

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

TESIS DE GRADO

EL CHEQUE EN MATERIA PENAL

JAIR VÉLEZ

II

1.981

HN
T
D347.5
V436 ch
Ex. 2

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL CHEQUE EN MATERIA PENAL

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

JAIRO VELEZ

h

Pasto, Colombia

1.981

PRESIDENTE DE TESIS : DR. LUIS GUERRERO MADRONEO

DEDICATORIA:

PARA GLADYS SANTACRUZ DE VELEZ

Y A JAIRÓ ANDRÉS VELEZ a quienes

guardo eterna gratitud.

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse propias del autor"
(Acuerdo No. 108 de 1.965, artículo 70. Reglamento interno de la Facultad).

C O N T E N I D O

- I.- Introducción.-
- II.- Historia del Cheque en general.-
- III.- Definición de cheque.-
- IV.- Importancia del Cheque.-
- V.- Requisitos del Cheque.-
 - 5.1. Requisitos esenciales del cheque.-
 - 5.1.1. La mención del derecho que en el título se incorpora.-
 - 5.1.2. La firma de quien lo crea.-
 - 5.1.3. La orden incondicional de pagar una suma - determinada de dinero.-
 - 5.1.4. El nombre del banco librado.-
 - 5.1.5. La indicación de ser pagadero a la orden o al portador.-
 - 5.1.6. La literalidad consignada en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco.-
 - 5.2. Requisitos formales del cheque.-
 - 5.2.1. Número de orden.-
 - 5.2.2. Especificación de las plazas en donde se ha girado o en donde debe pagarse.-
 - 5.2.3. Fecha.-
- VI.- Leyes de protección penal en Colombia.-
 - 6.1. Decreto 1135 de 1.970.-
 - 6.2. Artículo 357 del Código Penal Colombiano

6.2.1. Falta o insuficiencia de fondos.-

6.2.2. La orden injustificada de no pago.-

VII.- Acta No. 88 de Noviembre 28 de 1.973, Anteproyecto del
Código Penal Colombiano.-

VIII.- Comparación entre el contenido del artículo 1 del De -
creto 1135 de 1.970 y el artículo 357 del Código Penal
Colombiano.-

IX.- El Cheque y la falsedad.-

X.- Giro de cheques por representantes de personas jurídi-
cas.-

XI.- Implicaciones del cheque posdatado.-

XII.- La prescripción y caducidad en materia de cheques.-

XIII.- Indemnización de perjuicios como objetivo de la actual
legislación, en relación a delitos cometidos con che -
ques.-

XIV.- El cheque y la estafa.-

XV.- Cheques: Presentación y pago para efectos de la compe-
tencia.-

XVI.- CONCLUSIONES.-

XVII.- BIBLIOGRAFIA.-

I.- INTRODUCCION

El presente trabajo que hemos realizado con el fin de llenar uno de los requisitos para optar el título de abogado, se concreta en un estudio sobre el cheque en materia penal.

Este estudio es de suma importancia, lo hemos elaborado en forma didáctica y comprensible, hemos hecho un parangón entre las antiguas disposiciones sobre esta materia y lo contenido en el nuevo Código Penal Colombiano, plasamado en el artículo 357 y para lo cual hacemos un breve análisis sobre las diversas doctrinas, jurisprudencias que se constituyeron en el cimiento para que en la actualidad esté rigiendo el susodicho artículo del actual Código Penal Colombiano.

Hacemos énfasis principalmente en lo relativo al cheque-posdatado que a nuestro parecer es el punto fundamental de la innovación efectuada por los legisladores, innovación que puso fin a una seria disquisición que durante varios años perduró en los procesos penales sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prisión por el giro irregular de cheques de esta naturaleza, lo que significaba que por una deuda, un individuo se sometía a una sanción carcelaria.

Hacemos resaltar la diferencia entre diversas figuras delictivas originadas en el giro irregular de cheques ya que esta conducta puede configurarse en estafa o falsedad desligas del artículo 357 del Código Penal Colombiano que contempla para la configuración de este delito solamente dos eventos: Fal

ta o insuficiencia de fondos y la orden injustificada de no -
pago.

Resaltamos también el objetivo de la actual legislación en relación a delitos cometidos con cheques que es la protección del patrimonio económico del afectado, ampliando las oportunidades para que el girador irregular de un cheque evite el seguimiento de la acción penal por el pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

En fin tratamos de resaltar todas las innovaciones y supresiones importantes que trae el artículo 357 del actual Código Penal en relación con el derogado decreto 1135.

Complementamos lo anterior con una breve historia del cheque, una resaltación de su importancia, un estudio de sus requisitos, los conceptos de la prescripción y caducidad en materia de cheques y otros temas de similar importancia.

Creemos haber elaborado y haber cumplido con otro de nuestros objetivos cual es de despertar en el lector del presente estudio algunas inquietudes que den base a iniciativas que en el futuro se plasmarán y encontrarán eco en los legisladores, para posteriores innovaciones, ya que el derecho se perfecciona continuamente adaptándose al acontecer de nuevos hechos y nuevas circunstancias.

II.- HISTORIA DEL CHEQUE.

El autor León Posse Arboleda nos dice sobre la reseña histórica del cheque: "Como anota Joaquín Garriguez, el origen histórico del cheque es el mismo de la libranza. Los documentos permiten retirar fondos que se encuentran en manos de un tercero; su origen se remonta a los reinados de Felipe Augusto y Felipe El Largo, en el Siglo XII, cuando los judíos giraban documentos mediante los cuales retiraban los fondos que habían dejado en manos de sus amigos al ser expulsados de Francia. Empero, los documentos precursores del cheque aparecen en las ciudades del Norte de Italia, en la Edad Media. A fines del siglo XVI, el Banco De San Ambrosio en Milán, permitía retirar los dineros que se le habían entregado para su custodia y depósito, mediante el giro de órdenes de pago llamadas Cedula di Carulario. Sin embargo, el origen inglés del cheque se descubre en su denominación, título que sin duda tuvo en Inglaterra un gran desarrollo.

Desde el Siglo XII, los reyes ingleses expedían órdenes de pago contra su tesorería, documentos llamados Ex-chequer Bill, de donde provino la palabra check y el nombre de cheque con el cual se distingue actualmente este título valor. No obstante, estos documentos, lo mismo que el Contadi di Banco utilizado por los Venecianos, en el Siglo XII, no son sino los precursores del cheque actual.

El cheque como se lo concibe hoy en día nace a mediados del siglo XVIII en Inglaterra, dando realce al desarrollo de las operaciones bancarias, especialmente ante la prohibición de fundar nuevos bancos que pudieran crear valores bajo la forma de billetes pagaderos a la orden o al portador.

En esta época, el banco de Inglaterra quería evitar la competencia de la banca privada, por cuanto tenía el privilegio de emitir billetes. Al no poder los bancos entregar billetes, Banker's Notes, contra la entrega de dinero en depósito, los depositantes giraban letras a cargo de su banquero, pagaderas por éstos, con cargo a los depósitos que había efectuado el cliente. De allí que el cheque haya nacido como una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a la vista"(1)

(1) Posse Arboleda, León, "Notas sobre títulos valores en el Nuevo Código De Comercio", págs. 116 a 117, Edt. Temis, Bogotá, D. E. 1.973.

III.- DEFINICION DE CHEQUE

Antonio Arcila Gonzáles trae la siguiente definición de cheque: "Es un documento escrito y firmado por medio del cual el girador da a un banco la orden incondicional de pagar a su presentación, a la orden del propio girador o de una determinada persona, o entidad, o a su orden, a al portador, cierta-cantidad de dinero" (2)

El tratadista expresa: "El cheque es esencialmente un instrumento de pago, así se deduce sin posible equívoco de lo mandado en el artículo 717 del Código de Comercio, del 718 *ibidem* y el acervo doctrinario jurisprudencial vigente sobre esta materia de universal dominio. Al respecto la Corte Suprema De Justicia, en sentencia del 12 de junio de 1.969, expuso "Así pues, si la moneda, como generalmente se define, es ante todo un medio de cambio o de pago, y si los depósitos desempeñan un papel análogo, es obvio concluir, que los cheques creación del sistema bancario, son moneda equivalente o sucedánea de la misma" (3)

En época de la Ley 46 de 1.923, no se diferenciaba la letra de cambio con el cheque, se confundieron, por cuanto no se tenía en cuenta que el cheque es un instrumento de pago, sustitutivo de la moneda o equivalente o sucedáneo de la misma y

(2) Arcila Gonzáles, Antonio. "El cheque en la Legislación Penal Colombiana.

(3) Sanín Echeverri, Eugenio, "Títulos Valores" Edc. Granamérica, Medellín, pág. 17

por lo tanto no es en la forma sino en la sustancia donde ra
dica la diferencia.

IV.- IMPORTANCIA DEL CHEQUE

El cheque tiene importancia capital en el desarrollo económico de los países, por medio del cual se realizan con más-agilidad y confianza las más numerosas operaciones mercantiles.

Creemos aceptada la opinión de Broseta Pont, sobre la importancia de los títulos valores, cuando citado por Sanín Echeverri, anota: " Su importancia económica se comprende pensando que en los títulos valores (acciones y obligaciones) se materializan las grandes fortunas personales, se ejerce el control económico por los grupos financieros detentadores del poder económico nacional e internacional, haciéndose posible el recurso al mercado de capitales indispensable para una mejor y adecuada explotación de las actividades mercantiles e industriales en una economía moderna", más adelante agrega: "Concretándonos al cheque, se puede afirmar que la importancia económica de éste estriba en que facilita y agiliza las transacciones comerciales e infunde confianza en ellas; que pone en circulación en beneficio de la prosperidad nacional grandes capitales que, de lo contrario, serían riquezas muertas que traslada a los bancos el servicio de caja. Además, los depósitos que suponen una cuenta corriente, necesaria para el manejo de chequera, evitan los riesgos del robo de dine

re, de su pérdida, de su incendio". (4)

Otros autores miran la marcada o trascendental importancia del cheque en sus fines económicos que son: a) Mover los capitales pendientes de inversión, que es improductivo en sus cajas, favoreciendo el progreso de una nación y b) disminuir la circulación de la moneda metálica agilizando las relaciones entre comerciantes y banqueros. De allí que el cheque cobra acentuada importancia sobre la letra de cambio, hasta tal punto, que el autor Siemens, con mucho acierto afirma: "El que expide letra de cambio necesita dinero, el que expide un cheque tiene dinero", el cheque se lo considera como un instrumento de pago, se equipara al papel moneda porque en las relaciones comerciales es aceptado de ésta manera, por lo cual la ley se ha venido preocupando permanentemente por darle a este importante documento una debida protección y en materia penal en el artículo 357 de Nuestro Código, se contempla el delito cometido con este instrumento.

(4) Cita de Sanín Echeverri, Eugenio, Títulos Valores, Editorial Granamérica, Medellín, pág. 17.

de a la legislación comercial, en caso de discrepancia prevalecerá la cantidad anotada en letras. La orden incondicional no admite limitaciones, es para pagar una suma determinada de dinero, orden que cumplirá el banco en razón del contrato establecido.

Respecto a este punto, creemos decir que dicha suma de dinero, debe estar clara, sin borraduras, tachaduras, enmendaduras, etc., para evitar cualquier duda que haga pensar en una falsedad o se convierta en un ardid por parte del girador para que así pueda alegar su obligación consignada en este título valor.

Por otro lado, es importante que la suma de dinero aparezca clara y concisa para efectos de los enunciados por el artículo 357 del Código Penal Colombiano que dice: La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía del cheque fuere superior a cien mil pesos...". (5)

1.3.- La Mención Del Derecho Que El Título incorpora.-

Al respecto el tratadista Ramiro Rengifo, expresa: "Parece insinuar la necesidad de la expresión cheque, en el formato sobre el cual se crea. Se cuestiona si debe necesaria

(5) Ortega Torres, Jorge, "Código Penal". Editorial Temis, 3. Edición, Bogotá, Colombia, 1.981. Pág. 108.

mente utilizarse dicha palabra. El hecho concreto se presenta en la práctica bancaria donde los formatos no contienen dicha expresión, no obstante lo cual su redacción, su papel y en general su identificación no dejan de tener dudas en cuanto a su calidad de cheque. Nadie duda, en frente de uno de esos módulos y otro redactado por un particular que el primero es un cheque y el segundo no. También podría interpretarse este numeral diciendo que él, se refiere al derecho al pago de una suma de dinero" (6)

1.4.- La Indicación de ser pagadero a la orden o al portador.

Son formas que puede utilizar el girador, autorizadas por la legislación comercial, para efectos de circulación del título valor. Algunos tratadistas han querido manifestar su contrariedad respecto a la posible incompatibilidad de la cláusula "al portador", con la naturaleza del cheque, pero atengámonos al concepto de la División Jurídica de la Superintendencia Bancaria, que dice: "La cláusula 'o al portador' que algunos bancos acostumbran a insertar en los formularios de cheques no es incompatible con su naturaleza, pues no contraría ninguna disposición legal y por lo tanto, si entre el banco y su cuentacorrentista no se pacta otra cosa, es le

(6) Rengifo, Ramiro, "La Letra De Cambio Y El Cheque", página 160.

galmente viable" (7)

1.5.- La firma de quien lo crea.-

Engendra responsabilidad civil y responsabilidad penal, penalmente un acusado quien aparezca no haber firmado el cheque, estaría amparado por disposición de la ley y se tendría en cuenta el artículo 784, ordinal 10. del Código de Comercio. La firma es esencial para la existencia de la obligación cambiaria, ya que ésta, obliga al suscriptor no solo en el derecho principal incorporado sino también conlleva derechos accesorios.

Es de anotar que en materia comercial, se es posible la representación para suscribir por otro, un título valor, - mediante poder general o especial por escrito.

1.6.- La literalidad consignada en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco.

Esta condición se desprende del artículo 712 - del Código de Comercio que a la letra dice: El cheque solo - puede ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco" y que "El título que en forma de cheque se expida en contravención a este artículo no producirá efectos de título valor....."

(7) Publicación de la Superintendencia Bancaria, Revista No.- 371, abril 1.972, BOGOTÁ, D. E.

Los formularios de cheques serán impresos por los bancos bajo su responsabilidad y contendrán el nombre del banco librado y estarán consecutivamente numerados, para que se permita su identificación; ésta es una de las instrucciones de la Superintendencia Bancaria, aparecida en circular del 11 de diciembre de 1.972.

2.- Requisitos formales del cheque.

2.1.- Número de orden.

Los bancos expiden con una numeración consecutiva, que permite identificación plena.

2.2.- Especificación de las plazas en donde se ha girado o en donde debe pagarse.

Es muy importante que las entidades bancarias, en los formularios de cheques incluyan la designación del domicilio donde se ha creado el cheque ya que esto es muy importante para establecer por ejemplo cuáles la ley aplicable en caso de que existe conflicto y una de las partes sea el librado, el domicilio de ordinario es el mismo donde se cubre el instrumento; " en caso de que se omita el lugar de creación, se tendrá como tal el de la entrega del mismo. . .". (8)

2.3.- Fecha.

Necesaria la fecha para los plazos de presentación del cheque, la fecha es primordial, sin ella se entende-

(8) Foro Nariñez, Nos. 219 a 220, Junio de 1.973, Pasto.-

penal. . . " . (9)

Tiberio Quintero Ospina, cita entre las finalidades que tiene la fecha en el cheque, la susceptibilidad de calificación penal cuando se trate de cheques expedidos sin fondos o con fondos insuficientes. A este respecto transcribimos un a parte del auto de 10 de junio de 1.973, emanado del Honorable Tribunal de Popayán, que dice: "...De donde es preciso colegir que la fecha de creación del cheque, es presupuesto fundamental para establecer la licitud o ilicitud de la conducta, en el área de la represión penal, con vista desde luego en el estado de cuenta corriente del girador, como también deducir la procedibilidad o improcedibilidad de la acción penal cuando de cheques postdatados se trata". (10)

-
- (9) Foro Nariñés, Nos. 219 y 220 de junio de 1.973, Honorable Tribunal Superior De Pasto.
- (10) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Auto- de 10 de junio de 1.974.

VI.- LEYES DE PROTECCION PENAL EN COLOMBIA

Revisando paulatinamente la legislación colombiana, en torno a la tutela penal del cheque, se nota un gran avance su-
jeto a las grandes y certeras doctrinas que se han esgrimido-
a través de todos los tiempos. El tratadista Quintero Ospina
enuncia las siguientes: Ley 75 de 1.916, que en su artículo -
70.- decía: "Cuando la emisión de un cheque sin previa provi-
sión de fondos, o sin autorización del girado no constituya -
estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arres-
to. En este caso si hubiere acusación y el acusador desiste,-
cesará todo procedimiento, aunque éste se haya iniciado de o-
ficio". Se contemplaba aquí dos aspectos, por una parte se -
sancionaba la emisión de un cheque sin previa provisión de -
fondos o sin autorización del girado, no se contemplaba la -
transferencia del cheque; y por otro lado se contempla el de-
sistimiento, para que cese la acción penal, cuando así lo ma-
nifieste el denunciante. La ley 80. de 1.925, en sus artícu-
los 30.; el decreto 1858 de 1.951, copiaron o reprodujeron la
anterior disposición; en el decreto 0014 de 1.955, en que se-
sancionó el no pago del cheque, ya que como lo dijimos en -
principio, la punibilidad estaba en lo relativo a la emisión,
en este decreto las diferentes causales: a) No corresponder -
la chequera a una cuentacorrente del banco, o corresponder a
cuenta cancelada; b) Ser distinto el nombre que aparece como-
girador del que figura registrado en el banco; y c) No tener-

provisión de fondos. Por otra parte no se subordina la eficacia del título valor, a la configuración de otro delito, es así como se presentaría la estafa.

Siguiendo con el orden de leyes de tutela penal del cheque, citaremos el decreto 1699 de 1.964 en su artículo 160. - en que se estableció como sanción la relegación a colonia agrícola según la cuantía del valor del cheque, estableciendo como mínimo de la sanción aludida el término de un año y un máximo de ocho años, cuando la cuantía superaba los cinco mil pesos.

Finalmente valga citar el D. L. 1135 de 1.970, promulgado por el Ejecutivo, con base en las varias facultades otorgadas por la ley 16 de 1.968, que tuvo vigencia desde esa pasada época, hasta que fue derogado por el Decreto 100 de 1.980, puesto en vigencia un año después y que se constituyó en el actual Código Penal Colombiano, "que legisló exclusivamente sobre las conductas delictuosas cometidas por emisión o transferencia de instrumentos y efectos negociables. Sin embargo - este decreto que se componía de seis disposiciones, sufrió la declaratoria de inconstitucionalidad de cuatro de ellas (de la 2da. a la 5ta.) por sentencia de La Corte Suprema De Justicia que consideró que el Ejecutivo carecía de facultades para

legislar sobre todos los aspectos allí tratados, quedando solo reducida la protección penal de instrumentos u efectos negociables. (fallo de marzo de 1.971) (11)

Tanto el Decreto 1135 de 1.970 y el artículo 357 del nuevo Código Penal Colombiano, serán tratados seguidamente.

1.- Decreto 1135 de 1.970.

Entremos a contemplar las conductas delictivas manifestadas en el artículo 10. del decreto 1135 de 1.970, para lo cual transcribimos la mencionada disposición: "Incurrirá en prisión de uno a tres años, quien emita o a sabiendas transfiera a cualquier título, cheque que el girado no pague por una de las siguientes causas: 10.- Falta o insuficiencia de fondos, 20.- Orden injustificada del girador, 30.- Cuenta cancelada o embargada, 40.- No corresponder a cuenta del girador. "La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía fuere superior a diez mil pesos.

"Respecto de quien haya realizado por primera vez la conducta a que se refiere el numeral 10. del inciso 10. de este artículo, la acción penal cesará por pago total del cheque antes de la sentencia de primera instancia".

"La acción penal no podrá iniciarse si el pago del cheque que

(11)Quintero Ospina, Tiberio, "El Cheque En La Legislación Penal Colombiana", pág. 43, Bogotá, D. E.

ha estado sometido a plazo y el tenedor lo presenta antes de la fecha convenida".

2.- Artículo 357 del Código Penal Colombiano.

El artículo 357 del Código Penal Colombiano dice: - "Emisión y transferencia ilegal de cheque. El que emita o trasfiera cheque sin tener suficiente provisión de fondos o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor".

"La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía - del cheque fuere superior a cien mil pesos".

"La acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia".

"La emisión o transferencia de cheque posdatado o entrega do en garantía no da lugar a la acción penal".

"No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia del cheque, si hubieren transcurrido seis me - ses contados a partir de la fecha de la creación del mismo, - sin haber sido pre entado para su pago".

De la interpretación de este artículo se considera que - los fondos insuficientes y la orden de no pago tipifican el - delito; determinemos cada uno de ellos:

2.1.- Falta o insuficiencia de fondos.

Hace relación a la no existencia de fondos o depósitos - para cubrir el valor del cheque emitido. El momento que se de be tener en cuenta para que se pueda hablar de falta de provi sión de fonsos o de fondos insuficientes, es la de la presen tación del cheque al cobro, tal como lo afirma muy acertada - mente Romero Soto.

La provisión de fondos, se constituye por el depósito - del titular de la cuenta corriente, más, en algunos casos, el crédito otorgado por el banco para que este se sobregire. Al respecto cabe anotar, que se debe obviar en el contrato de - cuenta corriente, la discriminación, que a ciertas personas - se les concede el sobregiro y a otras se les niega, ya que en tales circunstancias para que el que no ti ne "influencia", - sin ninguna dificultad el banco devolverá el cheque sin fon - dos para que el beñeficiario instaure la acción penal, y a - quien se le hace el sobregiro, se lo salva de una acción pe - nal por fraude con cheques.

En síntesis, la insuficiencia de fondos, se da cuando el saldo existente no alcanza a cumplir las órdenes de pagar de terminada suma de dinero, dadas por el cuenta-corrientista, - según el contrato existente con la entidad bancaria.

2.2.- La Orden i-njustificada de no pago.

El girador una vez emitido el cheque puede dar or-

den de no pago, pero esta orden debe ser justificada, porque de lo contrario incurriía en el delito consagrado en el artículo 357 del Código Penal Colombiano. La ley consagra diversas autorizaciones de contra-orden del cheque, entre ellas tenemos las que menciona el tratadista Quintero Ospina: "a) Cuando el título ha sido hurtado, robado, o cuando ha sufrido extravío o destrucción total, o cuando ha sido alterado el texto del documentos (artículos 803 y 784 numeral 5o. del Co. de Co.); b) Cuando el cheque no se ha entregado, situación prevista en el punto a), o se ha entregado sin intención de hacerlo negociable, por ejemplo, si simplemente se ha dado a guardar (num. 11 del art. 784 del Co. de Co.); c) Cuando el negocio causal que dio origen al giro del cheque fue consentido por error, fuerza o dolo, o cuando dicho negocio tiene objeto ilícito o carece de causa o tiene causa ilícita (arts. 899, 900 y 754, num. 13 del Co. de Co., en armonía con los arts. 1508 y 1519 a 1.524 del C.C.); y d) Cuando han operado los términos de la prescripción o de la caducidad ". (12)

(12) Quintero Ospina, Tiberio, "El cheque en la legislación penal colombiana". págs. 60 y 61.

VII.- ACTA No. 88 DE NOVIEMBRE 28 DE 1.973
ANTEPROYECTO CODIGO PENAL COLOMBIANO

El tema tratado en el acta mencionada, se considera a los delitos cometidos por medio de cheques. Los redactores doctores: Romero Soto, Alfonso Reyez, Gaitán Mahecha y Gutierrez Anzola, opinaron que no se debe consagrar como delito el giro de cheques posdatados. En esta acta sentaron sus tesis sobre la falsedad y la estafa con cheques, otro punto muy importante, sobre la caducidad y la cancelación del valor del cheque sin fondos para desintegrar la figura delictiva o garantizar una impunidad, mejor, garantizar un medio de defensa para seguir gozando de libertad y terminación del negocio penal, etc.

Por ser de vital importancia los tópicos señalados transcribimos lo pertinente del acta en referencia:

"Doctor Gaitán: Para nadie es desconocido que hoy en día se abusa en sumo grado con los cheques, por parte de los chantajistas y usureros que han establecido prácticamente un negocio con tales títulos valores y hay circunstancias que han tomado los juzgados penales como medios para el logro de sus no muy claros fines. Estos despachos judiciales se han convertido en instrumentos para que se utilice el procedimiento que ya es llamado por el común de las gentes "el ejecutivo penal" Creo que, para terminar con esos abusos, se podría sentar las

siguientes pautas. Por una parte, no consagrar como figuras delictivas el giro de cheques posdatados, cuando estos llegan a carecer de fondos en el momento del cobro, ya que es lógico que cuando el girado recibe el título, sabe a ciencia cierta que está aceptando que carece de fondos en ese momento y que el pago del cheque no es incondicional. Además, se debe consagrar una norma que prevea la caducidad de la acción penal, para evitar precisamente esos actos de clásico chantaje indefinido a que nos hemos referido. ".

"Doctor Romero: En el proyecto ya se estatutó la figura de la falsedad que se verifica con cheques o títulos valores- igualmente se consagrará una norma en la que se sancione más severamente el delito de estafa que se consume mediante el empleo de cheques, de tal suerte, que en la norma o normas que se aprueben se debe dejar muy en claro que serán sancionadas, siempre y cuando "el hecho no configure delito de mayor gravedad," con lo cual, incluso, se evitan los problemas de interpretación que han dado lugar el actual 1135 de 1.970".

"Doctor Gaitán: Existe en la actualidad una disposición en el mencionado decreto, según la cual se crea una causal de impunidad para el evento en que el girador de un cheque sin provisión de fondos cancele el valor del mismo. En esta oportunidad valdría la pena pensar si esa causal cobijaría, en caso de que consignara en el proyecto, todas las conductas, o -

solamente la que cobija la actual disposición, o sea el giro-en descubierto".

"Doctor Reyes: En verdad, yo creo que esa causal debe - cobijar todas las conductas, pues si se acepta, por ejemplo, - para el caso de giro del cheque sin provisión de fondos, no - se ve la razón para no aceptarla en el caso de la orden de no pago dada en forma injustificada. Los bancos, hoy en día, emi - ten certificaciones sobre la razón del no pago dado a la cuen - ta, con criterio de favorecer al cuentacorrentista y es así - como muchas veces, aunque ya esté cancelada una cuenta en el momento en que se giró el instrumento o título, certifican - que la razón del no pago fue insuficiencia de fondos. Para e - vitar burlas de esta naturaleza a la justicia, de una vez con - viene crear la causal para todas las conductas, con lo cual, - incluso, se consagra un aliciente para el resarcimiento eco - nómico de los ofendidos. Ahora bien, lo anterior se predica - partiendo de la base de que las conductas que se consagrarán - en relación con los cheques, se sancionarán conforme a ese - capítulo, siempre y cuando no constituyan delitos de mayor - gravedad. En la redacción del texto, debe eliminarse la actual referencia al girado que es meramente probatoria y señalarse - claramente como modalidad de la conducta típica el giro de - cheque en formulario ajeno en vez de la ambigua causal 40.- - del actual texto legal. Soy también partidario de que se con -

sobre la caducidad de la acción penal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 721 del Código de Comercio" (13)

Finalmente la Comisión en el acta en comento, resolvió - aprobar el siguiente texto:

"Artículo 'Emisión y transferencia ilegal de cheques. El que emita o transfiera un cheque sin tener suficiente provisión de fondos, o sobre cuenta cancelada, o embargada o que luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, o lo emitiera en formulario ajeno, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no configure delito de mayor gravedad.

"La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía del cheque fuere superior a veinte mil pesos.

" Respecto de quien haya realizado por primera vez una cualquiera de las conductas descritas en precedencia, la acción penal cesará por pago total del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

" La emisión o transferencia de cheque posdatado no da lugar a acción penal.

(13) Anteproyecto del Código Penal Colombiano. Edc. Oficial, dirigida por Alfonso Reyes Echandía, Bogotá, junio de 1.974, págs. 552 y 553.

"En los casos previstos por el inciso primero de este artículo, la acción penal no podrá iniciarse después de seis meses contados a partir de la fecha de emisión del cheque" (14)

(14) Anteproyecto del Código Penal Colombiano. Ed. Oficial, -
dirigida por Alfonso Reyes Echandía, Bogotá, Junio de -
1.974, págs. 552 y 553

VIII.- COMPARACION ENTRE EL CONTENIDO DEL ARTICULO 1 DEL DECRETO 1135 DE 1.970 Y EL ARTICULO 357 DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO.

Se contempla en la nueva legislación penal como conductas sancionables la emisión transferencia de cheque "sin tener suficiente provisión de fondos" y la "orden injustificada de no pago". Se le quita la sanción penal a la emisión o transferencia de cheque posdatado y al dado en garantía se pone un límite máximo de seis meses para presentar el cheque so pena de perder la acción penal; se determina que la acción penal cesará por pago del cheque sin tener en cuenta si quien girar o trasfiere es la primera vez que realiza tal conducta ilícita, la pena se aumenta si la cuantía fuere superior a cien mil pesos, anteriormente la pena se aumentaba en la mitad si la cuantía fuere superior a diez mil pesos. En el nuevo Código Penal se acabó dentro del capítulo de fraude con cheque, con las causales cuenta cancelada o embargo y la referente a no corresponder a la cuenta del girador, conductas últimas citadas que se las puede ubicar en la estafa o en la falsedad. Finalmente lo concerniente a la presentación de cheques antes de la fecha convenida, sometidos a plazo, como se anotó, se terminó con la acción penal para el cheque posdatado, teniendo en cuenta las diversas doctrinas muy bien fundamentadas que sobre este particular se habían esbozado.

La nueva disposición suprimió también en su redacción el término "a sabiendas" de la anterior, por cuanto no es necesario, ya que sino hay dolo, no hay conducta delictiva, al respecto el tratadista Jaime Castaño Giraldo, citado por Antonio Arcila Gonzáles, sostiene que este elemento, no se debió su - primir por cuanto se va a aplicar el apologético principio, - que quien inconscientemente peca, inconscientemente se conde - na y afirma textualmente: "...pués es obvio que anormalmente el beneficiario de un cheque ignora el estado de cuenta del - girador. En esta disposición al contrario de lo que se dice, - va a restringir la función comercial del cheque y se va a po - ner penas por hechos carentes del *ánimus noscendi*"....". Ar - cila Gonzáles le critica diciendo "... manifestamos que aún - cuando esta expresión no hubiera figurado en el artículo cita - do, el dolo, es decir, el conocimiento de que el cheque esta - ba sin provisión de fondos, tenía que ser del pleno conoci - miento del endosante, para poder vincular a este proceso..." -

(15)

(15) Arcila Gonzáles, Antonio, "El Cheque", Edt. Guillermo - Moreno, Bogotá, D. E., 1.980.

IX.- EL CHEQUE Y LA FALSEDAD

En el anterior código se le dio un tratamiento sui géne -
ris, al instrumento negociable, estableciendo una figura in -
dependiente, con sanción de presidio de dos a ocho años para -
el particular, funcionario y empleado público que no se en -
cuentre en los casos del artículo 231, inciso 1, del C. P. de
rogado, que comete la falsedad en escrituras, documentos pú -
blicos o en instrumentos negociables. Con la nueva reforma p
penal, desapareció la figura en comento y pasó a formar parte -
de la falsedad en documento privado con sanción de prisión. -
Cabe preguntarse, porqué se ubicó los títulos valores en la -
falsedad privada, la respuesta la traen los mismos redactores
del C. P., en relación explicativa, cuando se expresó: "No -
consideró la comisión necesario otorgar a los cheques el ri -
gor de la protección que se da a los documentos públicos, ya
que en la mayoría de los casos de alternación de estos títu -
los valores, se tipifica el delito de estafa o el de falsedad
en documento privado" (16)

Al ubicarse la falsedad de títulos valores en la false -
dad privada, se crea una situación favorable al procesado ya -
que el elemento perjuicios, constitutivo de la falsedad, se -
tendrá en cuenta, para integración del tipo penal de falsedad
lo que anteriormente dejaba dudas si con perjuicios o sin per

(16) Arcila Gonzáles, Antonio. Ob. cit.

juicios la falsedad se consumaba. Además la nueva norma exige uso del documento falso, lo que viene a constituir la maniobra engañosa, con la cual se obtiene provecho o beneficio ilícito con perjuicio de terceros, momento éste de consumación del delito.

Por otra parte se tiene que el antiguo código, instituyó dos figuras jurídicas para el caso de los títulos valores en la falsedad, una para el que falsifique y otra para el que use el documento a sabiendas. El Código, vigente, resumió las dos en una sola figura jurídica y con justa razón porque sino a circulado el documento, es decir usado con fines negociales no se ha perfeccionado el delito y si es el mismo que lo falsifica y usa mal se haría como antes en contemplar dos figuras delictivas.

X.- GIRO DE CHEQUES POR REPRESENTANTES DE PERSONAS JURIDICAS

Nos preguntamos que responsabilidad penal puede tener el representante de la persona jurídica? Si éste obra dentro del marco conceptual de los estatutos o convenios de empresa y para la empresa; no se podría imputar determinada conducta anti-jurídica contra dicho representante, ni tampoco puede ubicarse responsabilidad penal contra el ente jurídico o persona jurídica. Pero si contra sus órganos cuando estos abusen o se beneficien con los instrumentos girados o con el producto de esos instrumentos que bien podría ubicarse en la estafa.

Este tema lo hemos incluido, para resaltar hasta cierto punto un vacío que no ha sido llenado en las diversas leyes sobre protección penal del cheque, ni tampoco en el actual código, cuando los representantes a saber, gerentes, directores obran debidamente autorizados por cuenta y riesgo de la persona jurídica en la emisión de cheques que no tienen provisión de fondos en el banco girado.

La responsabilidad penal es individual, al respecto la Superintendencia Bancaria, afirma: ".....solo las personas pueden ser sujetos activos del delito, por cuanto sólo en ellas concurren o pueden darse los elementos de la imputabili-

dad entendida como 'la capacidad del sujeto activo para comprender la ilicitud de su conducta o para determinarse de acuerdo con esa comprensión'.....Cuandoquiera que un cheque resulta impagado por una de las causales que prevé el Decreto citado, se configura un delito, cuyo sujeto activo producto del quebrantamiento legal, es la persona natural que haya emitido y entregado el instrumento o lo haya transferido a sabiendas de la ilicitud sancionable.

El representante legal o el apoderado especial que incurra en el delito de giro irregular o fraudulento de cheques, queda sujeto a la sanción, sin que tenga por su parte, acción alguna contra la sociedad (Co. de Co., art. 201) debiendo responder además de los perjuicios que cause a los socios o a terceros (art. 200 ib.).

Se presenta en consecuencia un claro deslinde entre la responsabilidad penal y la civil, respecto de ésta, la sociedad estará sujeta al pago de la sanción mercantil prevista por el artículo 731 del Código de Comercio, y a la indemnización de perjuicios por los daños que se ocasionen al tenedor del instrumento con independencia de la acción que se adelante contra el representante legal de la sociedad". (17)

(17) Concepto de la Superintendencia Bancaria, emitido en Oficio 082 de marzo 14 de 1.977. Bogotá, D. E.

Como lo dijimos en un principio, hay hasta cierto punto un vacío en la legislación, ya que no se considera el caso de que los socios de una empresa, ordenen al gerente o representante legal, girar un cheque que no tenga fondos, y el gerente por temor a represalias lo emite, entonces, los socios, como la sociedad no puede ser objeto de sanción penal, quedarían dentro de la impunidad, ya que ellos son los verdaderos autores del delito.

XI.- IMPLICACIONES DEL CHEQUE POSDATADO

Como ya se expresará en el desarrollo de este estudio, - el cheque posdatado o entregado en garantía, no da lugar a la acción penal. Innovación ésta, plasmada luego de varios años de lucha constante por las discrepancias presentadas por quienes seguían apagados a la tipicidad del cheque posdatado y - quienes venían pregonando que dicha norma era violatoria de la misma Constitución Nacional, al institucionalizar la cárcel por obligaciones puramente civiles. Haciendo un poco de historia tenemos que el inciso 40. del decreto 1135 de 1.970- que dio origen a la figura jurídica penal del cheque, fue demandado por inconstitucionalidad por el ciudadano Jorge Carreño Fren. La Corte Suprema de Justicia, falló la demanda con - ponencia del magistrado José Gabriel Vega, en febrero 24 de 1.971, declarando exequible la norma cuestionada. El actor - planteó en esencia el siguiente aparte que trascribimos: "El motivo de la inexequibilidad demandada consiste en el hecho - de que el cheque a plazo posdatado, no es un cheque propiamente dicho, en el sentido y con el significado conque aparece - entendido este concepto en el inciso primero del artículo primero, sino un instrumento irregular de crédito, una promesa - de pago futuro, una simple letra de cambio girada contra un banco, una deuda civil o mercantil. Y al imponer sanciones - privativas de libertad por deudas u obligaciones civiles, viola el artículo 23, inciso segundo de nuestra Constitución -

Nacional, que expresamente lo prohíbe" . (18)

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo mencionado en sus consideraciones, de las cuales transcribimos la 13 y la 15, donde enfoca con más precisión el porque del fallo o razones para sostener la tipicidad del cheque posdatado, se expresó: " 13.- Dada la importancia del cheque en la vida de los negocios, su papel de medio de pago sustitutivo de la moneda y la confianza pública de que debe gozar, no es exacto afirmar que quien lo libra y da así ocasión a su eventual circulación adquiera exclusivamente la obligación civil de pagarlo a través del banco girado, aun en el supuesto de que entre el girador y el beneficiario se haya convenido plazo para su presentación al cobro, circunstancia que no lo invalida ni le suprime su negociabilidad, la ley exige bajo amenaza de sanción penal, que se satisfaga la obligación de proveer oportunamente los fondos para descargar el cheque, pues en ese cumplimiento existe no solo el interés privado y patrimonial del beneficiario, sino también y primordialmente el interés general de la comunidad. El objeto jurídico, un sujeto de derecho, es objeto de protección por parte de la ley así en lo civil como en lo penal.

Cuando un crédito o un bien sufren menoscabo ilegítimo con ocasión de transacciones privadas, el derecho los tutela y -

pugna por remediar el desequilibrio que de tal manera se origina, por medio de sanciones civiles, como las de resarcimiento, restitución o nulidad. Así se trata de enmendar daños que afectan intereses particulares.

Pero existen hechos u omisiones nocivos en lo pecuniario que, al mismo tiempo producen daño público y por ello el legislador estima que no son corregibles únicamente por medio de sanciones civiles, como sería la indemnización de perjuicios.

En tales casos las sanciones penales se aplican cuando, a juicio de la ley, son insuficientes las de derecho privado. Por donde ciertos actos envuelven a la vez responsabilidad civil y penal para sus actores.

"15.- La Constitución no ha determinado cuales actos u omisiones debe el Congreso prohibir y sancionar por medio de leyes, de tal manera que esta materia obra con libertad, salvo específicas prohibiciones. Y lo que se dice del Congreso, también es aplicable al gobierno legislador cuando obra directamente en ejercicio de facultades extraordinarias, como ocurren en el caso del inciso 40. del artículo 1. del Decreto 1135 de 1.970, acusado de inconstitucionalidad en la demanda materia de este fallo, cuando resulta catalogando como conduc

ta penalmente ilícita el giro de un cheque que se rechaza, no obstante presentarse al cobro en la fecha que ostenta y dentro del término normal para percibirlo después de ella. Tal medida protectora del patrimonio de las personas, del comercio y de la fe pública, no hace daño añadir una sanción penal a los efectos privados que causa el no pago de un cheque. El prescribirse así, con fuerza de ley, se ejerce una potestad constitucional, pues la carta no contiene prohibición en contrario.

Cuando un hecho reputado ilícito tanto desde el punto de vista civil como penal, se contempla una situación que por si misma no es exclusiva y puramente civil y por ende a ella no se refiere el artículo 23, inciso 2do. de la Constitución Nacional. Y esto ocurre en el asunto que se estudia: Por no caber aplicación de dicho texto mal puede hablarse de violación del mismo.

El inciso 2do. del art. 23 de La Carta Política no comprende los actos que por ciertos rasgos revisten naturaleza civil, de derecho privado y, al mismo tiempo son catalogados, por determinación de la ley, como ilícitos penales, por el daño público que engendran" (19)

(19) Gaceta Judicial, Jurisprudencia Constitucional, T. CXXXVIII, Nos. 2342, 2341 y 2343, enero a dic./71.

Finalmente anotamos que el fallo citado fue objeto de un salvamento de voto, por parte de los magistrados: Humberto Barrera Domínguez, Luis Carlos Pérez, José María Esguerra Samper, José María Velasco Guerrero, Mario Alirio Di Filippo, quienes no comulgaron con el inciso 4o. que hemos venido comentando y donde presentaron brillante tesis, el porqué no aceptar la tipicidad del cheque posdatado o dado en garantía. Cuestionaron el abuso de los agiotistas con un título valor confeccionado a plazo; que con el giro a plazo del cheque se crea un instrumento de crédito y no la orden incondicional de pago; que las normas constitucionales prohíben prisión por deudas; que no hay error entre quien recibe en cheque a plazo o dado en garantía; que llegado el plazo se trata de un incumplimiento de una obligación civil.

En síntesis con la nueva norma se acabó con el cheque posdatado o dado en garantía como objeto de acción penal, se ha legislado con justicia y se ha terminado con lo que varios juristas habían denominado " el juicio ejecutivo adelantado por la vía penal" para el cobro de deudas.

XII.- LA PRESCRIPCION Y LA CADUCIDAD EN MATERIA DE CHEQUES

La prescripción extingue la acción cambiaria y la acción penal; la caducidad no da origen al inicio del proceso, ni al derecho. Al respecto podemos anotar lo dicho por el tratadista Tiberio Quintero Ospina: " pues bien el fenómeno - de la caducidad de la acción penal se presenta siempre en relación con todas las infracciones penales en que se requiere petición o querella de parte. Y siempre supone la inhibición del derecho por el transcurso del tiempo por no haberse hecho uso del mismo. " (20)

Si un cheque ha prescrito o caducado desde el punto de vista comercial, las consecuencias se manifiestan también en el campo penal. Tiberio Quintero Ospina dice al respecto: " - cuando un cheque está muerto (prescrito o caducado) lo está - para el mundo mercantil y penal. El derecho punitivo no tiene porque proteger bienes que no quieren protegerse así mismos." (21)

Por lo anterior vemos a continuación las diferentes normas que tratan sobre prescripción y caducidad, en el campo mercantil: La caducidad de la acción cambiaria en el cheque, se encuentra dispuesta en el artículo 729 del Código de Comercio.

20) y (21) Quintero Ospina, Tiberio, Ob. cit. pág. 97.

cio, el cual establece las siguientes condiciones para que se presente este fenómeno: No haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante todo el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado y - por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse.

La acción cambiaria contra los demás signatarios caduca por la simple falta de presentación o protesto oportunos.

Antonio Arcila Gonzáles afirma: "La caducidad ataca la acción si ha caducado el cheque, es decir, si se presentó después del tiempo señalado, el banco, como ya lo digimos debe pagarlo si hay fondos, pero siempre que no hayan transcurrido seis meses que sigan a su fecha.

En la caducidad se sanciona al tenedor por no haber presentado el cheque para su pago, en el tiempo señalado por la ley.

En cuanto a la prescripción extintiva o libratoria de la acción cambiaria y penal del cheque, se encuentra expuesta en el decreto 410 de 1.971, artículos 710 y 751 del Código de Comercio y art. 357 del Código Penal.

Bernardo Trujillo Calle, mencionado en un artículo de re

vista por José Hernán Gómez, expone al respecto: "La prescripción es la pérdida de los derechos y acciones, por no ejercerlos su titular dentro de cierto tiempo, y opera, sin excepción, en favor de todas las partes obligadas por el título valor, pudiéndose ser elementalmente alegada contra cualquier tenedor, por ser equivalente al pago" (22)

Por lo tanto no es suficiente presentar y protestar el cheque en tiempo, sino ejercer la acción penal dentro de la oportunidad legal.

Para la acción penal, el artículo 357 del Código Penal, preceptúa: " No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheque, si hubieren transcurrido seis meses, contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago. Al respecto cabe anotar lo afirmado por Jorge Hernán Gómez en su artículo anteriormente citado: "Resta decir que si el tenedor de un cheque deja caducar o prescribir las acciones derivadas del cheque, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin justa causa a consecuencias de la caducidad o prescripción" (23)

Desde el punto de vista de la prescripción de la pena, en la emisión o transferencia ilegal de cheque que es de uno a

(22) y (23) Gómez, Jorge Hernán, Revista Fenalco, 1.981, Bogotá, D. E.

tres años de prisión, siempre que se ubique en las causales -
de orden injustificada y fondos insuficientes, sin que se con-
figure delito sancionado con pena mayor, se tendrá en cuenta -
lo previsto en el artículo 80 del Código Penal, sobre pres -
cripción de la acción. La que sería para el asunto en cues -
tión de cinco años a contarse desde el día de su consumación.

XIII.- INDEMNIZACION DE PERJUICIOS COMO OBJETIVO DE LA ACTUAL
LEGISLACION, EN RELACION A DELITOS COMETIDOS CON CHE-
QUES.

El bien jurídico tutelado en la reforma es el "patrimonio económico", como no puede ser otro, sino del beneficiario con la cancelación del título valor termina toda acción o procedimiento penal. En el sentir de los redactores "un alicien- te para el resarcimiento económico de los ofendidos". Lo que significa que el legislador ha creado una forma de agiliza- ción de cobro de deudas, bajo la drásticidad del no pago y en carcelamiento, a lo mejor para proteger la fe y confianza de estos títulos en circulación.

Por otra parte, se tiene que el tratamiento de privi- legio de considerar una conducta penal y terminarla con el pa- go, viene siendo una forma disfrazada de desistir.

Nos preguntamos si el valor consignado en el cheque- es el valor que debe recibir el beneficiario para que se ter- mine la acción penal, o éste con sus intereses y costas? De- bemos a mi parecer, dar curso a la segunda situación, porque es muy usual en nuestro medio, de sacar utilidad o provecho y aún más cuando una persona está privada de libertad y peor- en situaciones de tener el instrumento como amenaza permanen- te contra el deudor y dejar pasar meses para entablar denun-

cia penal. Nosotros nos inclinamos a que el sentir de la norma, es la obligación incondicional consignada, que de no recibir el valor del beneficiario, bien puede acudirse a la consignación a orden del juzgado que conoce el proceso, para entregarle los dineros al beneficiario.

XIV.- EL CHEQUE Y LA ESTAFA.

Con la reforma, las causales, cuenta cancelada o embargada y "no corresponder a la cuenta del girador" que estaban previstas dentro del tipo, de giro irregular de cheques, no se enuncian en el tipo de fraude con cheques pero su ubicación estaría en la estafa o en la falsedad ya que la norma vigente nos dice: "Siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor" y efectivamente la sanción de la estafa es mayor que la sanción que se aplican en las conductas de fraudes con cheques. Es decir que el tipo especial o ley especial, tal el caso del decreto 1135 de 1.970, artículo 10. no anunció o subordino las conductas de dicho decreto a un delito sancionado con pena mayor, lo que si aconteció con la actual reforma. - Acabando así con interpretaciones que surgieron respecto a la causal "no corresponder a la cuenta del girador" que algunos se inclinaban como constitutiva de estafa y otros violación del decreto 1135 de 1.970.

Es importante destacar que con la vigente legislación se llegó diríamos a un fondo más común, el bien jurídico tutelado: "El patrimonio económico", así se trate de una conducta de estafa por la emisión o transferencia de cheques o por fraude mediante cheques.

Finalmente la causal conocida como "cuenta cancelada", no tendrá dificultades de aplicación dentro de la figura jurídica.

dica de la "estafa", conducta ésta, que deberá analizarse con detenimiento el aspecto doloso para la integración de dicho tipo y demás elementos estructurales.

En este capítulo nos parece curioso plantear la siguiente situación, si se podría o no aplicar la caducidad de los seis meses por no presentación del cheque desde la fecha de su creación en el caso de conductas nacidas de la emisión o transferencias de cheques ubicados en la estafa. Basta considerar el caso de la cuenta cancelada. Antes de la reforma la caducidad pregonada por destacados juristas no hacía distinción en las causales previstas del decreto 1135 de 1.970 del artículo 10. , caducidad para efectos civiles y penales, siendo así era aplicable sin distinciones. Nuestra tesis es de que la enunciada caducidad sería aplicable en la situación planteada porque la norma no hace distinciones y se refiere al giro o transferencia de cheque y aún más la presentación es una situación común al cheque sin fondos como al dado con orden de no pago y como otro elemento de igualdad de condiciones está el bien jurídico tutelado, de no ser así el FRAUDE MEDIANTE CHEQUES, talvés se hubiera ubicado en otro bien jurídico. Y por otra parte de que las conductas del fraude con cheque no quedaron como ley especial, sino abarcadas dentro de una misma ley que como, tal lleva las consecuencias de iguales principios, tales es así el de la favorabilidad.

XV.- CHEQUES: PRESENTACION Y PAGO PARA EFECTOS DE LA COMPETENCIA.

1.- En la misma plaza.

Es decir cuando se gira o trasfiere en el mismo lugar en que se cobra, no habría ninguna dificultad acerca de la competencia. En razón de que la acción se desarrolló en el mismo lugar aún más totalmente. Interpretación conforme a la aplicación de la ley penal en el espacio, bajo el principio de la territorialidad, Aplicable a nacionales y extranjeros, teniendo en cuenta el lugar de comisión del delito.

2.- En diferente lugar.

Se trata de la emisión o transferencia en un lugar y de la presentación en otra plaza, quién es el competente? El juez del lugar de la emisión, o el juez donde el banco no pagó? Sobre este punto tenemos que considerar la consumación del delito y traer algunas opiniones de juristas. Citemos primero lo que opino el doctor Bernal Cuéllar e una conferencia sobre delitos contra la propiedad así: "... Que la consumación en las dos formas de conducta alternativa, fondos insuficientes o a la orden injustificada de no pago, se da en el momento en que se haga la emisión, porque el nuevo código no trae el ingrediente normativo referido a la institución bancaria que el banco no pague.

Claro está que al sostener esta tesis, se nos ha dicho -

lo siguiente: Gravísima la tesis, porque puede suceder que yo un día sábado, conscientemente de que no tengo fondos en el banco, giro el título valor, me asiste el propósito de defraudar a la persona, pero el lunes a las nueve de la mañana, me arrepiento, voy y consigno en efectivo o consigo que me den un sobregiro y pagan el título valor.

Me han dicho, si usted afirma que es en la emisión, donde se consume el delito, ese ciudadano tiene que ir a parar a la cárcel, porque consumó el delito y ese desistimiento entre comillas, o retractación será inoperante, porque la conducta ya fue típica, antijurídica y culpable, y es para que haya desistimiento de una conducta es necesario que sea eficaz y oportuna. El argumento es válido, correcto. Yo creo que la solución está en el mismo código, sigo insistiendo en el momento de la emisión, queda consumado el delito? Que sucederá en el ejemplo dado? en el ejemplo dado lo que pasa es que surge una causal de improcesabilidad, porque hubo pago del cheque - que permite la cesación y en el caso que no se haya iniciado proceso, se permitiría entonces a lo que conocemos actualmente como auto inhibitorio" (24)

(24) Conferencias sobre el nuevo código penal colombiano, por el Dr. Bernal Cuéllar, Imprenta Nacioal, pág. 140 y 141.

XVI.- CONCLUSIONES

Esbozaremos seguidamente en forma metódica como corresponde al orden de ideas del presente estudio, las conclusiones más importantes.

1.- El origen del cheque se remonta a los reinados de Felipe Augusto y Felipe El Largo en el siglo XII, pero sus precursores más clarificados fueron los habitantes de las ciudades del norte de Italia en la edad media. La palabra cheque viene de los documentos llamados ex-chequer bill que expedían los reyes ingleses como órdenes de pago en el Siglo XII, tal como se lo concibe hoy, nace a mediados del Siglo XVIII en Inglaterra .

2.- De la definición más aceptada del cheque se concluye que es, instrumento de pago, sustitutivo de la moneda o equivalente o sucedáneo de la misma.

3.- La importancia del cheque radica entre otros aspectos y desde el punto de vista económico en que el cheque facilita y agiliza las transacciones comerciales e infunde confianza en ellas, disminuye la circulación de la moneda metálica y se afirma que que prevalece sobre la letra de cambio ya que "el que expide letra de cambio necesita dinero, el que expide un cheque tiene dinero.

4.- Para que un documento se constituya en cheque debe contener:

- a) La mención del derecho que en el título se incorpora.-
- b) La firma de quien lo crea; c) La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero; d) El nombre del banco librado; e) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador; f) La literalidad consignada en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco.

5.- En Colombia las leyes de protección penal sobre el cheque han tenido un gran avance sujeto a las grandes y certeras doctrinas esgrimidas a través de los tiempos.

6.- Se contempla en la nueva legislación penal, como conductas delictivas, la emisión o transferencia de cheques" sin tener suficiente provisión de fondos" y la "orden injustificada de no pago" como únicas para la aplicación del artículo 357 del Código Penal Colombiano.

7.- La nueva legislación determina que la acción penal cesará por el pago del cheque, sin tener en cuenta como lo hacía la anterior, si el girador actuaba de esta manera por primera vez.

8.- En el nuevo Código Penal se acabó dentro del capítulo relacionado con el cheque, con las causales cuenta cancelada o

embargada y lo referente a no corresponder a la cuenta del - girador, conductas que se las puede ubicar dentro de la estafa o la falsedad.

9.- La nueva disposición suprimió el término "a sabiendas" - puesto que no es necesario, ya que si no hay dolo no hay conducta delictiva.

10.- El nuevo Código Penal, en su artículo 357, al manifestar "...siempre que el hecho no configure delito sancionado con - pena mayor.", da paso para que algunas conductas delictivas - cometidas con cheques, se encaben dentro de otros tipos penales como en la estafa o falsedad.

11.- Hay hasta cierto punto, un vacío en la legislación, en - lo que se refiere al giro de cheques por representantes de - personas jurídicas ya que no se consideran los casos de que - los socios en una empresa ordenen al gerente o representante - legal girar un cheque que no tenga fondos y el gerente por te - mor a represalias lo emite y la sociedad al ser persona jurí - dica no puede ser objeto de sanción penal, los socios queda - rían dentro de la impunidad como autores de un delito.

12.- El cheque solo se protege si se presenta oportunamente -

al banco para su pago, ya que no podrá iniciarse la acción penal si hubiere transcurrido seis meses contados a partir de la fecha de la creación del mismo sin haber sido presentado para su pago, presentándose así el fenómeno de la prescripción de la acción penal, o la caducidad.

13.- La caducidad en el cheque se da cuando el tenedor no lo presenta para su pago en el tiempo señalado para ello y la prescripción sino se ejerce la acción correspondiente dentro del plazo de seis meses ante los estrados judiciales después de ejecutada la presentación y realizado el protesto.

14.- El objetivo de la nueva legislación fue tutelar el patrimonio económico ya que con la cancelación del título valor que el sindicato realice termina toda acción o procedimiento penal.

15.- En el giro irregular de cheques, el delito queda consumado en la emisión, como se desprende del artículo 357 del Código Penal, pero hay una causal de improcedibilidad al efectuarse el pago y en el caso de que no se haya iniciado proceso surgirá el famoso auto inhibitorio.

XVII.- BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARCILA GONZALEZ, Antonio, "El cheque en sus implicaciones civiles y penales". Edt. Guillermo Moreno. Bogotá, D. E., 1.980.
- 2.- LLANO RAMIREZ, Jesús, "Código de Comercio". Editora Pequeforo, Medellín, 1.978.
- 3.- ORTEGA TORRES, Jorge, "Código Penal Y Código de Procedimiento Penal, Edt. Temis, Bogotá, D. E., 1.976.
- 4.- ORTEGA TORRES, Jorge, "Código Penal", Edt. Temis, Bogotá, D. E., 1.981.
- 5.- POSSE ARBOLEDA, León, "Notas sobre títulos-Valores en el nuevo Código de Comercio". Edt. Temis, Bogotá, D. E. 1.973.
- 6.- QUINTERO OSPINA, Tiberio, "El Cheque en la Legislación Penal Colombiana", Edt. Canal Ramírez Antares, Bogotá D. E., 1.981
- 7.- RENGIFO, Ramiro, "La letra de cambio y el cheque". Edic.- 1.974, Bogotá, D. E.

8.- ROMERO SOTO, Luis E., "La Falsedad documental", Edt. Presencia, Bogotá, D. E., 1.976.

9.- SANIN ECHEVERRI, Eugenio, "Títulos- Valores", Editorial - Granamerica, Medellín, Colombia, 1.979.

REVISTAS Y OTROS

1.- Acta No. 88, Anteproyecto Código Penal Colombiano, Nov. - 28 de 1.973

2.- El Foro Nariñés, Tribunal Superior de Pasto, Nos. 219 y 220, junio de 1.973, Pasto.

3.- Gaceta Judicial, Jurisprudencia Constitucional, Nos. 2340 2341, 2342, Imprenta Nacional, Bogotá, D. E.

4.- Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal, Imprenta - Nacional, Bogotá, D. E.

5.- Revista Fenalco, No. 7 , Pasto, Nariño, Colombia, 1.981

AN

29135

T

Vélez, Jairo.

D347.5

El cheque en materia penal.

V436ch

Ej.2

VENCE

NOMBRE

Nº del Carnet

NOMBRE

Nº del Carnet

AN

T

29135

D347.5

V436ch

Ej.2