar en descubierto, el agente no llegaría a la frontera delictual toda vez -- que no se sobregirase en los términos acordados con el banco.

En igual carencia de autorización del librado se encuentra la persona que gire un cheque en formulario ajeno (Art. 372 N°3 del Código Penal de nuestro país). La razón de ello cae por su peso, en cuanto que si no existe autorización del librado para que éste gire cheques, faltaría pues lo que yo llamaría la relación de causalidad entre librador y librado. No podemos omitir también la situación contemplada en el Art. 802 del Código de Comercio Salvadoreño que prescribe "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. No se puede dar el delito de libramiento de cheque sin fondo, si no mediare la autorización exigida por la Ley.

## REFERENCIAS TEMPORALES

El tipo de este delito está íntimamente relacionado con el --plazo de presentación del cheque al banco para que sea pagado, so--bre el particular debemos recordar los plazos señalados primera--mente por el Art. 372 Inc. 3º del Código Penal que dice: "En los -casos de este artículo, la acción penal procede solamente por de--nuncia o acusación de la persona agraviada, quien podrá intentar--la después de los tres días subsiguientes al del protesto.

Y en segundo lugar, los plazos señalados por el Art. 808 del Código de Comercio que afirma: El cheque deberá presentarse para su pago:

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

II.- Dentro de un mes si fuere expedido en territorio nacio--nal pagadero en plaza salvadoreña diferente de aquellas en que -fue librado;

III.- Dentro de los tres meses si fuere expedido en el extran--jero 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 fi--jen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

La referencia de carácter temporal contenida en el tipo pre--cisamente es la que dará lugar a la existencia del delito y la -

ausencia de este elemento típico dará lugar a la inexistencia del delito.

Analizando detenidamente el Art. 808 pueden surgir ciertas dudas, para el caso veamos la siguiente cuestión: El numeral primero del citado Art. del Código de Comercio Salvadoreño, dice que "el cheque deberá presentarse para su pago N°1. Dentro de los quince días que siguen al de su fecha si fuere pagadero en el mismo lugar de su libramiento". Luego entonces, el cheque que se presenta al banco el mismo día en que se expide quedaría incluido en la redacción del numeral primero de dicho Art. 808 del Código de Comercio. ¿En caso contrario cómo se debe interpretar cuando la disposición dice que debe presentarse a cobro dentro de los quince días que sigan al de su fecha? El doctor Soriano Guardado en su tesis doctoral "La Tutela Penal del Cheque" nos dice: "Existen dos opiniones contradictorias con relación a esta cuestión, así: 1) No hay extemporaneidad cuando se presenta a cobro un cheque el mismo día de su emisión, si bien es cierto que el numeral primero del Art. 808 del Código de Comercio establece quince días como máximo, al decir "QUE SIGAN AL DE SU FECHA", prácticamente lo que quiso el legislador fue instituir un término máximo protector de todas las acciones mercantiles y penales que de este documento se originan; lo que consecuentemente quiere decir que los quince días comienzan a correr desde el mismo instante en que se gira el cheque; no podría ser de otro modo, pues ya vimos que conforme lo prescribe el Art. 804 del Código de Comercio "El cheque será siempre pagadero a su presentación, aunque aparezca con fecha poste--

rior"; igual cosa repite el Art. 809 Inciso 1º del mismo Cuerpo de Leyes.

Excluir pues, el día de la emisión del cheque de los quince días de que habló el legislador en N°1 del Art. 808 del Código de Comercio, sería una total desnaturalización legal de lo que es el cheque, el cual jamás puede ser pagadero a plazo.

Me parece que es la posición correcta y no participo de la tesis sustentada por los que opinan que si el cheque se presenta a cobro el mismo día de su expedición, sería un caso de atipicidad por no darse la referencia temporal a que se contrae el tipo legal.

Debemos de tener cuidado de no confundir las instituciones del derecho privado con las de derecho público, traigo a cuenta esta observación en lo referente al cheque postdatado en el que no coincide la fecha consignada en el documento y la fecha real de expedición del mismo.

En derecho privado, específicamente en el Derecho Mercantil, se prescribe en el Art. 804 Inc. 2º del Código de Comercio: "Todo cheque será pagadero a su presentación "AUNQUE APAREZCA CON FECHA POSTERIOR". En cambio en Derecho Penal, siendo derecho público, no puede tener asidero alguno la tesis del derecho privado contemplada en el Art. 804 Inc. 2º del Código de Comercio Salvadoreño, ya que el tipo delictuoso requiere la referencia temporal de presentación dentro del plazo de ley, el cual como lo hemos afirmado, empieza a correr el día siguiente de su expedición, pa-

ra determinar esta última fecha habrá que atenerse a la que aparezca consignada en el propio documento. No quiere decir que el Inc. 2º del Art. 804 del Código de Comercio contradiga los postulados del Derecho Penal, pues el cheque postdatado puede ser presentado a la institución bancaria, antes de la fecha consignada en el texto del documento y habiendo fondos suficientes en favor del cuentacorrentista, el banco estará en la obligación de pagar el cheque, y es precisamente en esta situación que debemos cuidarnos de no incurrir en confusiones, pues podría pensarse que si se presenta un cheque postdatado a cobro antes de la fecha consignada en el texto del documento, con sólo dicha presentación se podría protestar y por añadidura, iniciar la acción penal correspondiente en caso de no pago, es donde debemos de tener cuidado y tener siempre presente que se tiene que dar como elemento del tipo la referencia temporal identificada con el plazo contenido en el Art. 808 del Código de Comercio.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO LN EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO.

Según su tipicidad, los delitos pueden clasificarse en normales y anormales. Los normales los identificaremos en la norma hipotética legislativa descriptiva en forma objetiva, o sea pues, se da la norma que preceptúa el delito en forma minuciosa, pero sin entrar en su redacción, a describir cuestiones subjetivas referentes a la culpabilidad o a la antijuricidad.

ANORMALES. "Son aquellos tipos que en su descripción se distin---

guen los elementos subjetivos referentes a la culpabilidad o bien a la antijuricidad. Como es lógico comprender, para la correcta interpretación de esta figura delictiva hay que tomar en cuenta el estado anímico del sujeto activo, solamente así se puede llegar a la correcta valoración de los elementos normativos que configuren la hipótesis penal" (1).

Si buscamos detenidamente en el articulado de nuestra legislación penal vigente, encontraremos en el numeral dos del Art. 372 del Código Penal, expresiones referentes a la culpabilidad del agente activo del delito y en consecuencia, referentes al elemento subjetivo del tipo: "SIN CAUSA RAZONABLE", "FRUSTRARE MALICIOSAMENTE SU PAGO" Sin lugar a dudas, pues, para apreciar tales expresiones tenemos que valorar subjetivamente, el fin que el agente o sujeto activo se habría propuesto al realizar su acción criminosa.

Porte Petit, llega a sostener que "todos los tipos son anormales por cuanto aunque entre sus elementos descriptivos no se incluyen elementos subjetivos, dogmáticamente se desprenden de ellos elementos de esa naturaleza ya que en todos los tipos vive siempre el elemento culpabilidad. (2)

Quede claro que este delito es estrictamente doloso.

#### ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

Bajo este título analizaré si el daño es integrante del ele--

---

(1) LUIS JIMENEZ DE ASUA. ob. cit., pág. 279.

(2) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. pág. 139.

mento objetivo del delito, si el delito de libramiento de cheque sin fondo es de daño o de peligro, dónde y cómo se aprecia la antijuricidad en este delito, así como las causas de justificación. Para penetrar en el campo jurídico contemplativo de este panorama analítico, tenemos que partir de lo más elemental como son los -- conceptos de "daño" y de "peligro".

DAÑO: En sentido amplio toda suerte de mal material o moral. // - Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño - puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y aca--- rrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos dentro de la complejidad de esta materia. (1).

Ahora veamos el concepto de delito de daño también llamado de lesión: "El que causa un mal directo y efectivo en los intereses o en los bienes; como la estafa, el robo, la usurpación, el incendio, etc. (2).

Hay un principio que dice que no hay delito sin resultado, ya que algunos delitos tienen sólo resultado jurídico, mientras o--- tros tienen además del jurídico un resultado material. La ausen-- cia de este último resultado produce el efecto consistente en que

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I, Págs. 577 y 608

(2) IDEM. Pág. 608.

la conducta y la violación de la norma jurídica, agotan el elemento objetivo del delito. Esto no nos debe confundir y llevarnos a afirmar erróneamente de que existen delitos sin resultado, pues esta consecuencia puede ser material o de naturaleza jurídica.

Hay una gran diferencia de criterios entre los doctrinarios del Derecho Penal; sobre el objeto tutelado en este Derecho, las opiniones están divididas, ya que algunos sostienen que lo que se debe tutelar son los bienes jurídicos y otros afirman que lo que la ley debe proteger es el interés que se tiene sobre esos bienes, ya que el daño causado con el hecho delictivo no produce indefectiblemente la destrucción, alteración o disminución del bien, pues puede darse el caso que el daño consista en una mera disposición del bien por parte de quien tenía legítimo derecho, para el caso y como un ejemplo, podemos poner el robo de un reloj, la prenda aludida no sufre mengua en su sustancia o calidad, sino simplemente que su legítimo dueño ya no puede disponer de dicho reloj.

Cualquier posición que tomemos en cuanto al objeto tutelado por la norma penal, sea que consideremos que lo que se ampara son los bienes, el interés o ambas cosas a la vez, lo cierto es que el hecho delictivo puede causar un perjuicio real o probable; por tales razones y en orden a su importancia, clasificaremos tales delitos en delitos de daño y de peligro, ambas clases de delitos ya estudiados anteriormente.

#### ANTI JURICIDAD EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO.

Hablar de antijuricidad es bastante difícil a pesar de haber-

se escrito mucho al respecto, por grandes autores de categoría in discutible, tales como CARLOS BINDING, FRANZ VON LISZ y MAX ERNESTO MAYER, no se ha podido llegar a dar un concepto positivo sobre lo ilícito o injusto.

Como afirma FERNANDEZ DOBLADO "la lesión de intereses, el daño, no agota el contenido substancial de la antijuricidad. El ataque a los bienes jurídicos protegidos por el derecho es sólo el primer paso en la determinación de lo injusto, ya que se puede lesionar a éstos, sin que ello sea una conducta jurídicamente desaprobada" (1).

Para el Maestro y connotado jurisconsulto LUIS JIMENES DE ASUA, antijuricidad no es lo contrario a la ley, sino lo que quebranta las normas de la cultura reconocida por el Estado, valga la repetición del término en un estado de derecho.

Tenemos que estructurar un concepto negativo de lo injusto sobre la afirmación de que no existe la antijuricidad en tanto exista una causa de justificación. Los Códigos Penales acuden a un principio de excepción, es decir, en forma negativa, dicho de otra manera, para que la antijuricidad exista es necesario una doble condición, así: a) una positiva, la violación de la norma penal; b) una negativa, que no esté amparada en una causa de exclusión del injusto" (2).

---

(1) LUIS FERNANDEZ DOBLADO, Pág. 1053 citado por VICTOR MANUEL AL FARO ARROYO en "Aspectos Penales del Cheque", Pág. 154.

(2) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. Pág. 154.

CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE LIBRAMIEN-  
TO DE CHEQUES SIN FONDOS

"Debemos comprender como causa de justificación, toda norma o hecho que legitima la conducta. //EXCUSA//. En el Derecho Penal, cada una de las circunstancias eximentes en que el sujeto no incurre sino en la apariencia del delito".(1). Estos desde el punto de vista doctrinario ya que actualmente en nuestro Código Penal no encontramos reguladas las eximentes tal como aparecían en el Código Penal recientemente derogado. Dicho de otra forma, llámase causas de justificación a las circunstancias que hacen desaparecer la antijuricidad.

Jiménez de Asúa las define así: Son causas de justificación las que incluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; ésto es que aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrario al derecho, que es el elemento más importante del crimen. (2).

El actual Código Penal Salvadoreño llega al concepto de lo antijurídico por exclusión, pues la antijuricidad del acto desaparece, cuando se está frente a una causal de justificación, ya que la acción típica deja su vicio de ser contraria al derecho y adquiere el carácter de lícita. Conforme al Art. 37 de nuestro Código Penal Salvadoreño, las causas de justificación son las siguientes:

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I página 365.

(2) LUIS JIMENEZ DE ASUA. ob. cit. página 306

a) El cumplimiento de deber; b) la legítima defensa; y c) el estado de necesidad.

De la sólo lectura de todo el Art. 37 del Código Penal, podemos llegar a la conclusión que jamás en caso alguno, podríamos a plicar tal disposición al delito de libramiento de cheque sin fondo. Analicemos sino, aunque someramente, tales causas de justifica ción, en cuanto al cumplimiento del deber, el que actúa u omite en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, cargo, oficio o profesión sin traspasar los límites legales. En tales casos, no podríamos hablar de delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, ya que es imposible cometer tal delito dentro de algún límite legal.

También, de ninguna manera podríamos hablar de librar un cheque sin fondo como un acto de legítima defensa; sería absurdo.

Finalmente veamos el estado de necesidad conforme al #3 del Art. 37 del Código Penal, el cual dice: "El que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro bien para evitar un daño. No vemos cómo se puede llegar a concebir la sólo posibilidad de aplicar tal causa de justificación a la con ducta o bien al "ACTO" como lo llama nuestro Código Penal, del li brador de un cheque sin fondo. Además el móvil siempre lleva el e lemento lucro que no puede coexistir con una causa de justificación.

DOLO Y CULPA COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE  
LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO.

Previamente al análisis de estos elementos necesarios es tener un concepto de cada uno de ellos.

CABANELLAS define el dolo de la manera siguiente:

DOLO: Engaño, fraude, simulación (Diccionario Académico). En Derecho Penal constituye dolo la resolución libre y consciente, de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley, así se dice sintéticamente que el dolo penal es la voluntad de delinquir, donde dolo e intención criminal resultan sinónimos" (1)

Para don Luis Jiménez de Asúa, el dolo, la forma más grave de culpabilidad, consiste en la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado propuesto.

Para Carrara, ilustre doctrinario del Derecho Penal es "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce como contrario a la ley"; suyo es el criterio que considera que el animus nocendi o intención de dañar podrá ser una necesidad para

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I página 743

afirmar el dolo. Pero en los delitos que ofenden la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, - porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea de daño social (1).

En el libramiento de cheque sin fondo, cuando en el sujeto activo surge la determinación de verificar tal acción reñida con - las normas del Derecho Penal, al materializar dicho resultado, no se ha causado solamente una lesión a los intereses del sujeto pasivo, sino que con la violación de la norma en sí, arrastra el daño social, al lesionar la confianza que el público tiene en el -- cheque como instrumento de pago.

Tratemos de aplicar lo antes expuesto al delito de libramien- to de cheque sin fondo; ya afirmamos que éste es de comisión dolosa; "El dolo supone siempre en la mente del sujeto en forma anti- cipada, el conocimiento de no pago del cheque y de la ilicitud de ese resultado, siendo voluntaria o querida la modificación del -- mundo exterior relevante para tal esquema legal (2).

En el mundo hipotético, se puede dar el caso de un libramien- to de cheque en el que el librador no quería el resultado del no pago, pero ha previsto esta circunstancia aunque en forma contin- gencial; en este caso, se podrá decir que hay culpabilidad, pero tal imputación debe serlo a título de dolo como forma de culpabi- lidad que es, pero el dolo es eventual.

---

(1) DR. PADILLA CASTRO. "Tratado de Derecho Penal". Cap.XV,P.1

(2) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob, cit. página 164.

No puede alegarse tampoco que se giró el cheque ignorando que sería presentado a cobro, pues tal eventualidad será imputable como dolo.

"En síntesis el delito de libramiento de cheques, resulta en cuanta hipótesis se examine, un delito doloso que por consiguiente excluye su comisión culposa". (1).

ESPECIES DE DOLO QUE FUNCIONAN EN DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDO.

Se pueden clasificar en:

- 1) DOLO DIRECTO.
- 2) DOLO EVENTUAL.

Examinemos la hipótesis de cuando hay dolo directo; recordemos lo tantas veces afirmado antes, en cuanto a que el cheque es un instrumento de pago, una orden incondicional de pago, por lo tanto desde el momento en que el girador libra un cheque que él sabe de antemano que está girando tal documento para que sea presentado para pago de la institución bancaria respectiva, desde este punto de vista el librador jamás podría alegar ignorancia en cuanto el cheque se presentaría para pago.

La orden incondicional de pago presentada en tiempo y que no es pagada por el banco, supone siempre el concurso de un dolo directo o de un dolo eventual.

---

(1) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. página 165.

DOLO DIRECTO: Se da cuando existe una concordancia armónica entre el resultado y la intención que tuvo el sujeto para producirlo. - Si "A" gira un cheque en favor de "B", a sabiendas que no existen fondos que amparen dicho documento en la institución bancaria y - que en consecuencia, al ser presentado para su cobro, el cheque no será pagado por causa a él imputable, este afecto, se lo ha representado, lo ha querido, hay pues, coincidencia entre el resultado exigido por el tipo legal y aquel que se ha representado y querido el girador del cheque.

DOLO EVENTUAL: Puede hipotéticamente ocurrir que no sea intención del girador que se produzca el resultado del no pago del cheque, porque e, tomador del mismo prometió al girador que no iba a presentar a cobro el documento sino hasta dentro de tres meses por ejemplo; ésto en razón de convenio entre girador y tomador pretendiendo desnaturalizar la función del cheque.

En tal hipótesis, el dolo es eventual, el agente no quería el no pago como resultado al ser presentado el cheque a pago por el tomador, antes del tiempo acordado; pero necesariamente ha tenido que preveer tal resultado como posible, en última instancia, lo ha aceptado en el caso de que tal contingencia ocurriera.

Se dice que el dolo en esta clase de delito es genérico en -- cuanto no exige "animus especial", afirma González Bustamante en su tantas veces mencionada obra, que ni siquiera se exige el ánimo de perjudicar. (1)

Alberto S. Millan confirma el aserto de que el delito de libramiento de cheque sin fondo es esencialmente doloso (1)

DOLO ESPECIFICO: Guillermo Cabanellas dice que: "En lo penal, Dolo Específico es el fin determinado que el agente persigue con independencia del hecho en sí, por ejemplo, la suposición de un parto para ocultar la esterilidad o para lograr una herencia o el matar un hijo para ocultar la filiación ilegítima."(2)

Con la sólo lectura de tal definición nos basta para afirmar que no es la clase de dolo que se da en el delito de libramiento de cheque sin fondo, ya dijimos que la figura en tal acción delictiva es el dolo genérico.

### CULPA

En el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, no es admisible la culpa como forma de culpabilidad, basta la sólo lectura del Art. 35 Pn., parte final, para saber que no cabe la culpa en el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos.

### c) MOMENTO DE CONSUMACION DE LA FIGURA DELICTUAL

En el Art. 28 del Código Penal, se dice que el delito es perfecto o consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de la descripción legal.

---

(1) ALBERTO S. MILLAN. "El Cheque en la Legislación Penal" Buenos Aires 1958, página 149.

(2) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I página 743.

Asimismo dice que 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 ésta no se produce por causas extrañas al agente. En el delito en estudio, con el respeto de los grandes doctrinarios del Derecho Penal que opinen lo contrario, sostenemos que el delito se consuma en el preciso momento en que el sujeto activo con completa voluntad, gira el documento de pago que reúna todas las características del cheque.

Para efectos prácticos, un delito basta que se consuma formalmente, pero doctrinariamente se habla de otra fase que es la llamada el delito agotado, la que consiste en que el agente activo se beneficia ya sea él o terceras personas, de la cosa producto del delito.

CAPITULO III

DIFERENTES GRADOS DE PARTICIPACION DELICTUAL EN EL  
LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS. CO  
DELINCUENCIA Y CONCURSO DE DELITOS

a) CONCURSO DE DELITOS

"La concurrencia de dos o más delitos o faltas en un mismo delincuente" (1) O sea pues, la posibilidad de que una persona sea autora de varios delitos.

El Código Penal vigente, en el Título III, Capítulo II nos clasifica el concurso de delitos de la manera siguiente: a) Concurso ideal y b) Concurso real; c) Delito continuado; d) Reincidencia. Y aunque comete una impropiedad, pues a nuestro criterio es un error hacer alusión a definiciones ya que es un aspecto -- doctrinario, que no debió consignarse en un cuerpo de leyes sustantivas, pero así las cosas, nos da el concepto de CONCURSO IDEAL en el Art. 53 del Código Penal en vigencia, que literalmente prescribe: "Hay concurso ideal cuando con una sólo 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".

En el delito de libramiento de cheque sin fondo, puede ocu--

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I, página 453.

rrir que una persona libre un cheque en talonario ajeno falsificando la firma del propietario de dicho talonario y seguidamente se presente al banco a cobrar dicho cheque, utilizando para ello, la cédula de identidad personal del cuentahabiente a la que previamente después, de habérsela sustraído había insertado su fotografía (la del agente activo), para efectos de identificarse en el banco, donde el propietario de dicha cuenta corriente no es muy conocido. Normas penales infringidas serían en este caso, el Art. 372 #3; el Art. 316 FALSEDAD MATERIAL y el Art. 372 FALSA IDENTIDAD (Todas las disposiciones mencionadas del Código Penal Salvadoreño en vigencia) Dándose en este caso un concurso ideal.

En la exposición de motivos del Proyecto del Código Penal de 1960 dice: "Para que exista el concurso ideal de delitos se requiere que la acción u omisión delictiva, viole una pluralidad de normas penales, cada una de las cuales protege un bien distinto, hay aquí por consiguiente, unidad de actos y pluralidad de lesiones. Requisito indispensable en el concurso ideal es que la acción u omisión delictuosa tomada en conjunto no esté tipificada como delito especial, tal como el aborto de consecuencias mortales",

b) CONCURSO REAL: El Código Penal dice en el Art. 54 "Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada.

Entre los requisitos esenciales que deben figurar en tal concurso, podemos mencionar los siguientes:

a) Unidad de Persona; b) Pluralidad de actos, o lo que es lo mismo, varias acciones sucesivas entre sí, pero independientes entre ellas; c) Que no exista unidad de propósito criminal; d) Que se violen diferentes normas penales. Ilustremos hipotéticamente el concurso real; "A" viola a X mujer, luego después al ir huyendo rumbo a su casa encuentra a "Y" con quien ya era enemigo y lo ataca por la espalda matándolo en el acto, posteriormente cuando lo tratan de capturar dos policías, mata a uno de ellos y lesiona al otro.

En el caso apuntado, se acumulan materialmente todos los delitos, toda vez que no se haya pronunciado sentencia ejecutoriada en alguno de ellos.

Con respecto al delito de libramiento del cheque sin provisión de fondos puede darse el concurso real de muchas maneras; veamos para el caso un ejemplo: un ladrón carterista extrae a una persona su cartera en donde portaba una chequera; habilidosamente entonces falsifica la firma y extiende un cheque sin fondo en favor de un almacén, lugar donde compra una gran cantidad de ropa y mercadería; posteriormente después, de hospedarse en un hotel por algunos días, vuelve a pagar con un cheque sin fondo (sin fondo porque la persona a quien el ladrón hurtó la cartera, retiró todos los fondos que tenía en el banco, antes de verse envuelto en algún problema).

DELITO CONTINUADO: Cuatro son las características típicas de est

clase de delitos: a) Unidad de propósito criminal; b) Unidad de situación objetiva del delincuente; c) Pluralidad de acciones u omisiones; y d) Pluralidad de violaciones a una misma disposición penal. Estas características aparecen en la EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DEL CODIGO PENAL SALVADOREÑO.

En el Código Penal en vigencia, en el Art. 55 prescribe: "Hay delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar, manera de ejecución o 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 el cheque sin provisión de fondos no se da el delito continuado, puesto que con cada cheque librado se agota el propósito criminal y el delito cometido.

REINCIDENCIA: Según el Maestro GUILLERMO CABANELLAS significa "Repetir una misma falta, culpa o delito // Estrictamente, la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal, por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad." (1)

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo I, página 525.

El fundamento de la reincidencia es "La peligrosa inclinación que manifiesta el sujeto a la recaída en el delito" (1).

En nuestra legislación penal recientemente derogada, la reincidencia aparecía como una agravante, según lo prescribía el --- Art. 10 de tal cuerpo de leyes derogadas que decía: Art. 10. "Son circunstancias agravantes: N°16 Ser reincidente".

Nuestro legislador ha reformado el Código Penal en tal sentido, pues ya no ubica la reincidencia como una causa que agrava la responsabilidad penal, sino como una forma de concurso de delitos, en el Art. 56 del Código Penal vigente que dice: "reincidencia, - cuando el que haya sido condenado por un delito doloso comete o-- tro hecho punible doloso con pena privativa de libertad, será con siderado como reincidente".

Recordemos que para efectos de penalidad para la reincidencia el Art. 78 Pn. dice" Si se tratare de delincuentes reincidentes - de acuerdo con el Art. 56, el tribunal al determinar la pena po-- drá aumentarla hasta una tercera parte del máximo legal señalado al nuevo delio. De acá que colegimos cuáles son los elementos necesarios para que se dé este concurso: 1) Haber sido condenado an tes de la comisión del hecho por un delito doloso; 2) Cometer o-- tro delito doloso. Ilustremos objetivamente esta cuestión: X fue condenado por haber cometido un homicidio doloso y habiendo sido condenado, sale a gozar de su libertad condicional por haber cum-

---

(1) JOSE ENERIQUE SILVA. "Código Penal Anotado". Facultad de Ju-- risprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador.

plido la mitad de lapena, estando en dicha libertad condicional comete el delito de libramiento de cheque sin fondo que se sanciona con pena privativa de libertad.

b) CONCURSO DE DELINCIENTES

Podemos hablar de diferentes grados de participación delictual, cuando existe la concurrencia de varios sujetos en la comisión del hecho criminal; tal participación doctrinariamente, se le reconoce con el nombre de "CONCURSO EVENTUAL DE SUJETOS EN EL DELITO", para distinguirlo de aquel concurso llamado necesario - en el que por exigencia del tipo legal, se requiere la intervención de varias personas (bigamia y adulterio para citar dos ejemplos), para que tenga lugar la acción constitutiva típica. (1).

También en algunas legislaciones se le conoce como "CODELINCUENCIA" voluntaria y necesaria. La voluntaria es aquella en la que dos o más sujetos capaces de consentir se ponen de acuerdo - para la realización de un delito, que bien podría haberse cometido por una sola persona.

La participación delictual hace relación a los autores ya sea materiales o intelectuales, mediatos o inmediatos, autores presuntos y cómplices.

CODELINCUENCIA NECESARIA. Existe cuando los delincuentes necesariamente, por imperativo de ley y de la figura descrita, deben -

---

(1) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. página 184.

participar obligatoriamente unidos. En este caso es necesario que exista un vínculo psicológico entre ellos, es decir, un conocimiento común de que la acción a realizar es un delito y que concuerden con libertad de voluntad en la realización de tal acción reñida con las leyes.

En el delito en estudio difícilmente se pueden dar estos diferentes grados de participación delictual (aunque más adelante analizaremos hipotéticamente algunos casos particulares), si tomamos en cuenta que la acción de librar o sea girar el cheque es de una sola persona; recordemos que tal acción se concretiza con el hecho de "librar" un cheque sin fondo. La dificultad será más que todo en cuanto a prueba ya en presencia de un caso concreto.

Adhiriéndonos a los grandes expositores del Derecho Penal, vamos a examinar lo que consideramos de alguna trascendencia en el delito de libramiento del cheque sin fondo en lo referente a la posición que puede ocupar el tenedor o beneficiario del cheque.

El Art. 44 del Código Penal vigente dice: "Son responsables del delito todos los que concurran dolosamente a su ejecución sea como autores inmediatos, mediatos, o como cómplices.

En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho.

En los delitos contra el honor puede haber autores presuntos de acuerdo con el Art. 47 del Código Penal en vigencia".

"La concurrencia de delincuentes supone unidad de delitos y -

pluralidad de participantes, los cuales pueden ser autores o cómplices (1).

La participación singular o plural de personas en la ejecución del delito, ha dado lugar a dos teorías: la monista y la pluralista; la primera fue aceptada por el legislador salvadoreño y es la que estima que en el concurso de delincuentes sólo hay una causa del delito así: a) Los actos combinados de todos los participantes; b) Existe unidad de acción (puede resultar del concierto de voluntades); c) Sólo hay un resultado que se traduce en el daño ocasionado en determinado bien jurídico.

En cuanto a responsabilidad se refiere, está estrictamente relacionada entre los codelincuentes especialmente con la del actor inmediato, estableciendo verdaderamente una corresponsabilidad. -- Garraud mencionado por José Becerra Bautista en su obra, afirma: "La participación supone un acuerdo entre muchos reunidos por el fin común y prestándose mutuamente concurso y asistencia para realizarlo". (2)

Doctrinariamente para que se pueda hablar de codelincuencia, es necesario que los sujetos participen en el hecho criminal, con el conocimiento previo de que se han reunido para tal fin y que su participación es meramente voluntaria.

Veamos como se puede presentar el caso de concurso de delin--

---

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL SALVADOREÑO.

(2) JOSE BECERRA BAUTISTA. ob. cit. página 339

cuentas en el delito de libramiento de cheques sin fondo: el señor X a sabiendas de que Z carece de autorización para librar -- cheques, se ponen de acuerdo; Z para librar el cheque y X como -- beneficiario, con el fin de endosarlo a Y; en este ejemplo tanto X como Z son coautores del hecho punible.

Distinto es el caso en que el tomador sabe que el girador carece de fondos suficientes para cubrir el cheque y en esas condiciones lo acepta, es decir, toma tal cheque de buena fe, creyendo lo que el girador le dice, en el sentido de que presente el -- cheque a cobro hasta tal fecha aclarando dicho girador que al momento no presente el cheque al banco ya que carece de fondos; en tal hipótesis planteada, el tomador del cheque no necesariamente habrá participado en el delito. Esta tesis es planteada por Juan José González Bustamante en su obra mencionada. (1).

Analizando la figura delictual, llegamos a dejar fuera de toda duda que la aceptación pura y simple de parte del tomador y -- la acción posterior ejecutada por éste al presentar tal orden incondicional de pago al librado, son meramente actos materiales -- constitutivos de la condición sine qua non para que se produzca el resultado exigido por la norma, pero para afirmar que en este caso hay concurso de delincuentes, es necesario que exista una -- vinculación de tipo psicológico entre los copartícipes del deli--to y que haya conciencia entre ellos de la ilicitud del acto y una voluntad común encaminada a conseguir el resultado ilícito de tal acto.

---

(1) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. página 185.

c) AUTOR MEDIATO

Este no interviene directamente en el período de consumación del delito, pues su participación se constriña a planear previamente el delito logrando que un segundo lo ejecute, valiéndose - por ejemplo de amenazas, precio o promesa remuneratoria o cualquier otro motivo. En tal sentido, los autores mediatos son code lincuentes con el autor inmediato y también tendrían tal calidad entre sí, en caso de ser varios los autores mediatos o inmediatos. Un caso práctico que se puede dar para citar un ejemplo con respecto al cheque sin fondo es el siguiente: "Cuando el tomador conveniendo expresamente con el girador en desvirtuar la naturaleza de la orden incondicional de pago, recibe el cheque a sabiendas de la carencia de fondos o de autorización para girar -- por parte del librador" (1). El uno sería autor material y el otro autor intelectual o mediato.

El tomador del cheque puede colocarse en posición de autor - mediato, en el supuesto caso de que instigue, proponga u obligue a otro a girar un cheque sabiendo que tal documento mercantil ca rece de fondos.

El Art. 46 de nuestro Código Penal vigente regula a los auto res mediatos prescribiendo: "Se considera autores mediatos:

- 1) Los que por medio de fuerza física constriñen a otro a ejecutar el delito.

---

(1) JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE. ob. cit. página 185.

- 2) Los que determinen a otro a cometer el delito.
- 3) Los que dieren la orden ilegal en el caso previsto en el ordinal tercero del Art. 40; y
- 4) Los que presten su cooperación de tal modo necesaria que sin ella, no hubiere podido realizarse el delito.

d) AUTOR INMEDIATO

El artículo 45 del Código Penal de nuestro país preceptúa: --  
"Son autores inmediatos todos los que con su acción u omisión (debió haber dicho, acción u omisión dolosa), realizan directamente el hecho delictivo".

En otras palabras, cuando hablamos de delitos cometidos por - medio de acción por los autores inmediatos, nos estamos refiriendo a aquellas personas que con sus actos, de manera directa lesionan o ponen en situación de peligro el bien jurídico tutelado por la norma transgredida. Por otra parte, cuando hacemos referencia a la omisión en cuanto a los autores inmediatos, nos estamos refiriendo a los que teniendo obligación de evitar un daño o peligro, no impiden que se produzca, siempre que su omisión sea la causa - que origine la lesión jurídica prevista por la norma.

Debe pues, esta acción u omisión del autor inmediato, ser querida por éste y con conocimiento de que con su acción u omisión, se va a causar la violación de una norma y se acepta el resultado de esa acción u omisión como posible y querido.

Es importante recalcar que existe un criterio casi unánime de los doctrinarios en sostener que solamente en los delitos dolosos se puede distinguir entre autores mediatos e inmediatos. Este criterio es seguido por nuestro Código Penal, Art. 44 Inc. 2° Pn.

En el delito de cheque sin provisión de fondos, figura delictual que hoy ocupa nuestro estudio, se puede dar el caso ya antes ilustrado cuando nos referimos al autor mediato, tal es cuando el tomador del cheque a sabiendas de que éste no será pagado por no tener fondos y de acuerdo maliciosamente con el girador, decide - endosarlo a una tercera persona. Esta tesis no es aceptada por Bacigalupo, quien sostiene "de cualquier forma, lo que determina la calidad de autor, es el ser titular de una cuenta corriente y la reunión de todos los demás elementos típicos que condicionan el - deber de actuar. En otras palabras, la obligación de pagar se impone al librador titular de la cuenta corriente; y sólo quien está obligado puede ser autor". (1).

---

(1) BACIGALUPO. "Estudios Jurídicos sobre Insolvencia y Delito". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1970, página 134.

CAPITULO IV

REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA LA CONFIGURACION DEL CHEQUE SIN FONDO.

REQUISITOS OBJETIVOS

Para analizar tal clase de requisitos objetivos en cuanto al delito de libramiento de cheque sin fondo se refiere, tenemos primero que decir que constituye elemento esencial del contrato de cheque la existencia de fondos disponible.

Recordemos también lo dicho en el Capítulo II en lo atinente a los términos a emplear para referirnos al elemento objetivo del delito, dijimos que los más adecuados son "CONDUCTA" o "HECHO", - lo que tenemos que hacer es diferenciar cuando emplear uno u otro término, así emplearemos el término "CONDUCTA", tal como lo dice el Dr. Roberto Antonio Soriano Guardado "Cuando la descripción típica del delito sea de pura actividad, es decir de simple conducta" (1). Por otro lado, se da el caso de cuando la descripción típica exige un resultado, (veamos acá el elemento objetivo) que -- queda, idealmente comprendido, dentro del término hecho.

Tratemos de aplicar lo antes dicho al delito objeto de nuestro estudio. En el delito de libramiento de cheque sin fondo, podemos apreciar claramente que la actividad del sujeto activo se concreta en la acción de librar un cheque que no es pagado a su -

---

(1) ROBERTO ANTONIO SORIANO GUARDADO. "La Tutela Penal del Cheque" Tesis Doctoral. Página 33.

presentación para cobro, dentro de los términos establecidos en el Art. 808 del Código de Comercio.

La falta de pago constituye el resultado material. Pero no basta el simple acto de librar el cheque, sino que es requisito sine qua non, tal como lo dejamos anteriormente, que no sea pago, es decir, pues, que tiene que haber en la institución girada fondos disponibles en cuenta del girador. Por tal razón, algunos dicen que se trata de un delito INSTANTANEO, tal instantaneidad se perfilará en el momento del no pago o sea del rechazo del cheque por falta de fondos.

En cuanto a medios probatorios del no pago del cheque a su presentación a cobro, ya antes nos referimos a ello y para no incurrir en repeticiones, sólo diremos para recordar un poco, que puede probarse mediante protesto del cheque (hecho por medio de notario) y con el equivalente al protesto mediante la nota del banco librado que autoriza que el cheque fue presentado en tiempo y no pagado por falta de fondos.

Interesante es señalar la situación en cuanto al cheque postdatado regulado en el Art. 804 Inc. 2º del Código de Comercio que dice: "Todo cheque será pagadero a su presentación aunque aparezca con fecha posterior. En este caso, el banco queda exento de toda responsabilidad por el pago. En caso de falta de pago, el librador tendrá las mismas responsabilidades, civiles y penales, que tendría si el cheque llevase la fecha del día en que fue presentado".

De la sola lectura de esta disposición, colegimos que el cheque postdatado sin fondos, recibe el mismo tratamiento que el cheque sin fondos, valga la redundancia, a que alude el Código Penal y por lo tanto, está sujeto al plazo del Art. 808 del Código de Comercio y del 372 Inc. 3ºPn.

### REQUISITOS SUBJETIVOS

Importante tema en nuestro estudio es señalar si el delito de libramiento de cheque sin fondo, admite además del dolo, la culpa y la preterintencionalidad. A esto ya me referí en un capítulo anterior, pero tratemos de penetrar un poco más sobre estas cuestiones. Sebastián Soler encuentra entre el dolo y la culpa, una característica común en la actitud de menosprecio hacia el orden jurídico. (1).

"Una acción es jurídicamente culpable cuando se ejecuta con dolo o con culpa; o bien que un sujeto es culpable de un delito, cuando ha realizado la acción delictuosa en una actitud subjetiva que es reprochable según las normas del derecho". (2).

La presencia de elementos subjetivos específicos se circunscribe al área de los delitos dolosos ya que el móvil del sujeto activo en el delito culposo en forma general, no es previsto por los tipos penales.

En los delitos dolosos o con elementos subjetivos, la exigen-

---

(1) SEBASTIAN SOLER. "Derecho Penal Argentino" T.I., Pág. 33

(2) CARLOS FANTAN BALESTRA. "El elemento subjetivo del delito" Ed. Roque De palma, Buenos Aires, 1957, pág. 26

cia subjetiva ha de completarse con la presencia de la culpabilidad y las del elemento subjetivo del delito.

Cuando hablamos de exigencias subjetivas específicas, nos estamos refiriendo a ciertos conocimientos del sujeto activo, concretamente a la intención que lo ha llevado a realizar el hecho. Por ejemplo, el ánimo de lucro.

Respecto al delito de Libramiento de Cheque sin Provisión de Fondo, remitirse al respecto al Capítulo II.

En el libramiento de cheque sin fondo, no hay ánimo de lucro, ni de daño al patrimonio sino que se lesiona la actividad económica y no requiere ningún elemento específico.

CAPITULO V

ESTUDIO EXEGETICO DE LAS DISPOSICIONES JURIDICO  
PENALES SALVADOREÑAS QUE TUTELAN EL CHEQUE.

En la exposición de motivos del Proyecto del Código Penal Salvadoreño de 1960, se hace referencia entre otras cosas, que el delito de libramiento de cheque sin fondo es considerado penalmente siguiendo tres criterios diferentes, así: 1) El más antiguo que estima que el libramiento de cheque sin fondo es constitutivo del delito de estafa. (Cuba y Brasil, entre otros países, participan de este criterio).

2) El libramiento de cheque sin fondo no supone un ataque al patrimonio, sino a la economía nacional (V.G. Uruguay y Argentina).

3) Los aspectos penales del cheque deben encuadrarse entre los delitos contra la fe pública.

Nuestro legislador optó por seguir el segundo criterio, cuando ubica la tipificación de este delito en la tercer parte del libro II "DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD".

ANALISIS DEL ART. 372 DEL CODIGO PENAL

"Será sancionado con prisión de tres meses a un año:

Este inciso creemos ya haberlo comentado antes cuando dijimos

que se dio al juzgador una posibilidad muy inelástica de aplicación de penas en el delito en estudio.

Art. 372 Pn. N°1. "EL QUE LIBRARE UN CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS O AUTORIZACION EXPRESA PARA GIRAR EN DESCUBIERTO"

Lo que se trata pues, es de establecer una sanción únicamente al librador del cheque en cualquiera de las circunstancias previstas en el Art. 372 Pn. Claramente lo hace ver el legislador, cuando hace alusión al verbo LIBRAR. Recordemos una vez más lo que el jurisconsulto Cabanellas nos dice sobre la acepción de esta palabra LIBRAR: "Girar o expedir letras de cambio, cheques, libranzas, vales y otras órdenes de pago a cargo de quien tenga fondos del librador". (1) Dicho de otra manera, librar el cheque es sinónimo de expedir el documento de pago que reúna todas las formalidades prescritas en el Art. 793 del Código de Comercio.

Este delito ya varias veces lo hemos dicho, e insistimos nuevamente, es estrictamente de comisión dolosa, no admitiendo pues en ninguna circunstancia la comisión culposa.

Originalmente el legislador redactó este numeral así: "1) El que 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 en descubierto".

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Tomo II, página 558

Posteriormente en las reformas que se le hicieron al Código Penal que entraron en vigencia el quince de junio de mil novecientos setenta y tres, publicado en el D.O. #103, Tomo #243, del 5 de junio de mil novecientos setenta y cuatro, aparece ya reformado el contenido del numeral primero del Art. 372 Pn., de la manera siguiente: "El que librare un cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto". Suprime el legislador la frase "a sabiendas" para evitar confusiones.

Según nuestra manera de ver las cosas, ésta disposición es -- comprensiva de varios casos, tales como: 1) De la persona que libbre un cheque cuando ya tenía cerrada su cuenta bancaria; 2) El del librador que teniendo cuenta bancaria gire un cheque por una cantidad mayor a la que realmente tiene en su cuenta bancaria; y 3) El caso del librador que teniendo fondos suficientes en el banco, gire un cheque y sin darle tiempo al beneficiario, para que se presente a cobrar dicho documento, se le adelanta y retira lo que tenía en su cuenta bancaria.

Art. 372 #2 Pn. "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;"

Este numeral no ha variado casi nada con su redacción original, ya que la reforma que se hizo al respecto fue meramente de forma en cuanto a su redacción, pues decía así: "El que diera contra orden para el pago de un cheque librado por él, sin causa ra-

zorable manifestada al banco por escrito o frustrare maliciosamente su pago" (Código Penal de febrero de 1973).

Conforme a la reforma aparecida en el Decreto # 621, publicada en el Diario Oficial # 103 del 5 de junio de 1974, ya se reformó así: "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;" Si nos fijamos bien en el estudio de este numeral, necesariamente llegaremos a concluir que prácticamente se está refiriendo a los mismos casos del numeral primero. En lo sustancial se refiere a la persona que frustrare maliciosamente el pago de un cheque, lo demás, a nuestro juicio sale sobrando,; analicemos si no lo aseverado: Si una vez girado el cheque el librador realiza cualquier acción tendiente a evitar que se pague el cheque, sin que exista para ello ninguna razón legal, es decir, sin un motivo justo, prácticamente este librador no está haciendo otra cosa más que situarse en la posición contemplada por la norma y tipificada como delito. Igual significación tendría el hecho de que el girador retire los fondos de su cuenta bancaria, sin -- dar tiempo de cobrar algún cheque recién librado, burlando así al beneficiario de tal documento.

Vemos claro pues, que en estas circunstancias se ve objetivamente la frustración maliciosa del pago del cheque. Lo mismo ocurriría en el caso de que un cuentacorrentista al girar un cheque lo firme de una manera evidentemente diferente a como acostumbre firmar dichos documentos, el efecto sigue siendo el mismo ya tan-

tas veces aludido "LA FRUSTRACION EN EL PAGO DEL DOCUMENTO.

Art. 372 Pn. # 3' "El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello".

Si comparamos este numeral con la forma como aparecía redactado originalmente y la reforma que trató de hacerse, vemos que prácticamente este numeral se mantuvo casi lo mismo; decía tal disposición originalmente: "3) El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización legal para ello".

Art. 372 N°3 REFORMADO:

"El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello".

Es decir pues, que lo único que se suprimió fue la palabra "LEGLA". Entendemos que el legislador en el presente caso, se quiso referir a una simple autorización del banco librado. Por otro lado, consideramos que dicha palabra "LEGAL", perfectamente se podía omitir, tal como se hizo puesto que sería prácticamente un pleonasma, el referirnos a autorizaciones legales, como si se pudieran dar autorizaciones ilegales, lo que va en contra de los más elementales principios de la lógica jurídica.

En síntesis, este inciso se está claramente refiriendo a -- cualquiera de las situaciones siguientes: 1) Al que gire el cheque en formulario ajeno; y 2) El girador que librare en descubierto un cheque sin estar autorizado para ello.

Art. 372 # 3 Inc. II.

Cuando 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".

Este inciso, no sufrió mutación alguna de importancia. Se refiere al caso de cuando se emplee la forma del delito de libramiento del cheque sin fondo, como mero instrumento de consumación de otro delito más grave como es la estafa. En lo atinente a la diferenciación entre el delito de libramiento de cheque sin fondo y la estafa, lo veremos en su oportunidad cuando estudiemos el Capítulo VI de este pequeño trabajo.

Art. 372 # 3° Inc. 3° Pn. "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.

Recordemos que cuando el legislador introduce como una novedad, la figura típica del delito de libramiento de cheque sin fondo en nuestro Código Penal, sitúa dicha disposición entre los DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD (3a. Parte del Libro II del Código Penal Salvadoreño).

Es decir, lo que se tuvo en mente por el legislador, fue que la garantía que debía darse a este documento de pago (el cheque), debía materializarse en forma efectiva, precisamente por tratarse de una cuestión en la que estaba de por medio la fe pública del

conglomerado social. Por lo tanto, tenía que haberse regulado dicho instrumento, de tal forma, que cuando se pretendiera hacer uso irregular del mismo, necesariamente tenía que ser el Estado - el más interesado en castigar dichas irregularidades por medio - del órgano jurisdiccional competente para tal efecto, es decir, pues, que debió de regularse para que se persiguiera de oficio - al culpable de dicho delito; precisamente aquí es donde se objetiva una contradicción, pues tratándose de una cuestión eminentemente de interés colectivo, se deja en potestad o libre arbitrio del perjudicado, interponer o no la denuncia o acusación en su caso. Se trata pues, de un requisito de procesabilidad.

En conclusión, no estamos de acuerdo de manera absoluta, con este inciso, pues consideramos que debiera iniciarse dicho procedimiento de manera oficiosa.

Por otro lado, en la parte final de este inciso vemos que se lee: En los casos de este artículo la acción penal procede solamente por denuncia o acusación de la persona agraviada QUEEN PODRA INTENTARLA DESPUES DE LOS TRES DIAS SUBSIGUIENTES AL DEL PROTESTO. (Con las mayúsculas señalamos una condición contenida en esta disposición). Como si dicha condición fuera relevante con la tipificación del delito, siendo cosas totalmente diferentes, pues una situación es que se dé efectivamente el libramiento de cheque sin provisión de fondos, es decir, que se constate por el agraviado que el banco librado no tiene fondos pertenecientes al girador, o sea que carecía de fondos el girador al momento de gi

rar el cheque, con lo cual nace para el agraviado la acción penal correspondiente y otra cosa es que esta persona inicie el ejercicio de dicha acción penal, pues para ello sí es necesario como acto previo que se proteste el cheque en forma legal, consideramos por lo tanto, que dicha condición de intentar la denuncia o acusación, "DESPUES DE LOS TRES DIAS SUBSIGUIENTES AL DEL PROTESTO" es una condición objetiva de penalidad eminentemente de carácter procesal.

El último inciso del # 3º del Art. 372 Pn. prescribe: "Si el - librador o endosante hubiere satisfecho el valor del cheque antes de haberse iniciado el procedimiento judicial o durante el curso del juicio antes de la sentencia de primera instancia, no incurrirá en pena alguna.

Estamos en presencia de una verdadera excusa absolutoria, a - manera de crítica podemos decir, que el legislador cayó en una e-vidente contradicción, pues si el objetivo de esta disposición en su conjunto, era proteger intereses colectivos, mal se hizo en -- permitir dicha excusa absolutoria en forma particular o individual Recordemos que la lesionada en este caso es la sociedad en gene--ral.

Si examinamos la ubicación del delito de libramiento de che--ques sin fondo en el Código Penal Salvadoreño, llegaremos a con--cluir lo aseverado con anterioridad en cuanto que tal delito es atentorio de los bienes jurídicos de la sociedad; recordemos que - la Asamblea Legislativa hizo la distribución del Código Penal así:

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES. Siendo ocho los títulos - de este Libro; en el LIBRO SEGUNDO que lo intitula el legislador: LOS DELITOS. PRIMERA PARTE, trata de DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LAS PERSONAS; SEGUNDA PARTE. DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA FAMILIA; y en la TERCERA PARTE (que es la que nos interesa para nuestro estudio) DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDI--COS DE LA SOCIEDAD. Esta parte la dividió el legislativo en tres títulos, situando el delito que nos interesa en nuestro análisis en el Título III, Capítulo II DELITOS CONTRA LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO, Sección 2a. QUIEBRA Y LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO.

CAPITULO VI

A) EL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS Y EL DELITO DE ESTAFA

Recordemos las figuras tipificadas en el Art. 372 Pn.:

a) Libramiento de cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto (# 1); b) Contra orden o frustración del pago del cheque (# 2); y c) Libramiento de cheque en formulario ajeno. En el inciso Segundo del # 3 dice "cuando el libramiento irregular del cheque a que se refieren los numerales anteriores configure algunos de los tipos de la estafa, se aplicarán las disposiciones de tal delito.

En otras palabras, cuando se dan los elementos configurativos del delito de estafa, estaremos no en presencia del simple delito de libramiento de cheque sin fondo, sino de algo más grave y sujeto por tanto, a una penalidad mucho más grave, como es la estafa.

Para distinguir la frontera entre el delito de libramiento de cheque sin fondo y la estafa, necesariamente tenemos que partir del concepto de estafa. El Maestro GUILLERMO CABANELLAS en su Diccionario nos la define así: ESTAFA: delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o abuso de confianza". (1).

El Código Penal alude al delito de estafa diciendo en el Art.

---

(1) GUILLERMO CABANELLAS. ob. cit. Pág. 122, Tomc II.-

242 "El que obtengan para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de uno a cinco años, si la defraudación excediere de Q20.00. De tal disposición se deduce que la acción constitutiva del delito hace suponer una inducción al error utilizando para ello medios tales - como el ardid o engaño.

"El ardid es una estuta transfiguración de la verdad que puede presentarse o simulando lo que no es, o bien disimulando lo que es, de modo que puede traducirse en acciones u omisiones.

ENGAÑO: "es un artificio acompañado de maquinación dolosa, - para inducir al error de una manera fácil y tiene por característica, el ser siempre positivo, o sea que consiste en una acción"  
(1)

Los elementos principales del delito de estafa son conforme a lo anterior:

- 1) Obtener para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno.
- 2) Ardido o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe.

Básicamente interesa en nuestro trabajo delimitar cuando ha-

---

(1) Exposición de Motivos del Código Penal Salvadoreño del 7 de diciembre de 1979.

biéndose librado un cheque sin fondo tenemos que remitirnos a la estafa.

El caso más común nos dice Fontán Balestre, será la entrega del cheque para obtener una contraprestación como el pago de mercaderías al contado. (1) V.G.: X llega a un almacén y compra una gran cantidad de mercadería pagando con un cheque.

La estafa en este caso se configura por el hecho engañoso de entregar el agente activo el cheque que no será pagado al presentarlo a cobro por el dueño del almacén, quien prácticamente al ser engañado con la entrega de tal documento que creyó le iba a ser pagado, habiendo dado en semejante forma una contraprestación real y efectiva al estafador, consistente en la entrega de la mercadería. Requisito indispensable es que se de el engaño al momento de librar el cheque sin fondo para que se pueda perfilar la estafa.

Distinto sería el caso de JUAN PEREZ quien está pagando un carro comprado a plazos, cuando para cancelar cinco cuotas de dicha obligación, gira un cheque sin provisión de fondos, pues en este último caso estaríamos en presencia del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos propiamente dicho tipificado en el Art. 372 Pn. La razón es sencilla de comprender, pues en el caso concreto planteado, estaríamos en presencia de una deuda preexistente, la obligación que JUAN PEREZ pretendía cumplir con el pago por medio del cheque sin fondo, se mantiene incólume, es decir, pendiente de cumplimiento.

---

DIFERENCIAS ENTRE AMBOS DELITOS. Es decir, entre el libramiento de cheque sin fondo y la estafa.

Sebastián Soler nos dice: "La diferencia entre el pago con -- cheque sin fondos y la estafa se acentúa más, si se observa que -- para aquella figura es absolutamente indiferente, la existencia -- de un engaño de parte del tomador, mientras que en la estafa ese elemento es esencialísimo" (1).

Fijémonos bien que cuando el cheque es empleado como un medio para conseguir una contraprestación (caso del que obtiene una mercadería en un almacén), comete el delito de estafa, ya que el deber del agente era pagar con cheque con fondos, el engaño empleado en este caso tipifica la estafa; bastaría en este caso el más simple de los engaños para que se diera el delito de estafa.

Por otro lado, en cuanto a la ubicación dentro del Código Penal vigente, de ambos delitos (de libramiento de cheque sin fondo y estafa), es bien diferente, pues el delito de estafa se encuentra en el Libro II intitulado DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LAS PERSONAS, bajo el TITULO V o sea DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO y específicamente, en el CAPITULO I bajo el epígrafe DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, OTROS DERECHOS REALES Y LA POSESION, En o---tras palabras, la estafa se encuentra regulada en los Arts. 243 y sigs. del Código Penal Salvadoreño, delito que reviste mayor gravedad, sujeto por tanto a una penalidad diferente a la asignada

---

(1) SEBASTIAN SOLER. "Derecho Pneal Argentino, 1a. Reimpresión.- Tomo V. Tipográfica Argentina, Buenos Aires 1951, Pág. 426.

al libramiento de cheque sin provisión de fondos el cual se encuentra ubicado en el LIBRO SEGUNDO, TERCERA PARTE, TITULO III, - CAPITULO II, SECCION SEGUNDA, en el Art. 372 Pn.

Ciertamente, como lo sostuvimos ya antes, con el uso del cheque puede cometerse el delito de estafa. Nuevamente insistimos -- que la pauta que nos viene a dar la diferencia entre ambos delitos es el engaño. Para cuando se dé el libramiento de cheque sin fondo, este elemento, el engaño es indiferente, puesto que lo que se trata de proteger es la regularidad del cheque, mientras que -- para que se configure la estafa, bastará que haya el más mínimo -- engaño que haga incurrir en error al sujeto pasivo del delito, para que se configure la estafa.

El Maestro Eugenio Cuello Calon, cuando alude al cheque sin -- provisión de fondos nos dice: "El hecho de entregar un cheque en pago, sin contar con provisión de fondos constituye esta forma de defraudación aparentando bienes imaginarios, no existentes, La in suficiencia de fondos no subsanada tan pronto como fue conocida, es la estafa"(1). Tal criterio es criticable, pues es propio de -- legislaciones atrasadas, y que subsumen en la estafa un delito -- con sus propias peculiaridades como es el delito de libramiento -- de cheque sin fondos, propio de legislaciones más avanzadas.

Además de lo anterior y aunque parezca una repetición, queremos recalcar los elementos generales de la estafa, pues en la me-

---

(1) EUGENIO CUELLO CALON. "Derecho Penal" Tomo II (Parte Especial) 10a. Ed. Boch Casa Editorial Urgel. 51 bis. Barcelona 1957.--  
Página 867.

dida que tengamos noción exacta de cada uno de ellos, estaremos -  
menos propensos a incurrir en equívocos en cuanto al delito de li-  
bramiento de cheques sin fondos; veamos algunos de ellos:

1) Una defraudación, un perjuicio en el patrimonio ajeno. Es-  
te perjuicio debe ser real y efectivo, no es suficiente un perjui-  
cio posible.

Además, debe revestir tal perjuicio, las características si--  
guientes: a) debe ser de naturaleza patrimonial, económica y valo-  
rativa;

b) El perjuicio no se extingue por el hecho de que el sujeto  
activo reintegre la cantidad defraudada. (1)

Necesario es aclarar que en nuestro medio según el Art. 247 -  
Pn., que contempla una excusa absolutoria aplicable al delito de  
estafa, pero no quiere decir que por ésto se repare el perjuicio,  
lo que ocurre es que en tales circunstancias, no se aplica pena -  
alguna.

2) La existencia de un engaño: ya expresamos antes, que este e-  
lemento es más que necesario para la configuración de la estafa.-  
Recordemos que consiste en aprovecharse del error provocado o man-  
tenido por el sujeto activo en la persona engañada;

---

(1) EUGENIO CUELLO CALON. "Derecho Penal" Tomo II (parte Especial)  
10a. Ed. Boch Casa Editorial Urgel. 51 bis. Barcelona 1957 --  
Pág. 867.

3) RELACION DE CAUSALIDAD. El engaño debe constituir medio para realizar el perjuicio patrimonial; debe darse pues entre el engaño y el perjuicio, una relación de causalidad; y

4) EL ANIMO DE LUCRO. Careciendo de importancia que sea en -- provecho propio o ajeno.

El delito de libramiento consiste en dar en pago (cuando se trata de una deuda preexistente) o de entregar por cualquier concepto, un cheque, el cual no tiene fondos. Ya estudiamos también anteriormente, que el sujeto activo es únicamente el librador del cheque sin fondo, no estando comprendidos los endosantes. (1)

Quede bien claro que el delito de cheque sin fondos a diferencia del delito de estafa, es un delito plurisubsistente o lo que es lo mismo, integrado por varios actos así: una acción al librar el cheque sin fondo y una omisión (o sea de que el cheque girado no sea pagado por el librado, por carecer de fondos); a ésto agregamos una fase intermedia, lo cual es un requisito objetivo de penalidad, el protesto del cheque que no es otra cosa en lo substancial que un requerimiento al librador hecho por el perjudicado por medio de un notario, a fin de que el girador pague el cheque.

Hay otros autores que sostienen que la acción criminal en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos está rá dado con sólo dar en pago o entregar por cualquier concepto a

---

(1)SEBASTIAN SOLER ob.cit. Tomo V, página 427.

un tercero un cheque a sabiendas de que al tiempo de su presentación para cobro, no podrá legalmente ser pagado. No es necesario que se requiera la omisión del pago ni mucho menos la comunicación del rechazo del cheque, según el criterio de algunos.

Resumiendo, podemos concluir que cuando se hace uso del documento como cheque, empleándolo como medio y utilizando el engaño a la vez para conseguir una contraprestación inmediata para el sujeto activo o para otra persona distinta a éste, estaremos en presencia del delito de estafa.

Cuando se libra un cheque utilizándolo como instrumento de pago de deudas preexistentes, estaremos en presencia del delito de cheque sin fondo como figura típica, toda vez que el sujeto activo no haga uso del engaño en su más mínima manifestación.

b) RELACIONES SI LAS HAY ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS.

Opinamos que no puede haber relación entre ambos delitos ya que lo hemos repetido muchas veces de que lo que existe entre ambos delitos nada más es una especie de desnaturalización de la figura típica del libramiento del cheque sin fondo. El legislador de nuestra República, en el Art. 372 Pn., tuteló penalmente el cheque, tratándolo como figura típica autónoma, haciendo la salvedad de que cuando el libramiento irregular del cheque configure algunos de los tipos de la estafa (Art. 372 # 3 Inc. 2ºPn.),

se aplicarán las disposiciones de tal delito. En otras palabras, el legislador previó el caso de la posibilidad en que el precioso instrumento de pago, el cheque, además de hacerse uso irregular de él, se degenerará su naturaleza, empleándolo, no ya como instrumento de pago, sino inescrupulosamente como medio o instrumento que acompañado al engaño se transforma en algo sumamente peligroso, como el medio eficaz para la consumación de la estafa.

c) JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICABLE

JURISPRUDENCIA

En cuanto al delito del libramiento de cheques sin fondos, - hasta la fecha no hay sentencias que se refieran a esta clase de delitos, las razones no son difíciles de entender si tomamos en cuenta que hay una gran cantidad de juicios de esta naturaleza, en los que aprovechando la excusa absolutoria consignada en el Art. 372 Pn, lo que hace el imputado es evitar la punidad, (pagando a SATISFACCION DEL JUEZ debería decir tal disposición), - pagando al perjudicado el importe del cheque. En otro gran porcentaje de estos casos, por tratarse de un delito excarcelable, debido a que tiene penalidad de tres meses a un año, se excarcela al imputado y debido al recargo de trabajo de los distintos tribunales del país, generalmente quedan archivados en el olvido procesal. En los casos en que dándose alguno de los elementos del delito de estafa, se ha instruido al proceso por tal delito, la causa casi siempre termina en sobreseimiento, sea porque el impu

tado paga la cantidad estafada mediante la entrega de la cantidad del caso a satisfacción del Juez de la causa (recordemos que en cuanto a la estafa se refiere, existe también otra excusa absolutoria prescrita en el Art. 247 Pn.) o por la dificultad que ofrece probar este delito.

Aparte de todas estas consideraciones, quizás la de mayor importancia que viene a justificar la ausencia de jurisprudencia sobre este delito de cheque sin fondo en nuestra República Salvadoreña, es el hecho de que este delito no era regulado por el Código anterior, y recordemos que el nuevo Código Penal Salvadoreño hasta hace relativamente poco tiempo, entró en vigencia y que este último cuerpo de leyes innovados, donde ya aparece como una de las novedades, el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos. Anteriormente el legislador asimilaba a la estafa el delito de libramiento de cheque sin fondo.

Por todas las razones mencionadas, es que nos vemos forzados a buscar en la jurisprudencia extranjera, para el caso el Maestro Majada, Arturo, nos da varios casos de la jurisprudencia española, veamos:

S. 7 de octubre 1948 R.J.A. 1.193 ESTAFA.

No son necesarios más antecedentes de hecho de la sentencia recurrida de los que se desprenden de la lectura de los Considerandos que a continuación se copian. Condenado el procesado como autor de un delito de estafa del Art. 529 num. 1º del Código Penal e

interpuesto a su nombre el recurso que consideró pertinente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a él.

CONSIDERANDO: Que la forma o variedad del delito de estafa, prevista y sancionada en el #1 del Art. 529, en relación con el 3º del 528, ambos del Ordenamiento Jurídico vigente, preceptos citados en el recurso como infringidos, por el concepto de falta de aplicación, se comete cuando el culpable valiéndose de medios engañosos o de artificios bastantes para seducir la voluntad, generar error y vencer la posible resistencia, entre ellos el de aparentar una solvencia económica que no tiene, realiza o intenta una defraudación conocida y valorable, con nexo de causalidad entre dichos elementos esenciales, sin que el reintegro parcial anterior a la denuncia, no total con posterioridad, desvirtúe y suprima el acto punible, que conserva su vigor, pues éste adquiere existencia legal y nace a la vida del Derecho represivo en el momento de ejecutarse los supuestos necesarios que lo determinan.

CONSIDERANDO: Que los hechos probados, integrantes del caso procesal al contener la afirmación de que el inculpado, en garantía de la cantidad recibida, entregó un cheque, sin la existencia de fondos en la cuenta corriente, ofrece elementos suficientes para estimar perfecta la construcción jurídica de las modalidades acusada, pues hubo simulación o fingimiento de disponibilidades de que carecía y perjuicio patrimonial, con evidente relación entre los medios empleados y el fin conseguido, ya que la devolución posterior de la suma detentada sólo repercute, incluye y afecta a las responsabilidades de orden civil.

S. 6 de mayo 1959, RJ A 1.769. ESTAFA. Orden de que no haga efectivo el cheque.

Se declara probado que el procesado, Fernando L.C. suscribió en 4 de febrero de 1954 un contrato de arrendamiento con don MIGUEL -- DEL C. de una tienda, después de haber sido lanzado judicialmente su anterior arrendatario, que dejó libre el local de los enseres y efectos embargados que fueron trasladados al domicilio del lanzado, hallándose presente en esta diligencia el procesado, el que se comprometió a satisfacer al señor del C. la cantidad de ----- 31,139.85 pesetas, que correspondían a la fianza y gastos fiscales del nuevo contrato e indemnización a la propiedad del inmueble por el descubierta en renta y gastos judiciales devengados en la tramitación del desahucio anterior y compensados con recibir el local destinado a tienda, completamente instalada y decorada, con los enseres unidos permanentemente a la misma y la referida cantidad fue abonada por medio de un cheque extendido para el día 11 del referido mes contra el banco S y cuyo cheque no se llegó a hacer efectivo, no solamente por no tener fondos en el Banco, sino, además, por encontrarse en descubierta en el mismo, por lo -- que no había posibilidad de que se hiciera efectivo, extremo que conocía el procesado porque sabía que era deudor y había ordenado que no se pagase, perjudicando en la cantidad que representa el -- cheque a don Miguel del C. que entregó la tienda y no recibió el importe convenido.

El procesado fue condenado a la pena de ocho meses de presi--

dio menor, como autor de un delito de estafa de los Arts. 529 -- num. 1º y 528 num. 2º ambos del Código Penal.

Contra dicha sentencia el en ella condenado interpone el presente recursos, en el que alega la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto de manifiesto por los documentos auténticos que cita un contrato de arrendamiento y un documento privado de compraventa, y la infracción por indebida aplicación de los Arts. 529 y 528.

El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y absuelve al procesado del delito de que venía acusado.

#### DOCTRINA

CONSIDERANDO: Que los documentos auténticos invocados en el motivo primero del recurso, a los fines del numeral 2º del Art. 849 - de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y admitidos por auto de esta Sala de 12 de marzo de 1959, carecen de eficacia a los efec--tos que se alegan, porque no contradicen el hecho probado, ya -- que se refieren a relaciones jurídicas de otros órdenes y ajenas al hecho penal enjuiciado en este procedimiento y, en su virtud, debe desestimarse dicho primer motivo.

CONSIDERANDO: Respecto al motivo segundo del recurso, que aduce infracción al Art. 529, num. 1º del Código Penal, que la protec--

ción legal del cheque, en lo que atañe a la esfera penal, está sometida a los principios generales que rigen la legislación represiva en nuestro país, dictada de acuerdo con las finalidades de orden público y de defensa de intereses privados que el legislador se propuso atender al establecer y definir delitos y conminar penas, por lo que la construcción jurídica adoptada primitivamente por los Tribunales de lo Criminal, en relación con el uso ilícito del cheque, inspirada en gran parte en el punto de vista de la consideración de los documentos mercantiles, y entre ellos el cheque como medio de pago, según el Art. 1.170 del Código Civil, de producir solamente los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o se hubiesen perjudicado por culpa del acreedor debe amoldarse a la otra consideración de rango legislativo para el ámbito penal, promulgada con anterioridad, de que únicamente es delito de estafa, comprendido en un precepto sancionador hoy sustituido por el Art. 529 num. 1º del vigente Código Penal, el pago mediante entrega de cheque, cuando no hubiere provisión de fondos en poder del librado, según ordena el Art. 2º de la Ley de 16 de marzo de 1939, aunque este precepto afecte sólo a los cheques entregados en las cajas públicas para pago de tributos o ingresos en general.

CONSIDERANDO: Que sobre tales fundamentos ha de entenderse y procede estimar, con vista de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, que la entrega de un cheque postdatado, o sea con fecha futura de cobro y con conocimiento y asentimiento del acreedor, priva a dicho documento mercantil, en la esfera pe

nal, de carácter equivalente y de poder liberatorio idéntico al de la moneda, que es en lo que consiste la esencia punible de la estafa cometida mediante la entrega al particular, como medio de pago, de cheque emitido sin provisión bastante de fondos en poder del librado.

CONSIDERANDO: Que la doctrina expuesta concuerda con el concepto y criterio del legislador que queda expresado, en vista de la liberación condicionada que como medio de pago atribuye al cheque - la Ley Civil, pues para que constituya estafa precisa que sea emitido en forma que no pueda realizarse en el acto y esté ausente - de toda conformidad del acreedor que, en ocasiones, ha accedido, estimulado y hasta exigido la emisión de un cheque en descubierto para disponer de un instrumento coercitivo contra su deudor que - viene a revivir en nuestros días la abolida prisión por deudas.

CONSIDERANDO: Que sin previa definición legal no puede reputarse delito la orden expresa del procesado de que no se hiciese efectivo el cheque de que se trata, por exigirlo así los Arts. 1º y 23 - del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que el otro elemento a que alude el considerando primero de la sentencia recurrida de que, con engaños de solvencia suficiente, el procesado consiguió un local y perjudicó al querellante, carece de fundamento de hecho bastante en el resultado de los probados y, en consecuencia, procede acoger el segundo motivo del recurso que se examina.

S. 12 de marzo de 1962, R.J.A. 1.037 ESTAFA. CHEQUE POSTDATADO.

DOCTRINA:

CONSIDERANDO: Que la sucesión de operaciones concertados entre el recurrente y el vendedor de un reloj, las cuales comienzan por el libramiento de una letra de cambio, al manifestar el procesado que tenía un piso y un negocio de hierros, siguen con el pago parcial de dicha letra y el libramiento de otra cambial por el resto y finalizan al vencer la segunda cambial con la entrega de un cheque contra un Banco, con la advertencia de que no se tenía suficiente saldo, por lo que se le señaló fecha posterior, sin que pudiera hacerlo efectivo, ni posteriormente haya pagado el precio del reloj vendido, todo lo que no representa acción delictiva, porque la doctrina de esta Sala ha establecido que el cheque postdatado no constituye delito de estafa, por no entregarse a título del llamado dinero bancario, sino como un título de crédito, con reserva sobre su solvencia, lo que le excluye del área penal y, en consecuencia, por no comprenderse en el num. 1º del Art. 529 del Código Penal, procede acoger el primer motivo del recurso (1).

---

(1) ARTURO MAJADA, "Cheques y Talones de Cuenta Corriente", ob. cit. págs. 262 y sigs.

C O N C L U S I O N E S

Conforme a todo lo antes expuesto llegamos a establecer las conclusiones siguientes:

1.- El delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos requiere para su consumación que se realicen varios actos o sea el mero hecho de librar el cheque por parte del sujeto activo y una omisión consistente en no depositar el dinero en el banco para que el cheque sea pagado. Consecuentemente es un delito plurisubsistente. Si el cheque no tenía fondos al momento de librarse, pero es pagado a su presentación al banco porque el librador se apresuró a depositar el dinero en su cuenta corriente, en la institución bancaria librada, no se configura el delito -- pues para que se dé tal figura delictual, se requiere que EL CHEQUE NO SEA PAGADO POR FALTA DE FONDOS.

2.- El sujeto activo concretiza su conducta delictual en el acto mismo de girar el cheque sin fondo, no habiendo depositado el dinero suficiente en el banco para amparar el documento girado, por lo tanto al ser cobrado en el banco, no será pagado, por no existir fondos.

3.- No es lo mismo insuficiencia de provisión de fondos que falta de provisión de fondos, puesto que si al ser presentado a cobro el cheque, existen en el banco librado fondos, pero que no alcancen a cubrir el valor total del cheque, estaríamos en pre--

sencia por lo tanto de una insuficiencia de fondos y ya dijimos antes que en este caso, el beneficiario puede aceptar, si así lo quiere un pago parcial del cheque, limitando por tanto su acción criminal a la parte insolvente del cheque.

4.- La falta de provisión de fondos se puede dar por cualquiera de las situaciones siguientes: por haber cerrado el librador su cuenta bancaria; porque el librador giró en talonario ajenos sin tener autorización legal para ello por haber retirado el girador, en forma maliciosa los fondos que tenía en su cuenta bancaria antes de que se cobrara el cheque girado (por supuesto dentro del término legal para ser cobrado).

5.- En cuanto a los elementos típicos del delito podemos decir que no se requiere ninguna calidad especial del sujeto activo ya que lo sustancial es que el legislador usó el verbo librar en las distintas hipótesis contenidas en el Art. 372 Pn., aplicándose la sanción prescrita por tal norma al sujeto que adecúe su conducta a la hipótesis prescrita por tal norma, toda vez por supuesto, que no se den las excepciones legales del caso (causas de justificación, ausencia de acto, etc.).

Cualquier persona puede colocarse en calidad de sujeto pasivo, pues para ello no hay exigencia especial alguna, se trata pues, de un sujeto pasivo impersonal.

6.- En cuanto a las referencias temporales, el plazo a par--

tir del cual comienzan a transcurrir los términos legales para - que el cheque sea cobrado por el beneficiario del mismo, se cuenta a partir del mismo día en que el cheque fue girado.

7.- El delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos es de daño, ya que existe daño desde el momento que se in---fringe la norma.

8.- La entrega simple de un cheque sin fondo que el acreedor exige al deudor en garantía de una obligación, a sabiendas el acreedor que su deudor ni siquiera tiene contrato de cuenta co---rriente con el banco, pero aún así, para tener garantía plena de cobro exige al deudor que le firme un cheque postdatado cuya fecha es la del vencimiento del plazo de la obligación, no constituye delito, si nos atenemos al tenor de lo prescrito por el Art. 168 inciso segundo de la Constitución Política que prescribe: "Se prohíbe la prisión por deudas".

9.- Hay libramiento de cheque sin provisión de fondos y no - estafa, cuando el cheque es usado como documento de pago de una deuda preexistente (se da tal delito, por el hecho de que el deudor hace creer a su acreedor por unos días que ya ha pagado). Sin embargo, la deuda se mantiene intacta puesto que al no ser pagado a su presentación el cheque, el deudor se mantiene por tanto insolvente puesto que no ha pagado nada y no ha cumplido con su obligación.

10.- El libramiento de cheque sin provisión de fondos degenera en estafa en el caso de que el girador utilice aunque sea el más mínimo engaño para obtener un lucro inmediato para sí o, para un tercero, por ejemplo, cuando una persona llega a un almacén a comprar un aparato eléctrico y al realizar tal contrato de Compra Venta una vez que le han entregado la cosa, paga con un cheque -- sin provisión de fondos. En tal ejemplo, el librador utilizó el -- engaño, ya que hizo creer al vendedor de que el cheque era bueno o sea que tenía fondos y con tal engaño obtuvo un lucro o sea la entrega material que se le hizo del objeto supuestamente comprado.

11.- El delito de libramiento de cheque sin fondo fue creado por el legislador para tutelar intereses colectivos puesto que -- siendo tal documento denominado cheque de tanta importancia, ya -- que es el valor que más se asemeja al dinero y al hacer uso irregular de dicho documento se pone en peligro los intereses económicos de todo el conglomerado social, per si tal fue el espíritu -- de la legislativa, incurrió en una flamante contradicción al de-- jar el inicio del procedimiento penal al arbitrio del beneficiario del cheque, ya que el juicio correspondiente conforme a la ley sólo nace a la vida penal con el impulso inicial que le da el agraviado con su acusación o denuncia respectiva por el hecho delictivo originado por el libramiento de cheque sin provisión de fondos.

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

- CHEQUES - ARGENTINA: Enrique Bacigalupo - "ESTUDIOS JURIDICO PENALES" SOBRE INSOLVENCIA Y DELITO" Buenos Aires, Depalma, 1970.
- CHEQUES - COSTA RICA: Alfaro Arroyo, Víctor Manuel. "ASPECTOS PENALES DEL CHEQUE" Costa Rica, 1969.
- Vásquez Méndez, Luis Guillermo. "EL CHEQUE", Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- Majada, Arturo. "CHEQUES Y TALONES DE CUENTAS CORRIENTES EN SUS ASPECTOS BANCARIOS, MERCANTIL Y PENAL". Barcelona Bosch, 1969.
- Becerra Bautista. "EL CHEQUE SIN FONDO; SU ASPECTO CONSTITUCIONAL, MERCANTIL Y PENAL". Tercera Edición, México, Editorial Juz. 1959.
- González Bustamante, Juan José. "EL CHEQUE, SU ASPECTO MERCANTIL Y BANCARIO. SU TUTELA PENAL". México, Editorial Porrúa, 1970.
- Sebastián Soler. "DERECHO PENAL ARGENTINO". Buenos Aires, P E A, 1973, Tomo IV y V.
-

Fontan Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL", Buenos Aires, Abelado Perrot, 1975. Tomo VII.

Feco, José. "PROYECTO DE CODIGO PENAL" La Plata Argentina, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, 1942.

Pacheco Osorio, Pedro. "DERECHO PENAL ESPECIAL" Colombia, Tenees, 1973, Vol. 3.

Soler, Sebastián. "DERECHO PENAL ARGENTINO", 1a. Reimpresión Tipográfica, Editora Argentina. Buenos Aires, -- 1951, Vol V.

Lara Velado, Roberto. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL" Editorial Universitaria. Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 17 de abril de 1972.

Cabanellas, Guillermo. "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL" Tomo I al IV. 8a. Ed. Editorial Heliasla. Buenos Aires, 1974.

Cuello Calon, Eugenio. "DERECHO PENAL" Tomo II, Parte Especial. 12a. Ed. Bosch, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1957.