

Sección VI.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDOS

*José María Pereira Pérez
Lic. Enrique Meza Chaves*

SUMARIO

1) Bien jurídico protegido.	138
2) Naturaleza jurídica	138
a) Criterios opuestos	139
3) Competencia.	140
4) Consumación	140
a) Sujeto activo	140
5) Abono dentro del término.	140
a) Efectos	140
b) Criterios opuestos	141
6) Indemnización	141
a) Criterios opuestos	141
7) Diferencia con la estafa mediante cheque.	141
8) Constitucionalidad.	142

1) BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

Antes de entrar al estudio del delito de libramiento de cheque sin fondos es necesario hacer una mención del bien protegido, que está tutelado en el Título VIII, denominado Delitos contra la Buena Fe de los Negocios, exactamente bajo la Sección III como Delitos contra la Confianza Pública, donde se manifiesta que no es la lesión patrimonial la que está en juego sino que lo que se lesiona es esa Confianza (Pública). SOLER al respecto ha manifestado que "la protección legal se tiende aquí sobre la confianza pública, y **está más inspirada por el fin de evitar, más que directamente perjuicios patrimoniales, los transtornos que puede causar la entrada en circulación de un documento espurio** (1). Sobre el punto la jurisprudencia ha sido reiterada, en el sentido de que el libramiento de cheque sin fondos es un delito contra la Confianza Pública, que es el bien protegido por ley, y lesiona de buena fe porque afectando un instrumento de tráfico económico, vulnera una idea de autenticidad y de veracidad; por lo que para que tal ilícito se configure basta que el librador ponga en circulación una orden de pago que sea un cheque, conociendo que en el Banco librado no tiene los medios de satisfacerla, toda vez que la obligación proveniente de la ley es la de no defraudar la esperanza pública (2), pues se establece que el cheque es un papel negociable que circula al igual que la moneda corriente y conforme a la ley que lo regula (3).

2) NATURALEZA JURIDICA:

En el Derecho Mercantil, la verdadera naturaleza de un cheque es ser una orden incondicional de pago, y pagadera a la vista (4). La doctrina califica al cheque como un título valor, con todas las cualidades que le son propias. Comenta Balsa que "el desarrollo del cheque, cuyo delineamiento en el orden comercial, determinó la inquietud de asegurar su eficacia mediante la institución de fórmulas represivas, tendientes a sancionar determinados hechos atentatorios contra el normal funcionamiento de aquél (5). Propiamente en el Derecho Penal la doctrina y la jurisprudencia han hecho la diferencia entre delitos materiales y delitos formales, en que, en los primeros se requiere para su existencia, que se realice el efecto que haya pretendido alcanzar el agente, y en los segundos, basta la mera consumación del acto delictivo, independientemente de la realización del daño querido por el agente (6). No obstante, la distinción entre unos y otros se basa en que los delitos verdaderamente formales son aquellos en que su tipificación no hace mención alguna de un necesario resultado material dañoso (7), por ello se perfecciona cuando el cheque se libra sabido que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado, pues cada girador no debe ignorar el estado de su cuenta, si tiene o no los fondos suficientes para hacerle frente a la obligación contraída. Está sentado por vía jurisprudencial que el dolo es un elemento esencial en todo delito, más

- (1) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1978, p. 386. Ver resolución del Tribunal Superior Penal de Limón, No. 144 de 11:05 hrs. de 8 de setiembre de 1982.
- (2) Ver entre otras resoluciones: Sala Tercera de la Corte, No. 46—F de 1981; Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 95 de 30 de abril de 1982; Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera No. 132 de 17 hrs. de 25 de mayo de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera No. 272 de 9 hrs. de 26 de noviembre de 1981.
- (3) Casación de 15:30 hrs. de 8 de abril de 1949, I sem., I tomo, p. 385.
- (4) Casación No. 119 de 1960, II sem., II tomo, p. 1118.
- (5) Balsa ANTELO, Eudoro. "El cheque, su régimen jurídico y penal", Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 143.
- (6) BECERRA BAUTISTA, José. "El cheque sin fondos", Editorial Jus, Segunda Edición, México, 1954, p. 60.
- (7) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10 hrs. de 15 de octubre de 1982. En el mismo sentido: Sala Segunda Penal, No. 19—F de 8:15 hrs. de 26 de abril de 1978, interpretó que "tal ilícito es lo que en la teoría se denomina como delito formal, que es el que jurídicamente se consuma por el solo hecho de la acción o de la omisión del culpable, sin que sea precisa la producción de consecuencias antijurídicas".

todavía tratándose del delito de libramiento de cheque sin fondos, pues con solo poner en circulación un cheque sin la provisión necesaria, el mismo atenta contra la buena fe y la lealtad que debe imperar en esa clase de negociaciones; por eso en esta clase de delitos como se vio anteriormente son de naturaleza formal y no requieren un dolo específico, sino genérico (8). De ahí que basta que se ejecute el hecho previsto en el Código Penal para que se configure el delito, tipificándose con la sola firma del cheque (9). Por regla general, la conducta interior del agente sólo puede provocar efectos jurídicos cuando se mezcla con una conducta externa, al menos se presume que el librador tiene conocimiento del estado financiero de su cuenta corriente, siendo innecesario que el cheque se desvirtúe para que se convierta en una orden incondicional de pago, ya que de conformidad con el Código de Comercio (art. 803), el cheque es una orden incondicional de pago y las partes no pueden cambiar, de mutuo acuerdo, la naturaleza del documento para convertirlo en una promesa de pago.

Para algunos, antes, el DELITO FORMAL no existía (o no podía existir en nuestra legislación), si se acepta que para que el mismo se dé, no requiere la existencia de una relación de culpabilidad, (con solo librarlo y ponerlo en circulación, ya el delito se perfecciona). (Sin que se requiera que el librador, lo gire como documento de crédito y no dolosamente: esto por la relación del artículo 30 de nuestro Código Penal).

No siempre que se gire un cheque sin fondos ocurre el quebrantamiento de la norma del 243. Si se lesiona el patrimonio (siempre al final se hace), podría configurar el delito de estafa (que requería ciertos elementos propios de esa figura) quedando impunes otras acciones similares (libramientos), de

ahí que se legisló creando esta nueva figura penal para poder sancionar aquellas conductas que no se subsumieran dentro de la estafa, (pues no se tutela el PATRIMONIO sino la CONFIANZA PUBLICA o BUENA FE EN LOS NEGOCIOS). De ahí que el artículo 243 tenía que ser FORMAL en contraposición con la estafa mediante cheque que es MATERIAL. Es por ello que no se admite la TENTATIVA. Para que exista delito, en razón de haberse librado un cheque sin provisión de fondos, o sin autorización para girar sin ellos, basta su entrega, sin que sea necesario dolo especial ni perjuicio, pues es puramente formal y objetivo (10).

a) Criterios opuestos:

Si el cheque girado debía presentarse al cobro tiempo después, el mismo perdió su condición de ser pagadero a la vista, desvirtuándose, quedando el cheque como simple documento de garantía (11); el otro criterio se base en que esa excusa —desnaturalización— no es admisible por cuanto se trata de una figura penal formal, no desvirtuable, pues sería contrariar el espíritu de la ley y equivaldría a legislar, lo que obviamente no es posible, ya que sigue siendo cheque para los efectos legales (12).

En una resolución, propiamente en el voto salvado, se dijo que por ser FORMAL no importa que el resultado se produzca o no, ni por ende, la causa o motivo de la entrega, ni la desnaturalización de su función, ni el pago posterior, ni el arreglo entre las partes; concretando, no importa la producción de un evento extraño o externo a la acción misma del sujeto (13). De ello se colige que "el librador y el tomador podrán utilizar el cheque como medio

(8) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera No. 112 de 16:30 hrs. de 18 de junio de 1979; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera No. 223 de 10:40 hrs. de 19 de noviembre de 1980; Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 94 de 10 hrs. de 30 de abril de 1982; Tribunal Superior Penal de Limón, No. 121 de 10 hrs. de 6 de agosto de 1982. (Entre otras). Tribunal Superior Penal, Puntarenas No. 149 de 17:00 hrs. de 15 de junio de 1981.

(9) Sala Tercera de la Corte No. 21—F de 10:00 hrs. de 10 de octubre de 1980.

(10) RUBIANES: "Código Penal, su interpretación jurisprudencial", Depalma, Buenos Aires, Tomo IV, p. 459.

(11) Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección B, No. 61 de 14:10 hrs. de 8 de marzo y No. 123 de 4 de julio ambas de 1979.

(12) Sala Tercera de la Corte, No. 9—F de 10:00 hrs. de 21 de enero de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 119 de 9:30 hrs. de 10 de agosto de 1979; Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 114 de 17:30 hrs. de 20 de junio de 1979.

(13) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 186 de 17:00 hrs. de 26 de agosto de 1982.

de garantía, en lugar de la función específica que la ley mercantil le otorga, pero ello no significa en modo alguno modificar su naturaleza intrínseca (14).

3) COMPETENCIA:

Reiteradamente la jurisprudencia ha establecido que el conocimiento del asunto le corresponde al Juez donde fue girado el cheque, en vista de que el delito de libramiento de cheque sin fondos es de carácter formal (15).

4) CONSUMACION:

La jurisprudencia argentina ha sostenido que este delito es de los llamados plurisubsistentes, sea aquellos que se componen de una acción y una omisión (acción: emitirlo y omisión: no pagarlo dentro del término legal), de ahí que se ha sostenido en aquel país que la delincuencia se consuma al vencer el plazo (para ellos de 24 horas). Esto se ha criticado, pues como ya se dijo con el pago o abono del cheque, dentro del quinto día, el delito no desaparece y su único resultado es la NO SANCION (quedará exento de PENA al ser una excusa legal absolutoria), lo que no puede relacionarse con el elemento ACCION. Por eso podríamos afirmar que el delito se consuma en nuestra patria, desde el momento en el que el cheque es librado y puesto en circulación.

a) Sujeto activo:

Sólo lo será el girador o librador del cheque nunca el endosante, pues este último lo que hace es transmitir la propiedad del cheque, no lo libra. Para determinar si la esposa o un empleado que estén autorizados para girarlo, se constituyen en autores, debe el Juez analizar con sumo cuidado cada caso (si tenían conocimiento del estado de la cuenta, su capacidad intelectual y educación, si

hay connivencia con el dueño de la cuenta corriente, etc.).

5) ABONO DENTRO DEL TERMINO:

a) Efectos:

El pago ulterior a la comunicación del rechazo bancario beneficia al librador del cheque sin provisión de fondos, con una EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA POSTERIOR; JIMENEZ DE ASUA define a las excusas como causas de impunidad que hacen que a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública (16). En otras palabras el delito existe, no desaparece la infracción y el pago lo único que hace es eximir de pena, por razones sociales de utilidad pública o de política criminal. De lo expuesto anteriormente se dice, pues que es facultad del ordenamiento jurídico el decidir si una relación determinada está contra el Derecho o es conforme a él, hacer jurídico lo que es antijurídico (17).

Dentro de los otros dos supuestos que contempla el artículo sub exánime son:

Si el LIBRADOR diese contraorden de pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para ello; y, si lo hiciera a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado. Estos dos casos se dan muy poco al menos no tenemos conocimiento de jurisprudencia nacional, aunque un ejemplo del segundo caso podría ser girar un cheque, sabiendo que la cuenta corriente está cerrada.

El primer caso no amerita mayor explicación (ver art. 822 del Código de Comercio). El segundo se refiere a los casos que el girador sabe de "antemano" que el girado se encuentra en la imposibilidad de proceder a su pago. Según la jurisprudencia argentina, en este segundo caso no corre el término de prevención de pago (de 24 horas para ellos), pues consideran que como la norma dice "a sabiendas" se excluye toda posibilidad de error.

(14) RUBIANES: op. cit., p. 473.

(15) Sala Tercera de la Corte, No. 80—A de 15:20 hrs. de 14 de noviembre de 1980; Casación No. 157, II sem. de 1968. (Entre otras).

(16) JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo VII, p. 138.

(17) MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1954, págs. 387—388.

Como está nuestro artículo (243), creemos que debe dársele los cinco días de prevención. Como anotamos anteriormente, el único caso que podría darse (no encontramos por el momento otro) es que el librador una vez recibida la comunicación del banco de que su cuenta está cerrada, gire un cheque "a sabiendas" de esa circunstancia.

b) Criterios opuestos:

En cuanto al efecto del abono del importe del cheque dentro del término concedido para ello, un primer criterio, al imputado se le declara autor responsable del delito de libramiento de cheque sin fondos, resultando la sentencia condenatoria, con todas las consecuencias que de ella se derivan, pero sin hacer señalamiento alguno sobre la pena (18). El segundo criterio sostiene que en tal caso la responsabilidad se extingue, surgiendo a la vida jurídica la causal de exención de pena, resultando en consecuencia un sobreseimiento a favor del imputado (19).

También la doctrina dice que la "existencia o inexistencia de la excusa absolutoria es una cuestión relativa a la punibilidad del hecho, por ello atañe al fondo del asunto. Debe ser resuelta, por lo tanto, en la sentencia definitiva o por vía de sobreseimiento" (20). Lo lógico es que desde que exista la imposibilidad de aplicación de una pena, debe sobreseerse, sea cual sea el estado en que se encuentre el proceso, toda vez que es más elemental que se dicte el sobreseimiento en el entendido de que no se corra con más gastos del proceso.

6) INDEMNIZACION:

El tenedor del cheque, tendrá derecho a exigir como indemnización fija el 25 por ciento de la

suma no pagada (21), pero siempre tendrá el tenedor la posibilidad de cobrar una suma aún superior al 25 por ciento por concepto de intereses, siempre y cuando demostrare que los daños fueron superiores (22). La sanción civil procede (23) según la norma mercantil (art. 817) cuando el cobro de reembolso se efectúa en vía ejecutiva.

a) Criterios opuestos:

Existen resoluciones contradictorias con respecto al cálculo de indemnización a pagar como reparación civil en el delito de libramiento de cheque sin fondos. En la primera de las resoluciones se toma como base la norma mercantil (24) y en la segunda resolución toma como base la norma penal y procesal penal (25).

7) DIFERENCIA CON LA ESTAFA MEDIANTE CHEQUE:

Cabe aquí resaltar algunas diferencias entre una figura como la estafa mediante cheque y el libramiento de cheque sin fondos; la primera figura está contemplada en el Título VII, como Delitos contra la Propiedad (estafas y otras defraudaciones); en tanto que en la segunda el delito está amparado en el Título VIII como Delitos contra la Buena Fe de los Negocios (delitos contra la Confianza Pública), es por eso que al estar protegidos en diferentes títulos es notorio que en uno se vulnera el daño patrimonial en tanto que en el segundo se lesiona la confianza pública. Otra de las diferencias sería la simple expedición de un cheque sin tener provisión de fondos, y la estafa la existencia de todos los requisitos que le son propios (26).

(18) Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 145 de 13:50 hrs. de 21 de agosto de 1979 y Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Tercera, No. 34 de 10:15 hrs. de 4 de diciembre de 1980.

(19) Sala Segunda Penal, No. 79—F de 8 hrs. de 20 de noviembre de 1979 y Tribunal Superior Penal, Pérez Zeledón, No. 534 de 15:05 hrs. de 28 de noviembre de 1979.

(20) NUÑEZ, Ricardo. "Derecho Penal argentino", Bibliografía Omeba, Parte Especial, Tomo V, Buenos Aires, p. 556.

(21) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10:00 hrs. de 15 de octubre de 1982; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda, No. 91 de 15:30 hrs. de 21 de mayo de 1980; Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 100 de 16:50 hrs. de 28 de abril de 1981.

(22) Tribunal Superior Civil, No. 637 de 10:15 hrs. de 30 de julio de 1976.

(23) Sala Tercera de la Corte, No. 104—F de 10:00 hrs. de 15 de octubre de 1982; Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección A, No. 1365 de 10:25 hrs. de 17 de agosto de 1976.

(24) Sala Primera Penal de 10:00 hrs. de 26 de abril de 1979.

(25) Tribunal Superior Penal, Penal, Limón, No. 9 de 12:30 hrs. de 16 de enero de 1979.

(26) Sala Tercera de la Corte, No. 23—F de 16:20 hrs. de 15 de abril de 1982.

Sobre esto la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en que la diferencia entre el pago con cheque sin fondos y la estafa son independientes, esto se acentúa más si se observa que para aquella figura es indiferente la existencia de un engaño de parte del tomador, mientras que en la estafa ese elemento es esencial (27).

Es bueno escollar aquí que la figura del art. 302 (libramiento de cheque sin fondos del Código Penal argentino) desaparece ante la estafa, pasando a ser el libramiento del cheque el ardid necesario y suficiente para completar el engaño. De lo supra expuesto, se da libramiento de cheque sin fondos, cuando las mercaderías fueron entregadas con fecha distinta y anterior a la de los documentos, revistiendo a las operaciones de crédito o pago diferido (28).

8) CONSTITUCIONALIDAD:

Al interponerse un Recurso de Inconstitucionalidad para que se declare la inaplicabilidad del art. 243 del Código represivo, por ser contrario a los artículos 38 y 39 de la Carta Magna, la Corte Plena resolviendo el recurso, invocó que aquel artículo (243) no es contrario a las normas constitucionales, pues no autoriza la prisión por deudas, sino que sanciona el uso ilegítimo de un documento que es, por definición una orden de pago contra un Banco y no un título de crédito, pues, el que es reducido a prisión por girar un cheque sin fondos, no lo es por deudas, sino por la emisión del cheque, que sanciona un hecho delictivo, de ahí que no se puede alegar de inconstitucional el artículo 243 (29).

* * *

(27) SOLER, Sebastián. op. cit. p. 387. Ver resolución de la Sala Tercera de la Corte, No. 98—F de 10:20 hrs. de 4 de diciembre de 1981.

(28) RUBIANES: op. cit., p. 460. El Tribunal Superior Penal de Limón en resolución No. 111 de 10:40 hrs. de 23 de julio de 1982, varió la calificación dada al libramiento de cheque sin fondos por estafa mediante cheque interpretando que el imputado al momento de girar el cheque sabía que su cuenta no tenía los fondos suficientes como para cubrir la deuda contraída y a sabiendas de ello sometió a engaño al ofendido, quien al hacerse presente al Banco donde estaba registrada la cuenta encontró que estaba sin fondos.

(29) Sesión de Corte Plena de 6 de julio de 1981, art. VII.