ESTUDIO SOBRE EL DELITO DE ESTAFA

por el Dr. **JOSE RAFAEL MENDOZA**
Catedrático de Derecho Penal

1.—GENERALIDADES:

a) DISPOSICION LEGAL

La estafa se encuentra tipificada en el artículo 464 del Código penal en esta forma:

> "El que con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciendo a alguno en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio de otro, será castigado con prisión de cinco a veinte meses".

Este es un delito proteiforme, que se desgranaba, por lo mismo, en innumerables casos en los viejos códigos, hasta llegar, por una lenta elaboración histórica, a la síntesis del tipo actual.

Era tan indefinible la noción de la estafa, que los legisladores llegaron a la conclusión de no poderla concretar en las figuras de las leyes penales, i, por eso, en el derecho romano, se tenía el delito de estafa siempre que el atentado a la propiedad careciera de nombre particular, i en las Siete Partidas, el viejo código español, se definía este engaño como **"una palabra general que caía sobre muchos yerros que los omes hacían".** También, por esta misma razón, estos antiguos legisladores, no pudiendo contar de cuántas maneras hacían los hombres engaños los unos a los otros, señalaban solamente algunos hechos principales, a título de ejemplo, i volvían al número infinito a los demás casos que pudieran presentarse, en una fórmula genérica, fórmula que encuéntrase adoptada por el legislador patrio de 1873, cuando, después de haber enumerado en el Artº 510 hasta ocho grupos de hechos, terminó diciendo, en el ordinal noveno de dicho artículo ,que también había estafa, cuando los **que sin incurrir en hurto ó delito de otra naturaleza que tenga**

pena especial señalada por la lei, cometen cualquier clase de engaño perjudicial a otro en su propiedad".

Hasta ahora he examinado un grupo de delitos en que interviene principalmente la violencia, como los hurtos calificados, el robo i la extorsión. Continúan los atentados a la propiedad con otro grupo de infracciones, en las que interviene la inteligencia, son los delitos de fraude. La transformación de los delitos contra la proipedad pasa de los hechos de tipo violento a los de tipo fraudulento. Estos últimos se cometen en las ciudades adelantadas, i así como la técnica i el adelanto de los medios en la civilización ha aumentado la incidencia de delitos culposos, también esa misma civilización acrecienta los delitos fraudulentos.

b) DENOMINACIONES

El delito de estafa es conocido con muchos nombres diferentes. Los romanos le designaron al principio como **mal engaño, dolo malo (dolus malus)**; después, como variedad del **falsum,** que viene de **fallere,** engañar; i por último, cuando se dió a los reclamos del derecho privado una **acción criminal pública,** le denominaron **estelionato.**

No he podido definir bien el origen de esta última palabra. El maestro pisano Carrara opina que **estelionato** viene de **estelio, estelión,** nombre latino de un animal salpicado de pequeñas estrellas que cambia de color con la exposición al sol. Yo creo que ese animal es el mismo que en el **argot** venezolano se denomina **camaleón,** i sirve para designar a los políticos que permanecen en el Gobierno a pesar de los cambios que se suceden en las figuras políticas dominantes. Este es un pequeño animal, un batracio insectívoro de piel lisa, de colores cambiantes, que vive en las grietas de las rocas, o sea la misma **salamandra de agua** que los españoles denominan **salamanquesa,** i a la que el diccionario de la lengua castellana le dice también **estelión.** Pero Diego Vicente Tejera, en Cuba, en su interesante monografía sobre la estafa, lo confunde con una **araña** o **tarántula**; i también Crivellari, basándose en la explicación de un antiguo profesor de lenguas, Chesarotti, lo mezcla con la historia de que el **estelio** era un animal tan hostil que sabiendo que su piel se utilizaba para la cura de la epilepsia, procuraba devorarla con el objeto de que el hombre no pudiera obtener ese beneficio. "Esa circunstancia, agrega Crivellari, acompañada de la astucia que se le atribuía a la tarántula, indujo a los juristas a adoptar la mencionada denominación para calificar el delito".

Me inclino a la opinión del maestro Carrara. La estafa es esencialmente un **delito indefinible,** participa del hurto i de la falsedad, pero no es ni el uno ni la otra, i además, como observa el maestro pisano, la estafa se presenta bajo las formas más

diversas, su esencia es la **simulación** o la **disimulación,** expresa una índole aviesamente **astuta** del acto, i al mismo tiempo, una **forma ambigua** en el delincuente. Hago constar que todo este escarceo histórico es sólo "derecho recreativo", según la expresión feliz del citado jurista cubano Dr. Tejera.

Los franceses llaman **escroquería (escroquerie)** la estafa, que tipifican en el artº 405 del **code penal;** los españoles, desde la época de las Siete Partidas, le han denominado **Engaño** (artº 450 código de 1.870); los portugueses le llaman **trampa o burla** (tranello), código penal artº 450; los alemanes **Betrug** que se traduce, asimismo, por engaño; los norte-americanos, **Cheat;** el legislador toscano le llamó **fraude.**

Manzini le ha cambiado el nombre en sus **"Expcsiciones al código penal italiano",** por **truffa,** que era la antigua denominación de **apropiación indebida,** pero Carrara permanece fiel a la vieja designación de **estelionato,** porque es el vocablo que mejor sirve a la claridad del delito. En nuestra legislación se ha adoptado el nombre de estafa, como una de las manifestaciones de los fraudes, que son estas condiciones comunes a los otros delitos que señala el capítulo tercero de los atentados contra la propiedad. Estafar es, según la acepción castiza, pedir o sacar dineros o cosas de valor con artificios i engaños i con ánimo de no pagar, i limitada al uso forense, la palabra estafar significa "cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el **lucro** como **fin** i el **engaño o abuso de confianza como medio".**

c) DEFINICIONES

Por el indicado carácter proteiforme del delito han sido muchas i variadas las definiciones, bien de sentido general, bien de acuerdo con cada legislación nacional, aunque la opinión de los antiguos fué que este delito no podía definirse sino solo ejemplificarse.

Según el concepto romano, el **estalionato era "todo engaño, disimulación o impostura en fraude de otro",** como aparecía de las palabras del Digesto (Lei 3, Libro IV en comparación con la del 20, libro 48).

En tiempos de la vieja legislación española, un autor de **Derecho Público,** Dou, le definió: **"Cualquier engaño hecho con malicia sobre materia de dinero o cosa de precio o estimación".** En realidad, este es el hurto con máscara de empréstito o con otro color o pretexto.

Un legislador anterior al código italiano de 1889, el toscano, después de enumerar algunos casos especiales del delito de estelionato en los artsº 404, 403 i 407, que también en parte se han acogido por nuestro legislador, lo define, genéricamente, así: **"La procura de una ganancia injusta en perjuicio de otro, sorprendiendo la buena fé de éste con artificios, manejos o ardides**

diversos de los especialmente contemplados". Creo que este es el mejor concepto de la estafa, que consiste en esos **artificios engañosos** con los cuales el propietario es maliciosamente inducido a desprenderse de su dominio, haciéndole creer cosas que no son verdaderas, i esta es la síntesis a que llegó el legislador italiano en el artº 413 del código de 1889, que el venezolano copió.

d) DIFERENCIA CON OTROS DELITOS

La estafa se diferencia del **hurto** i de la **apropiación indebida.** Del primero, porque ei delincuente no tiene la posesión de la cosa, de la cual se apodera sin el consentimiento del poseedor, **(invito domino)** i sin violencia; de la segunda, porque el delincuente, al contrario, tiene la posesión de la cosa que el dueño le confió por un título cualquiera. **La tenencia de las cosas se adquiere en la estafa con engaños.** En el hurto i en la estafa hai violación de los **derechos de posesión i de propiedad;** en la apropiación sólo se halla la violación del derecho de propiedad, ya que la posesión se había adquirido lícita, legalmente, por el que se apropia la cosa después.

Según dice Carrara, la estafa tiene de común con el **hurto,** en que se lesiona injustamente la propiedad ajena; tiene de común con la **apropiación indebida,** porque se abusa de la buena fé ajena; i también tiene algo de **falsedad,** porque el resultado delictuoso se alcanza con engaño i mentira. De acuerdo con esta exposición, la estafa ha sido colocada entre los **hurtos denominados impropios.**

También se diferencia del **robo** i de la **extorsión.** En estos delitos, la consignación de la cosa se obtiene **invito domino** pero por el medio específico de las violencias sobre las personas o sobre las cosas mismas. En el **robo** i en la **extorsión** pueden usarse medios engañosos también, pero que traducen una violencia, porque si el culpable se vale de amenaza con un revólver no cargado, hai en realidad un engaño, pero que no se le representa al engañado que entrega la cosa por estimar que la amenaza se ofrece a sus ojos con la intimidación de un medio verdadero. I en el caso de que la extorsión se ejecute por una persona que **simula** órdenes de la autoridad, aquí realmente no hai un engaño, sino una verdadera **coacción.** El Profesor Gutiérrez Anzola, en Bogotá, resume certeramente estas diferencias, explicando "que podría decirse que si en el hurto i en el robo el ladrón va a la cosa, a la inversa, en la estafa, la cosa viene a él como resultado de la entrega que el dueño tenedor le hace, debido al engaño que medió para que se produjera ese traspaso del dominio".

Señala Manzini también una distinción entre la estafa i aquella falta que contempla nuestro artº 510 del código penal

como **abuso de la credulidad de otro,** diciendo que en ésta sólo existe **el peligro** de un daño al patrimonio de otro, entre tanto que en la estafa **la lesión se consuma,** es necesario que exista por una parte, **el provecho** del estafador, por la obra, **el perjuicio** del estafado.

e) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Si revisamos las leyes antiguas, i aún los antecedentes legislativos del actual código penal en nuestro país, se hallará una manifiesta confusión entre la estafa i otros delitos. La enumeración que trae el artículo 510 del código penal de 1873 incluye actividades que actualmente se han transferido a otras series de tipos delictuosos, **como son los fraudes cometidos en el comercio, las industrias i almonedas,** arts° 335 a 341, esto es, **fraude en la calidad de la cosa vendida, propalación de falsas noticias para producir confusión en los mercados, uso de pesas i medidas con contraste legal falsifiado,** etc. También comprendían, entre las estafas, las **quiebras fraudulentas,** que constituían en el derecho francés el delito de **alzamiento,** como una modalidad de **escroquería** (arts° 342 a 343 venezolano); i esas adulteraciones de los alimentos, que otrora eran engaños contra la propiedad i que ahora son delitos contra la salubridad i alimentación pública (arts° 366 a 373 cod. penal). Había en el código penal del 73, un curioso delito de fraude que consistía ei atribuirse el **carácter sacerdotal** para cometer la estafa o engaños de otro género, delito que si concretaba un atentado a la propiedad hoi sería estafa, pero que si se quedaba en el simple uso de los vestidos i demás "uniformes" del sacerdote, sería una usurpación de privilegios i vestidos de una casta.

f) EVOLUCION HISTORICA

Antes dije que estos delitos contra la propiedad permanecían todos confusos en una nebulosa primitiva en el derecho romano. En efecto, había delitos de **derecho privado** i otros que el **derecho público** incriminaba. Los últimos no podían perseguirse si no existía una lei, i parece que la primera lei que incriminó delitos concretos semejantes a la estafa fué la de Sila, sobre los testamentos i la moneda, que preveía **el falsum.** La jurisprudencia amplió los casos de falsedades, i como la estafa estaba comprendida en los **dolos,** que eran de derecho privado, no había acción específica, ni sanción determinada, sino cuando el magistrado consideraba que había elemento inmoral que hacía exigible una represión, de esto resultaba que la estafa ni era nominada, ni era delito público, ni podía ser perseguida sino cuando el magistrado consideraba que debía serlo, ni tenía pena fijada, sino la que arbitrariamente le estipulaban los Pretores. Cuando a la **acción civil por dolo** del derecho privado se le dió una acción cri-

minal, denominóse el delito **estelionato.** Mientras esto sucedió pudo ser una modalidad del **falsum,** de derecho público, o una expresión **del dolo malo,** de derecho privado.

Pero los autores enseñan que al lado del dolo malo i del **falsum** se colocó el **fraude a la lei, fraus,** también de derecho privado, pero de distinta consideración. **El fraude a la lei** era la ejecución aparente de lo legal, o sea, que respetándose su texto, se violaba su espíritu. Fraudulento era, por tanto, el hecho que sin trasgredir directamente una lei penal, podía, sin embargo, estar reprimido según dicha lei. Los **fraudes a la lei** resultaron así violaciones indirectas i disimuladas **(violazione larvata),** distintas de los actos **contra legem,** que ya caían en el **dolo.**

Si se sigue el delito de estafa a través de su evolución histórica se verá cómo la tradición romana fué recibida por las legislaciones de la Edad Media, en la cual nos interesa el derecho antecesor al nuestro, o sea, el **derecho español.** De acuerdo con la noción romana de este crimen, los juristas que compusieron el código de las Siete Partidas llamaron **estelionato** a **"la maldad que no tuviese nombre señalado"** porque en la estafa comprendíanse tantos actos engañosos que no había posibilidad, ni de nominarlos, ni de concretarlos en una sola figura.

g) SISTEMAS

De esta imposibilidad de fijar con exactitud i precisión la significación de la estafa, surgieron dos corrientes en las legislaciones; una que creaba un concepto demasiado vago; o que tras la enumeración, como se ha explicado, de una serie de actos de título de ejemplo, creaba una fórmula general comprensiva de todo engaño que trajera perjuicios a la propiedad sin ser hurto, falsificación o robo o extorsión. Este sistema, esencialmente casuístico, ha sido adoptado por muchas legislaciones. Pero la segunda corriente ha seguido otro camino, ha preferido englobar en una **forma comprimida** el concepto de la estafa, como lo hizo el legislador italiano en su artículo 413. Nuestro legislador se ciñó a la segunda fórmula, de manera que, en cada caso concreto, **el juez debe reducir su labor a examinar si los medios empleados por el sujeto activo fueron o no artificiosos y fraudulentos.**

h) PRIMER SISTEMA

La primera fórmula se concretó en la primera Lei francesa de policía municipal del 16-22 de julio de 1.791, Artº 35 del título 2º que estableció "Quienes por dolo, o con ayuda de falsos nombres o de falsas empresas, o de un crédito imaginario, o de esperanzas o temores quiméricos, hayan abusado de la cre-

dulidad de algunas personas, i estafado la totalidad o parte de sus bienes, serán perseguidos ante los Tribunales del Distrito, i si **la escroquería** fuese probada, el Tribunal del Distrito, después de haber pronunciado las restituciones i daños i perjuicios, está autorizado para condenar por vía de policía correccional, a una multa que no podrá exceder de 5.000 libras, i a una prisión que no podrá exceder de dos años; i en caso de reincidencia, la pena será el doble. Las sentencias condenatorias por estos delitos, serán impresas i publicadas".

Comentaron los penalistas que el delito creado por esta lei era **demasiado vago** e incriminaba el **dolo en los contratos** en todas sus formas i, por eso, la jurisprudencia tuvo que construir en sus decisiones la **diferencia que debía hacerse entre el dolo civil i el dolo criminal,** entendiéndose que había lo primero cuando se **abusaba de la credulidad de un hombre ordinario,** i lo segundo, cuando se abusaba de la credulidad con circunstancias agravantes urdidas con su arte propio de engañar los más perspicaces espíritus; o que ese abuso criminal sólo podía hallarse en hechos capaces de engañar la **prudencia ordinaria,** de desconcertar las medidas de previsión i de seguridad que, en la práctica, acompañan i deben acompañar todas las transacciones civiles o comerciales. La jurisprudencia **restrictiva** aún debió tomarse en cuenta más tarde, cuando se modificó aquella disposición i se tipificó la **escroquería** en el Artº 405 del código penal de Napoleón, de 1.810. i todavía actualmente en la aplicación de los casos de estafa, según adelante se verá.

El Artº 405 del **Code Penal** citado se tipificó así: "Cualquiera que, ya haciendo uso de nombre supuesto o de supuestas calidades, ya empleando maquinaciones fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, para hacer nacer la esperanza o el temor de un buen éxito, de un accidente o de cualquier otro acontecimiento quimérico, o hubiese intentado hacerse remitir o entregar fondos muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, i hubiese, por uno de estos medios, estafado o intentado estafar, la totalidad o parte de la fortuna de otro, será condenado a un mínimum de uno i un máximum de 5 años de prisión i a una multa mínima de 50 i máxima de 3.000 francos".

Como se ve, el legislador francés de 1.810 suprimió la palabra **dolo** que traía confusión entre el **dolo civil** i el **dolo criminal,** precisando las **características del dolo criminal** para evitar los inconvenientes que resultaron de la definición precedente, esto es, el abuso de convertir los procesos civiles en procesos criminales, por una parte; i por la otra, lo contrario, tratar de eludir la persecución por el delito falsedad haciéndola aparecer como escroquería, o procurarse una impunidad tratando de convertir la escroquería, en un juicio civil. Así, a la simple presen-

tación del dolo, como intención nada más que de engañar, el legislador **agregó un concurso de circunstancias i de actos antecedentes que excluyeron la idea de que el acto pudiera ser tomado como un puro negocio civil doloso.**

Según expuso Merlín, el dolo no podía ser entonces perseguido penalmente, con la nueva redacción del Artº 405, sino en el caso de que se presentara **acompañado de los hechos i de las circunstancias que la lei ha previsto i definido,** esto es, que el resultado haya sido la causa productora del acto que se presenta como obra del dolo mismo.

El delito quedó constituído, por consiguiente, por uso de **medios fraudulentos,** por el hecho de hacerse entregar los valores obtenidos por estos medios, i por el aprovechamiento de estos valores **(detournement ou dissipation).** I como **medios determinados:** el uso de **falsos nombres,** el uso de **falsas cualidades,** i el **empleo de maniobras fraudulentas** destinadas a persuadir la existencia de **empresas falsas,** de un **poder** o de un **crédito imaginario,** o de hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de otro acontecimento quimérico.

Este primer sistema fué seguido por muchas legislaciones. Por ejemplo: el Artº 548 del código español de 1.870, concibió el delito cometido "por el que defraudare a otros, usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante, que no fuere de los que expresaba en casos siguientes", que eran los de joyeros i plateros que engañasen al cliente alterando en su calidad, lei o peso, los objetos relativos a su arte o comercio; los de traficantes que usaren pesas o medidas falsas; los de personas que supusieran valimiento para ofrecer supuestas remuneraciones a empleados públicos, etc. Me interesa destacar que esa disposición del derecho español pasó a casi todos los códigos penales de los países hispano-americanos i, por eso, se encuentra en el código penal venezolano de 1.873, en los de Méjico, Perú, Chile, Paraguay, etc. Por la influencia del código Napoleónico, pasó a la legislación belga, Artº 496; a la de los cantones suizos; a la de Suecia, cuyo Cap. 22, parágrafo 1, precisa así: "El que, ya haciendo uso de un falso nombre, o de una cualidad falsa o **profesión,** ya empleando otras maneras fraudulentas...", i también a los códigos sardo y toscano.

i) SEGUNDO SISTEMA

Concretóse la segunda fórmula en un "criterio comprimido", que abarca no solamente la casuística francesa sino "todo acto de fraude cometido mediante astucia i artificio sobre la víctima". El fraude sigue siendo el fondo común i genérico de este delito, constituído por la mentira i el engaño, pero ese frau-

de se concreta en una especial categoría en los que entra aquella **astucia o manicbra o artificio** que induce en error a otro, que ocasiona una sorpresa en la buena fé económica de la víctima, para obtener el provecho. Esta fórmula de **un fraude concretado en estafa (truffa) por el medio empleado,** formó el Artº 413 del código penal italiano que, según Manzini, tiene sus antecedentes en los artº 629 del código penal sardo i 404 del código penal toscano, que seguían el criterio de enumerar **los casos, como en** el derecho francés.

Esto explica que la fórmula sintética quiere prescindir de **señalamiento de casos en la lei,** casos que quedan a la prudente apreciación de hecho del magistrado, pero en todos los cuales debe imperar el **fraude,** como engaño i mentira, i la **astucia i el artificio,** como medios comisivos. Por tanto, el uso de **falsos nombres, de falsa cualidad, de falsa profesión,** de **crédito imaginario,** de **poder inexistente,** de **empresa falsa,** todo esto está comprendido en la abreviada concepción del Artº 413 italiano, que ha reproducido el legislador patrio en el Artº 464 que se examina y que se ha copiado al principio.

Puestas de manifiesto las ideas elementales i genéricas acerca del delito de estafa, me ocuparé de analizarlo de acuerdo con el método señalado antes, examinando sus caracteres: **acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad i pena.**

2) ACCION

La actividad delictuosa está traducida en los verbos que el legislador emplea: **engañar** o **sorprender la buena fé** de otro, induciéndolo en error.

Aquí los verbos que denotan la **acción** se usan alternativamente, no acumulativamente; por eso, basta en un caso el engaño como actividad ideológica, o la sorpresa de buena fé en otro, o ambas cosas, más no es exigido que las dos acciones concurran: una cualquiera de ellas es acto comisivo.

Engañar, según su acepción castiza, significa dar a la mentira apariencia de verdad, inducir a otro a creer i tener por cierto lo que no es. También significa **entretener** o **distraer. Sorprender** es coger desprevenido, conmover o maravillar a otro con algo imprevisto o raro. Por esto, el **engaño** es la esencia del delito, i para llegar a él, para inducir en error a otro, mintiéndole o sorprendiéndole en su buena fé, deben usarse los **medios de comisión** artificiosos i otros idóneos, que adelante analizaré. Estos constituyen los antecedentes de los verbos. Es indudable que también el **fraude forma parte de la acción,** como su presupuesto necesario. El fraude está constituído por la **mentira** i la **intención de engañar,** por el artificio exterior o verbal para engañar a un hombre de juicio, no a un mentecato, niño o loco.

Por la **buena** fé sorprendida no quiere indicarse que el in-

dividuo estafado no se encuentre en **mala** fé, cuestión que ha dado lugar a discordia en la interpretación de la **acción,** pero que hoi no admite dudas.

En efecto, Carrara sostiene que la **mala fé del estafado destruye la mala fé del estafador.** "La mujer ha ido, dice, donde la hechicera a fin de que le diese un filtro para hacer morir a su propio marido; la hechicera le cobró una buena suma de dinero i le dió una inocente bebida. Otro recurrió a un mago para que con sus encantamientos le ayudase a robar de noche el tesoro que él creía escondido en un fundo ajeno; el mago realizó las acostumbradas ceremonias, tomó el dinero i no encontró nada, como era mui natural. ¿Podrá admitirse la querella que promueven esas personas por el fraude que sufrieron i por el dinero que pagaron sin conseguir el intento de matar o robar? Yo creo, en absoluto, que no. No cabe duda que esos fraudes son criminosos; pero cuando la víctima del delito más execrable que quien la engañó, la sanción penal no debe prostituirse para protegerla".

Manzini opina lo contrario. Cuando el agente, con artificios, induce alguno en error, procurándose para sí o para un tercero un provecho injusto en daño de otro, **el delito de estafa subsiste, aun cuando el sujeto pasivo sea inducido a la prestación** por una causa inmoral delictuosa o ilícita. Tales serían los casos del médico que, por dinero, promete el aborto a una joven que no está embarazada, como élla lo cree, i ejecuta en el útero maniobras abortivas; o del que, con promesas de fuertes ganancias, entrega una cantidad a otro para una empresa de falsificación de moneda.

Los autores italianos opinan que el concepto de **buena** fé es tanto más difuso i habitual cuanto más elevadas i complicadas son las actividades económicas. Así, las operaciones de los grandes Bancos descansan sobre la buena fé de los clientes, porque ellas son tantas i tan complejas que un servicio esmerado de información acerca de todas las personas que con ellos contratan, sería imposible en la realidad. Esas operaciones se distinguen por la prontitud en la ejecución, por el rápido i eficaz movimiento de los negocios, de manera que no solamente los clientes pueden engañar a los banqueros sino que éstos, con sencillas operaciones, pueden engañar a millares de clientes, i esto explica esos escándalos de colosales estafas que se suceden a diario en los países altamente desarrollados económicamente, como Inglaterra, Francia, Italia, Estados Unidos. En la época por la cual atraviesa nuestro país, la estafa surge en la **construcción,** porque Venezuela es un país que está en construción, en una etapa de crecimiento urbano, esencialmente.

3) TIPICIDAD

a) SUJETO ACTIVO.—El sujeto activo de este delito puede ser **cualquiera,** pero la responsabilidad penal se agrava si es cometido por **abogados,** por **procuradores** o por **administradores,** unos i otros en el ejercicio de su ministerio, como explicaré al referirme a esta agravante.

Si el sujeto activo es un **funcionario público,** el delito no es estafa, sino concusión positiva fraudulenta, prevista en el Atr° 197 del código penal.

Al poner en relación el sujeto con el acto, esto es, al tratar de la imputabilidad, me referiré a la condición criminológica de los estafadores, que tienen una personalidad de contornos particulares.

b) SUJETO PASIVO.—Importa asimismo delinear la figura del sujeto paisvo. Este es únicamente la persona a la cual se ha ocasionado directamente el error, induciéndola a engaño.

Pueden suceder varios casos que originan confusión:

I) Que por el acto del estafador sobre determinada persona resulte indirectamente perjuicio a terceras personas. Estas no deben confundirse con el sujeto pasivo, porque falta la relación de causalidad.

II) Que el estafador adscriba las cosas obtenidas con su delito a terceras personas. Estos destinatarios de las cosas tampoco deben estimarse sujetos pasivos. No sufren, ni directamente ni indirectamente, daño alguno, además de que el contrato de adscripción es anulable por el vicio de consentimiento en el estafado.

III) Que quien haga la entrega de la cosa sea persona distinta del estafado. Tampoco este ejecutor puede estimarse sujeto pasivo.

IV) Que quien sufre el perjuicio sea persona distinta del engañado, como en el caso de los detentadores precarios, depositarios, etc. Si son engañados, el daño lo sufre el propietario de las cosas, pero éste no puede estimarse sujeto pasivo.

c) MEDIOS DE COMISION.—Para explicar la eficacia de estos medios señalados por el legislador bueno es hacer unas consideraciones generales. El **íter criminis** de la estafa supone primero una relación entre el estafador i su víctima, en la cual entra la sugestión psicológica, la persuasión. El estafador hace entrar en el ánimo de una persona una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole caer en ella, pero esa idea es engañosa, en el sentido de que el estafador da a la mentira una apariencia de verdad, induce al otro a creer i tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas. Así, en este aspecto dinámico de la acción, el estafador ha colocado primero el error en la víctima usando del medio

engañoso, o le ha sorprendido en su buena fé. Luego, llega el resultado del medio, o sea, el ataque contra la propiedad ajena. El estafador trae hacia sí la cosa para obtener de ella un provecho, o hacérselo obtener a otro, con perjuicio del estafado. En la tipicidad del delito de estafa entran, pues, el artificio o medio engañoso, el propio engaño, el fraude i la finalidad del provecho.

El primer medio engañoso que el legislador señala es el artificio, que Manzini define así: "toda astuta simulación o disimulación apta para engañar, de modo que el engaño sea generado por una falsa apariencia material". Artificio es disimulo. doblez i cautela. El disimulo es el arte con que oculta el estafador la verdad. El doblez es la astucia con que obra para dar a entender lo contrario de lo que es; la cautela es también astucia, maña i sutileza para engañar. En los tres aspectos del artificio, el estafador encubre con astucia su intención, disfraza i desfigura las cosas, representándolas con habilidad distintas de lo que son. Por esto, casi siempre el estafador es astuto, hábil para engañar o para lograr artificiosamente cualquier fin de provecho en perjuicio del engañado.

Se ha hecho una distinción en los artificios en cuanto a la apariencia material, que puede ser **positiva** o **negativa, simple** o **compleja.**

Manzini estima que hai apariencia material positiva cuando el artificio crea una falsa representación **exterior,** apta para suscitar motivos psíquicos suficientes para determinar al engañado a cumplir el hecho deseado por el sujeto activo. Aquí se coloca aquella **mise in scene** de los franceses, que aceptó Carrara como interpretación única del artificio i en las categorías doctrinarias i jurisprudenciales se traduce en ostentar una riqueza, mostrando una cartera llena de valores o una cuenta en un Banco; en hacerse pasar por comerciante solvente, mediante la exhibición de cartas artificiosamente confeccionadas; en alegar una falsa divisa, con falso título o decoración; en presentarse con un falso nombre; en alegar una falsa cualidad o una profesión falsa también, como decirse constructor, médico, abogado, sin serlo; en aparecer como miembro de una familia ilustre o adinerada; en adoptar una condición menesterosa con una falsa certificación de pobreza, etc.

La apariencia material es negativa cuando, disimulándose una modificación o un menoscabo hecho por el sujeto activo a una cosa determinada, se hace creer al sujeto pasivo que las condiciones que tiene son normales o genuínas o legítimas. Tales serían los casos del chofer que ha acomodado el taxímetro para obtener mayor precio por el transporte, o del consumidor de electricidad que ha alterado el medidor, o del dueño de aparatos mecánicos que se manejan por medio de introducción de monedas que no corresponden la contraprestación, o de las ru-

letas de casas de juego, acomodadas para obtener ventaja, o de las cartas de baraja preparadas o dados compuestos para engañar a los jugadores, etc.

Puede ser el artificio simple, como cuando se simula una enfermedad o una imperfección, o de representaciones complejas o de agregación de artificios i otros medios engañosos.

Pero se ha decidido que el artificio debe consistir en una acción. Las omisiones no constituirían medios engañosos. Por eso, quien entra a un restaurant i manda servir comida i después no la paga; o quien sube a un tranvía i después de andar largo trecho i exigírsele el valor del pasaje no tiene cómo pagarlo; o quien se acuesta con una prostituta i después no satisface el precio de su acto sexual, todos estos casos, que son omisiones, no constituyen artificios valederos para una estafa.

Otros medios fraudulentos, que el legislador italiano denomina **raggiro**, trampas, son aquellos que suscitan en otra persona un sentimiento o un conocimiento capaz de ocasionar error mediante una falsa apariencia lógica o sentimental, por ejemplo, excitando una pasión, una emoción o creando motivos ilusorios para lograr la acción deseada por el engañador. Así, el novio que simula cariño a la novia i con ese medio le quita dinero u otras cosas, o que le promete matrimonio i para realizarlo le pide valores, el que hace suponer la existencia de una empresa falsa, o de un poder imaginario, o suscita esperanzas o temores quiméricos, recurre a medios que son capaces de engañar e inducir en error o sorprender la buena fé. Entre estos medios se han colocado los falsos poderes, las falsas órdenes, las comisiones imaginarias, la simulación de un crédito ya extinguido, la venta a varias personas de un mismo inmueble, la venta de un inmueble diciendo que no está hipotecado.

En la categoría de las estafas se han situado los cheques sin fondos cuando ha habido contraprestación, las simulaciones de aporte en la constitución de sociedades anónimas i los actos de los joyeros i los plateros que alteran la calidad de las joyas i las venden como genuinas, de los cuales trataré aparte.

d) USO DE FALSO NOMBRE.—Este uso para engañar fué castigado desde la época romana, aunque incluyendo el delito en el de **falsedad**, i así fué considerado en las costumbres i leyes francesas hasta que, en 1.791, se incluyó en la **escroquería**. En efecto, la lei romana, establecida según la opinión de Papiniano, decía: FALSI NOMINIS AUT COGNOMINIS ADSECURATIO POENA FALSI COERCETUR.

Jousse opinaba que aquél que tomaba el nombre de otra persona i se hacía pasar por ella, cometía una falsedad penada.

La discusión se presentó, posteriormente, por el lenguaje usado por los legisladores franceses, que distinguieron el **uso verbal** del **uso escrito** de nombre falso, sosteniendo algunos que

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

◆

Revista

de la

Facultad de Derecho

◆

No. 7 — CARACAS — 1956

el primer hecho era estafa, i el segundo, falsedad, i adoptándose esa interpretación por la Corte de Casación.

En el estado actual de la legislación, el uso verbal o escrito de un nombre falso para engañar constituye una estafa, i la atestación de la identidad falsa ante un funcionario público o en un documento público es delito de falsedad. (Artº 321 código penal).

El cambio de nombre es uno de los frecuentes medios usados por los estafadores que, en ocasiones usan no uno, sino varios, según corrientemente aparece en las crónicas de prensa. Según los autores modernos, los motivos por los cuales se emplea el nombre fingido, pueden ser varios: "El Dr. Diego Vicente Tejera destaca éstos: "El fingimiento de nombre puede tener por objeto buscar mayor responsabilidad i prestigio; puede obedecer al criterio de ocultar el verdadero nombre, por ser en muchos casos el de conocidos estafadores o **caballeros de industria**; i puede, también, usarse a los efectos de despistar a **posteriori**, la acción de la justicia". En los tres casos considera el Dr. Tejera que existe la estafa.

e) USO DE FALSA CUALIDAD.—También se considera que este uso constituye uno de los constantes medios de estafar. Un falso uso de esta naturaleza sería hacerse pasar como médico, ingeniero, abogado u otra profesión que exija una capacitación oficial, con la circunstancia de que esta usurpación de título configura otro delito previsto en el Artº 214 del código penal, aunque se ha discutido el concurso de delitos si la usurpación se emplea como medio para estafar, así como si se usa de un documento falso para engañar, cuestión que adelante examinaré.

Garraud estima que la cualidad de una persona es el rango, lugar o sitio que ocupa en la sociedad. "Ella resulta, dice, de la nacionalidad, del estado civil, de la profesión, de la familia, de las relaciones jurídicas con los terceros; i esta significación es la que por necesidad, debe admitirse en la consideración de la estafa, según el Artº 405 del Código penal.

Pero como la falsa cualidad puede concretarse en innumerables mentiras, el propio Garraud, señala los casos más caracterizados, para destacar que en algunas circunstancias el uso de una falsa cualidad puede constituir una simple mentira, y en otro verdadera estafa. Estos casos que pone de relieve son:

1º—El uso de un **falso título universitario, profesional** o **nobiliario**; la atribución de una **condecoración, función decorativa** u **honorífica** a la cual no se tiene derecho, o que es puramente imaginaria; decirse miembro de una **sociedad científica, benéfica** o de **profesionales**, de la que no es socio, o que es imaginaria; hacerse pasar mentirosamente por **funcionario**, o atribuirse un **mandato** electivo.

2º—En la afirmación, contraria a la verdad, de que se ejerce tal o cual **profesión privada,** o tal o cual **empleo,** o tal o cual **arte,** por ejemplo, la profesión de **notario** o **escribiente de notaría,** de **periodista,** de **banquero,** de **constructor,** de **capitán de navío,** de **contratista** de **trabajos públicos,** de **comerciante, comisionista,** formas groseras que los franceses denominan **carambouillage.**

3º—En el hecho de atribuirse una falsa **nacionalidad,** un falso **estado civil** o un falso **parentesco,** como sería tomar la condición de **esposa** una **concubina;** o de esposa de un militar para gozar de los beneficios otorgados a éstos; o decirse hija de otra persona que goza de protección de un instituto benéfico para lograr esas ventajas.

4º—Por último, tomando relaciones jurídicas o económicas con los terceros, siendo mentirosas, como decirse **delegado, asociado, mandatario** de otro, o hacerse pasar como **intermediario,** cuando en realidad se contrata en su propio nombre e interés.

Una cualquiera de estas falsas cualidades, agrega Garraud, independientemente de toda otra maniobra fraudulenta, puede constituir el delito, cuando se use para engañar i estafar, por este medio, para toda o parte de la fortuna de otro, i ella es causa determinante de la entrega de fondos o valores".

En el uso de falsas cualidades entran innumerables categorías de engaños, como afirma el citado Dr. Tejera: "En este término entra todo, cada vez que un agente comisor simula tener cualquier cualidad que no tiene, se consuma el delito. Es tan general este término que otros elementos que se consideran distintos, como atribuirse poder o influencia, caben en él, pues esas son cualidades que tienen los individuos. Esta denominación comprende tanto las **cualidades físicas** como las **morales,** tanto las simulaciones de **habilidades** como la de relaciones especiales".

La usurpación de cualidades, que en el derecho español estímase específica en la comisión de la estafa, "ha de tener influencia directa, dice Groizard, con la iniciación i con la consumación del delito; ha de ser causa próxima o por lo menos remota para obtener la confianza que, burlada, engendra la defraudación". He hallado este caso en un italiano que en nuestro país se hace pasar por constructor, ofrece una empresa de construcción i obtiene contrato de edificación de un inmueble que requiere la intervención de Ingeniero. El tal constructor no es más que un mecánico, que audazmente engaña i también defrauda porque el edificio no llena las condiciones técnicas: una pared hubo que rehacerla, otros trabajos hubo que recomenzarlos; en fin, causó un considerable perjuicio a quien contrató con él i hubo de paralizarse la obra. Aquí no debe verse un simple contrato de construcción sino el uso de una cualidad falsa para obtenerlo i el posterior perjuicio que con ello ocasiona por lograr, en esta forma, un lucro indebido.

Una de las manifestaciones de la atribución de falsas cualidades se encuentra también en el artº 548 del código español de 1870, reproducido en el 529 del vigente de 1944, consiste en "aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias", con cuyas expresiones se preveen "todo género de maquinaciones fraudulentas de ingeniosas inventivas, de artificios complicados, que los estafadores de cierto rango usan frecuentemente para lucrarse en perjuicio de las personas cuya confianza obtienen, o de cuya credulidad abusan". Estos artificios aparatosos, según Groizard, son las mentidas ostentaciones de bienes, de créditos, de comisiones, de empresas i de negocios, que el autor estima engañosos que "por el arte con que están forjados, son susceptibles de enredar en sus tramas, no solo a los que prestan en el cuidado de sus cosas la culpa lata, sino la leve, i aún podríamos decir, la levísima".

Por tanto, nadie está exento de caer en estos enredos i farsas, por lo que los estafadores obtienen remisión de fondos, se apoderan de objetos o mercancías entregadas sin recelo, confiados en que aquéllos son personas solventes i honradas.

f) MEDIOS USUALES:

Entre los medios de comisión del delito de estafa deben colocarse, por tanto, todos aquellos en los que concurran las circunstancias de fraude i engaño, medios que, como se viene explicando, son múltiples. Cualquiera de los artificios que el ingenio i la codicia humanos puedan poner en acción para perjudicar en sus bienes a otros, caen dentro de la estafa, como certeramente lo opina Groizard, autor que señala muchas de esas malas artes inventadas por los estafadores para burlar la credulidad de sus víctimas.

El abuso de la credulidad de otro constituye en nuestra legislación penal la falta prevista en el artº 510 del código penal, que castiga al que trate de cometer ese abuso en lugar público, o abierto al público, valiéndose de cualquier impostura. En el derecho español concretábase esta falta en el Artº 606 del código penal de 1870, falta que Viada estima "como una excepción del delito de estafa". Además, en el Estatuto de Vagos i Maleantes, que debería ser una lei no penal sino correccional, se han incluído en las categorías de maleantes a quienes explotan la credulidad religiosa i a quienes explotan la filantropía humana (Arº 2, letra e).

Dice Groizard que los estafadores españoles se valían de tres trucos para explotar la credulidad ajena, esto es, los procedimientos de los **cartuchos,** de la **sortija** i de los **entierros.** "Sabedores dos o tres de estos rateros de que un sujeto que juzgan fácil de embaucar posee algún billete de banco, se le acercan, procurando ganar su confianza, le ofrecen sus servicios, le pon-

deran los inconvenientes que tiene el no efectuar el cambio del papel por oro, se prestan a acompañarle para que no sea perjudicado i acaban por recibir de manos del incauto los billetes en cambio de cartuchos de monedas de a cinco céntimos, que se entregan como cartuchos nuevos".

Estos medios fraudulentos también se usan en el ambiente venezolano. Uno de ellos se denomina **paquete chileno,** i es cometido con frecuencia por los estafadores. José Raúl Aguilar recuerda en Méjico los trucos conocidos con los nombres del Goliador, del Sancho, del pasador apurado, de las Tres Cuartillas, del Pirata i de los trece bultos.

4.—ANTIJURICIDAD.

En la porción de ilicitud que el legislador ha tipificado en el delito de estafa se protege el **interés público** de garantizar un mínimo de sinceridad en las relaciones económicas entre los particulares en un Estado bien ordenado, porque este elemento representa, como Manzini opina, "uno de los más vitales intereses del desenvolvimiento normal de los negocios privados i de la convivencia civil". I agrega este eminente penalista: "Con mayor razón en el Estado moderno, porque la delincuencia fraudulenta, en la sociedad contemporánea, encuentra tanto mayor desarrollo i halago, cuanto más intensa, progresiva, i complicada, es la marcha de la actividad honesta i productiva, i también cuanto más la buena fé interesa mantenerse en un sentido de recíproca confianza, como acaece en los negocios mercantiles, principalmente, en los cuales constituye el fundamento de las operaciones. "Esta misma razón puso en la base de su Relación la Comisión de la Cámara de Diputados italiana cuando aprobó el artículo que describe la estafa. Entonces dijo el Relator que con el progreso de la civilización i con la modificación que ha experimentado la sociedad humana, la delincuencia se transforma. "El mayor desarrollo del comercio, los milagrosos progresos de la industria, las mismas sublimes invenciones del genio, enriquecen la humanidad con valiosos descubrimientos i nuevos factores de público i privado bienestar, ofrecen al mismo tiempo oportunidades para nuevas modalidades de delitos. Este progreso favorece i ayuda la astucia con el gran número de conocimientos i con la perfección de la inteligencia". La transformación del delito violento en delito fraudulento fué destacada por Nicéforo, quien señaló esta segunda etapa como un síntoma de progreso de las sociedades, ya que la brutalidad i la violencia caracterizan las épocas primitivas i el aumento del fraude, de la astucia, de las formas delictuosas en las cuales predomina la mente, es propia del adelanto de todas las técnicas de la civilización.

Importa apreciar, sin embargo, la separación entre el frau-

de civil y el fraude criminal, porque como antes se dijo, en este último deben hallarse los elementos que el tipo de estafa describe. El fraude civil es menos que el criminal, en el sentido de que en este último concurren además los elementos que el Artº 464 del código penal indica, esto es, el uso de artificios o de medios idóneos capaces de engañar o de sorprender la buena fé de otro, induciéndolo en error i procurando para sí o para un tercero un provecho injusto con perjuicio del engañado. El campo del fraude civil es más amplio i se concreta casi siempre sin llegar a las fronteras del delito. Teóricamente es casi imposible establecer el lindero entre uno i otro campo, de modo que —como en el examen de la Parte General se dijo—, hai una continuidad de los derechos civil i penal, atisbada por el Profesor Castejón, i solo diferencias de grado, i tal vez no de cualidad, separan ambos ilícitos. La lenta evolución histórica del delito, traducida esencialmente en separar de su tipificación el dolo civil, concluyó en describirlo sintéticamente i en señalar, como características, el empleo de medios fraudulentos, de artificio, para engañar i obtener provecho de esta situación. Por tanto, descartando las varias opiniones i teorías especulativas que no sirven para distinguirlo en la práctica, aparece el criterio del legislador concretado en el Artº 464 en forma precisa i definida, i así, si en un determinado acto se encuentran todos los requisitos que contiene la descripción de la estafa, el hecho será punible como estafa, cualesquiera que sean las relaciones, las modalidades i las contingencias del hecho mismo.

Esta es la más certera opinión i la que en la interpretación de los casos judiciales corresponde hacer al Juez, porque si éste se interna en el dédalo de opiniones i de teorías que han tratado de darse para señalar una distinción especulativa, no puede aplicar correctamente la lei al caso surgido. Por esto, muchos Jueces se confunden, i aunque se encuentren los elementos de la estafa, empéñanse en estimar el caso como simple fraude civil con menoscabo de la justicia penal, i al contrario, muchos casos simples de los derivados de incumplimiento de contratos o de actos extracontractuales son colocados en la esfera penal, sin que haya concurrido el engaño a través del medio fraudulento usado.

5.—IMPUTABILIDAD.

Como antes he dicho, la estafa encuentra excitación i facilidad en el progreso económico que, en la época contemporánea, es inmenso. Vivir sin trabajar, a costa de los demás, es la característica de los estafadores que han sustituído, en el **mundium** de hoi, a los antiguos fascinerosos, violentos, brutales. En el campo del fraude i del engaño figuran muchos degenerados i débiles mentales que se valen de la mentira para aprovecharse de los bienes de los demás.

Hai que distinguir el gran estafador del estafador pobre. El primero es uno de los sujetos imputables más peligrosos en las categorías de delincuentes. Estos grandes estafadores son personas que aparentan una posición económica desahogada. Se rodean de un ambiente de riqueza, de ostentación, de pompa, que gana la confianza de quienes les tratan, atienden afablemente a sus clientes, les llenan de esperanzas i de halagos, pintan los negocios futuros con espejismos incontables, i después que han obtenido fabulosas sumas de dinero, alzan el vuelo, trasládanse a otra ciudad extranjera, i repiten allí, con otros nombres, bajo sociedades simuladas, o amparándose con personas conocidamente honradas de la ciudad —a quienes también engatusan—, el mismo o similar negocio, hasta que al fin caen en las redes de las autoridades.

Sin duda que estos delincuentes forman parte de la categoría de los **ladrones.** Son **habituales,** i aún se tornan en **profesionales,** porque del engaño i del fraude hacen su **modus vivendi.** Son raros los estafadores **ocasionales.**

Lino Ferriani describe con certeza el estafador profesional, así: "Tiene la mirada hipnotizadora, la palabra fácil, sugestionadora, el gesto tranquilo, mesurado, sonrisa pronta, un exterior pacífico que inspira confianza; se capta la benevolencia, la estimación, i a veces el amor, para lograr su intento criminoso, i así llegan a fuerza de estudio a enriquecerse con los medios más a propósito para engañar. Es un simulador perfecto, tanto que una vez descubierto i procesado, no falta el coro de los que exclaman sorprendidos: "Quién lo hubiera creído! Aquel señor que tenía un aire tan dulce, una fisonomía que era el espejo de la honradez!"

En Venezuela hemos experimentado estos engaños i fraudes de grandes estafadores de la construcción, del envío de divisas extranjeras a Europa, i, últimamente, el extenso fraude de la empresa Robert, que embaucó a muchos pobres individuos que, a fuerza de ahorros, habían acumulado una pequeña suma que se tragó la estafa colosal del **empresario habitual** uruguayo, pues antes, había estafado en otras ciudades de Argentina i Méjico i, recientemente, de Bogotá.

Los estafadores pobres no logran causar graves daños. Quien se presenta o mal vestido o con aspecto miserable, sólo podrá estafar mínimas cantidades, a lo sumo, alimentos. Esto explica que los estafadores verdaderos, habituales, sean **delincuentes de frac.** El ambiente social de este delincuente es el de los sujetos ricos, cultivados, el gran mundo en donde el dinero corre. Son banqueros, fastuosos jugadores, aristócratas, falsos duques, príncipes o nobles, los sujetos de esta nueva delincuencia del fraude i de la inteligencia.

En efecto, cuando el criminólogo Hans von Hentig estudia los aspectos económicos del delito en los Estados Unidos,

señala en los ataques contra la propiedad una pérdida de cuatrocientos billones de dóllares en fraudes de crédito, por la actividad de bandas fraudulentas que moran en una zona "entre el delito i la legalidad problemática".

Este autor recuerda que "la Comisión de Comercio Federal estimó, en 1935, que un solo contubernio de fraude hizo una cosecha de veinticinco billones de dóllares en diez años: $ 25 por cada hombre o mujer en los Estados Unidos, lo suficiente para pagar todas las deudas del país dos veces; i deja todavía un remanente de dos billones de dóllares para uno o dos nuevos estipendios a la armada i al ejército. Esas cifras no incluyen el dinero **honradamente** despilfarrado por banqueros i corredores de Bolsa, bien intencionados, pero desgraciados, que jugaron con los dineros ajenos i perdieron. Se refieren específicamente al dinero gastado en títulos sin valor vendidos con una falsía i fraude deliberados".

6.—CULPABILIDAD.

En este delito de estafa se exige el dolo, esto es, la intención dirigida al fin de obtener un provecho para sí o para otro, sabiendo que los artificios o medios fraudulentos usados son suficientes para sorprender la buena fé de otro o para inducirlo en error.

Las exigencias de la sorpresa en la buena fé i de la inducción en error no son acumulativas, sino alternativas, en el sentido de que tanto sirve un medio idóneo para engañar como otro para inducir en error. Manzini explica que se engaña con crear la persuación de una cosa que es falsa, induciéndola en la mente de otro mediante falsas representaciones o con falsas argumentaciones; que se sorprende la buena fé de otro poniendo en práctica medios que alejan toda duda de quien se va a engañar; i que se induce en error desviando la verdad i formando un falso juicio en un individuo, por medio de un presupuesto falaz derivado de una manifestación de voluntad.

El erróneo cálculo de una persona sobre los resultados de una empresa no envuelve su culpabilidad como estafa. Muchas veces sucede que se fundan sociedades i empresas utilizando el dinero de terceras personas o de accionistas con promesas halagadoras basadas en cómputos, cuentas, investigaciones, conjeturas i estadísticas que fallan i los resultados no corresponden al propósito sano de los fundadores. Si en este caso, la empresa o sociedad no da cumplimiento a lo ofrecido, no es por el dolo o mala fé de los promotores i dirigentes, sino por circunstancias que no están a su alcance, como crisis comerciales, alza de precios, aumento de tarifas aduaneras, competencia intensa u otras circunstancias emergentes.

Unicamente si se demuestra que hubo artificios o que se usaron medios fraudulentos en la iniciación del negocio, o en su desarrollo, para engañar i defraudar, existiría el delito. A este propósito, es oportuno recordar que se han creado formas de estafa en materia de sociedades, sobre todo, anónimas.

Recuerda Garraud que la estafa en materia de sociedades consiste esencialmente "en el hecho, por asociados, accionistas, obligados, administradores o gerentes de compañías, o por los cómplices o partícipes de éstos, de obtener en perjuicio de la sociedad, de los socios o de los acreedores, la entrega de fondos, valores, obligaciones, depósitos, empleando procedimientos fraudulentos para hacer creer sea en la existencia o en la realidad de una sociedad que es puramente ficticia; sea en el valor, en el futuro, o en el crédito de una sociedad que tenga existencia real, pero que no está en capacidad actual de realizar el valor, las ventajas o los beneficios ofrecidos a los clientes".

Así, el Artº 370 del código de comercio venezolano castiga como reos de estafa consumada, frustrada o tentada, según los casos, i conforme al código penal, todos los que simulando o afirmando falsamente la existencia de suscripciones, o de habérselas enterado, o anunciando al público maliciosamente, como pertenecientes a la sociedad personas extrañas a ella o anunciando que la compañía ha obtenido utilidades o beneficios imaginarios, o por medio de otras mentiras, obtuvieren o intentaren obtener, suscripciones o acciones u obligaciones, o darles a éstas valor en la Bolsa.

En los contratos de seguros puede haber estafa según la conducta del asegurado; así, conforme al Artº 556 del código de comercio, en caso de fraude en la estimación de las cosas aseguradas, o suposición, o de falsificación, puede el asegurador hacer que se proceda a su verificación i valuación, sin perjuicio de los demás procedimientos civiles o criminales a que hubiere lugar.

a) EL PROVECHO

La intención no se agota con el fraude i el engaño, sino que debe tener una finalidad ulterior, esto es, **obtener provecho** injusto, para sí o para otro, con perjuicio de otro.

De cuanto hemos expuesto se encuentra diferencia entre el **resultado**, el **daño** i el **provecho.**

El **daño** puede ser **efectivo** i **potencial,** pero este último equivale al efectivo si ha habido **resultado** de despojo de un derecho, i puede sufrirlo una persona distinta de la que se ha inducido en error o sorprendido en su buena fé.

El provecho puede ser económico i moral, no exige el legislador que sea siempre económico, i consiste en una ventaja procurada para el propio estafador o para otro. Puede tener

por objeto una cosa, un servicio personal o el uso de una cosa, bienes muebles o inmuebles.

Además de la obtención del provecho i del conocimiento del fraude i del engaño, debe existir injusticia en el provecho logrado. Por tanto, un honorario excesivo cobrado por un abogado, mediante artificio o fraude, no es un **provecho injusto,** puesto que el profesional tiene derecho a exigir una compensación por los servicios profesionales prestados. Tampoco sería injusto provecho valerse un acreedor de artificios para obtener de su deudor una suma de dinero que éste no le quiere pagar. Si a los artificios se une la violencia entonces habría delito de hacerse justicia por sí mismo (Artº 271 cód. penal).

b) AUMENTO DE CULPABILIDAD

Señala el legislador tres circunstancias que aumentan la culpabilidad, acreciendo el dolo, i es cuando al fraude común se agrega la traición de la especial fé inherente a las relaciones entre abogados, procuradores i administradores i sus representados o la lesión de intereses particularmente tutelados, como son los bienes de la Administración pública o de un establecimiento público o de beneficencia. También cuando la estafa se comete so protexto de conseguir en favor de alguno, su exoneración del servicio militar.

Se ha sostenido que los abogados i procuradores a los cuales el legislador refiérese son los que han sido inscritos en el respectivo Colegio de Abogados o en el Montepío, sin cuyos requisitos no se puede ejercer la profesión, conforme lo dispone el Artº 3 de la Ley de Abogados. Creo que basta haber obtenido de la Corte o Juzgado Superior el título de abogado, previa la prestación del juramento, porque desde ese momento está el titular capacitado para engañar a un cliente con su título. El carácter de administrador se adquiere por disposición judicial, por disposición legal o por acto privado. Entre estos últimos colocan los autores a los gestores de negocios sin poder, a los de administraciones públicas i a cualesquiera otros individuos que tengan facultades públicas, legales, administrativas o privadas para gobernar, regir o cuidar los bienes ajenos.

Hace el legislador una referencia ocasional en la agravación del dolo, o sea, que la estafa se cometa por estos especiales sujetos activos en el ejercicio de su ministerio. Si fuera de este ejercicio se ejecutan el fraude i el engaño para obtener provecho injusto con perjuicio de otro, no se agrava la culpabilidad. La actividad dolosa de un funcionario público sería estafa si no está tipificada en otros delitos contra la funcionalidad.

El fraude cometido para exonerar a una persona del servicio militar no daña a este servicio, porque el que acepta la engañosa artificiosidad para no prestarlo, no queda exento de

dicho servicio. Manzini dice que "la posibilidad de la exoneración sólo existe en la fraudulenta fantasía del estafador", i este autor no encuentra razón satisfactoria para explicar la agravante i, por eso, opina, que ella se ha establecido "por una deplorable confusión del legislador que cree que con esta agravante tutela el servicio militar, a pesar de que la estafa cometida ni lo daña ni lo perjudica".

7. PENALIDAD.

La pena señalada para el delito de estafa simple es prisión de cinco a veinte meses; por tanto, según dispone el Artº 320, ordinal 1º, del código de enjuiciamiento criminal, el estafador puede obtener su libertad bajo fianza de cárcel en el acto de la contestación de los cargos fiscales.

Cuando concurre una o dos de las agravantes que he examinado, la prisión será de seis a treinta meses, i es opinión de los tratadistas venezolanos de enjuiciamiento criminal que aun cuando concurran dichas agravantes procede la libertad bajo fianza, porque se toma en cuenta el tipo simple i no la agravación, interpretación que se hace **favor libertatis.**

Se atenúa la penalidad si el perjuicio ha sido leve o levísimo; si se ha restituído lo que se hubiere tomado; si se hubiere reparado enteramente el daño causado; si el delito se ha cometido en perjuicio de su cónyuge legalmente separado, de un hermano o de una hermana que no vivan bajo el mismo techo con el autor del hecho, de un tío, de un sobrino o de un afín en segundo grado, que vivan en familia con dicho autor, i en los casos de atenuación por razón de parentesco no se procederá sino a instancia de parte.

La ausencia de penalidad en la estafa resulta del Artº 483 del código penal, que dispone no proveer a ninguna diligencia en contra del que haya cometido el delito, en perjuicio del cónyuge no separado legalmente; de un pariente o afín en línea ascendente o descendente; del padre o de la madre adoptivos; del hijo adoptivo; de un hermano o de una hermana que vivan bajo el mismo techo que el culpable.

El delito admite tentativa i frustración i entonces la penalidad se establecerá conforme al Artº 82 del código penal.

Una vez señalados estos perfiles dogmáticos del delito me ocuparé de un sub-tipo de hecho punible que ha creado últimamente el legislador en el Artº 494 del código de comercio sobre "emisión de cheques sin fondos", o frustración del pago del mismo, que debe diferenciarse de la estafa.

8.—CONCEPTO DEL CHEQUE

a) **Orígenes.**—Aunque algunos autores de derecho mer-

cantil creen hallar el uso reglamentario del cheque en Grecia i Roma i otros explican que los usaba la Banca Bolonesa del Siglo XVII, lo cierto es que su empleo es reciente i se intensificó cuando estableciéronse los Bancos en Inglaterra i fué reglamentada la letra de cambio, de la cual deriva.

En efecto, es en Inglaterra en donde se sitúa el nacimiento del cheque como un sucedáneo incorpóreo del dinero para satisfacer operaciones de liquidación i pago, i así, la lei inglesa del 18 de agosto de 1882, le estima como "una letra de cambio librada contra un Banco i pagadera a su presentación". Por eso, los autores lo estudian como un simple capítulo del tratado sobre la letra de cambio, i alguno dice que se le ha dado al cheque el trato de un pariente pobre de la letra de cambio.

b) **Naturaleza del cheque.**—Hoi se estima como un mandato de pago emitido por quien tiene sumas de dinero disponibles en un establecimiento de crédito o en casa de un comerciante. En derecho, es necesario distinguir el **depósito regular**, que obliga a la restitución **in specie** de las cosas, del **depósito irregular,** que se caracteriza por el traspaso de la propiedad de las cosas depositadas i obliga sólo a devolver una cantidad equivalente. **Es un instrumento del contrato de depósito,** por lo que es esencial a la naturaleza del cheque **una provisión de fondos en poder del librado,** de modo que éste tenga la obligación de entregar al librador una suma al menos igual a la que figura en el cheque. Pero no es necesario que la provisión de fondos provenga de un depósito precedente, puede provenir también de una apertura de crédito o de otra convención entre el librador i el librado.

c) **Ventajas del cheque.**—La disposición de las sumas depositadas en los Bancos permite a éstos utilizarlas para conceder préstamos con intereses i para recolectar las grandes sumas que están dispersas i ociosas en el público i destinarlas a **una colocación adecuada en el campo económico.** Estos depósitos son la expresión **del ahorro nacional,** forman **el dinero bancario** i representan la mayor parte de la **oferta monetaria.** El cheque es un instrumento tanto del contrato de depósito como incondicional de pago. Los banqueros entregan a sus clientes un **talonario de cheques** i éstos, a medida que quieran hacer un pago, arrancan un cheque, llenándolo con las indicaciones de una suma i poniendo en él la fecha, la firma i el nombre del beneficiario.

El uso del cheque como **instrumento de pago** evita el movimiento material de la moneda. Si el librador i el tomador tienen abierta en el mismo banco una cuenta corriente, el cheque le será abonado en cuenta al tomador sin desplazamiento de moneda, con una simple **transferencia.** La existencia de numerosos Bancos en una misma ciudad facilita las operaciones por cheques, porque en un mismo día recibe un Banco numerosos che-

ques contra la cuenta de otros Bancos, i al cerrar las operaciones diarias, los Bancos serán acreedores i deudores recíprocos, las deudas se extinguen por compensación i se ha suprimido un enorme traslado de numerario. En **el sistema inglés** existen cámaras de compensación de los cheques que llenan esta función.

d) **Vida del cheque.**—Considerado como un medio de pago de deudas pecuniarias, tiene **una vida accidental, efímera,** no está destinado a pervivir circulando. Por razón de su estructura jurídica i de su significado económico, no interviene o interviene sólo **transitoriamente** en la circulación.

El cheque sólo vive mientras no sea cobrado i, según nuestra lei, el poseedor del cheque debe presentarlo al librado en los ocho días siguientes al de la fecha de emisión, si el cheque es pagadero en el mismo lugar en que fué girado; i en los quince días siguientes, si es pagadero en un lugar distinto, de modo que el poseedor de un cheque que no lo presenta en los términos señalados pierde su acción contra los endosantes, i pierde asimismo, su acción contra el librador si después de transcurridos los términos antedichos la cantidad de giro ha dejado de ser disponible por hecho del librado. (Arts. 492 i 493 del Código de Comercio). El cheque al cual se le ponga un término se equipara a una letra de cambio.

Esto se explica, porque el cheque es un **sustituto accidental del dinero** i no está destinado a circular de mano en mano con carácter general, sino eminentemente **temporal.** A causa de los plazos limitados para su presentación, ocho i quince días, sólo puede representar un recurso para pocos días.

Pero aún así, el empleo del cheque constituye signo de **prosperidad comercial e industrial i de ingente facilidad de las opraciones de pago.**

9.—NECESIDAD DE LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE.

a) **Confianza i seguridad.**—La importancia del cheque exige, necesariamente, la creación de **una atmósfera de** confianza para que sea empleado en alta escala i con una seguridad absoluta, i esta **seguridad** sólo puede derivar de una enérgica protección mercantil i penal dentro del sistema actual.

Si esto sucede así, el cheque será recibido como dinero efectivo; pero si no tiene eficaz protección, entonces, el protesto de los cheques traerá la **desconfianza,** se les rechazará invariablemente i la consecuencia es que las considerables sumas destinadas a efectuar pagos en una plaza dejarán de ingresar a los Bancos, pues los acreedores exigirán **el pago en efectivo** i los deudores conservarán el dinero para pagar. Así, la falta de pro-

tección penal del cheque lesiona gravemente la circulación fiduciaria de la Nación i menoscaba la economía del país.

b) **En Venezuela no había protección penal.**—Un examen de las disposiciones del Código Penal evidencia que el legislador venezolano **no protegía penalmente la fé pública que merece un cheque:** sólo existía una protección mercantil, i la penal se limitaba a aquellos contados casos en que existieran delitos, como los de **estafa i falsificación.** Estos delitos exigen **el fraude o engaño i la falsedad** i también el **perjuicio para el engañado,** según examinaré después. No se castigaban ni la emisión dolosa de un cheque sin fondos, ni el retiro de los fondos después de librado i antes del plazo de presentación, ni la falta de fecha, la post-fecha i el giro en descubierto sin autorización para hacerlo, que son las **hipótesis** con las cuales se desnaturaliza la función del cheque, creándose **prácticas viciosas impunes.** Cada día que pasaba se hacía más exigible la necesidad de protección penal. En el ejercicio profesional he tenido clientes que rechazaban, invariablemente, en el acto del registro, el pago en cheques, exigiendo la entrega en **efectivo.**

c) **Estudio sistemático.**—Me propongo explicar la situación del cheque en la legislación nacional, teniendo en cuenta la teoría general del Derecho, para deslindar lo que sólo es **ilícito mercantil,** de los actos que rebasan ese **campo de ilicitud** i merecen una tutela más enérgica en la **esfera de la penalidad.** Luego, analizaré algunas legislaciones extranjeras, para destacar la protección penal que se le ha dado al cheque en los códigos penales o en leyes especiales que han creado un delito autónomo, formal o de peligro, distinto de la estafa i de la falsificación con la emisión de cheques sin fondos con fecha falsa, i poder determinar con ello la naturaleza del delito que ha creado el nuevo artº 494 del Código d Comercio, que dice: "El que emita un cheque sin provisión de fondos i no proveyere al librado de los fondos necesarios antes de la presentación del cheque o que después de emitido éste, frustrare su pago, será penado por denuncia de parte interesada con prisión de uno a doce meses, siempre que no concurran las circunstancias previstas en el Código penal para el delito de estafa. El que haya recibido un cheque a sabiendas de que fué emitido sin provisión de fondos, no tendrá acción penal contra el librador i será castigado con multa hasta de un quinto del valor del cheque o arresto proporcional. A los efectos de este artículo, el librado, a requerimiento del presentante estará obligado a expresar al dorso del cheque o en hoja adjunta la razón por la cual no hace el pago".

10. TEORIA GENERAL DEL DERECHO.

a) **El delito mercantil.**—Es una teoría general del Derecho, a la cual se debe acudir para interpretar la lei penal por-

que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público, se ha estimado que aquél es **sancionador i complementario,** en el sentido de que establece una sanción más severa para la protección de los intereses reconocidos por el Derecho. El derecho civil i el derecho mercantil, por ejemplo, establecen sanciones de reparación, de indemnización, de nulidad i otras, que pueden ser insuficientes para tutelar los intereses jurídicos. Entonces, estos intereses se elevan a bienes i se protegen más eficientemente por otro medio: la pena. Esta viene a ser, en última instancia, la nota diferencial del derecho penal con las otras ramas jurídicas. Lo contrario al derecho, esto es, **la antijuricidad,** es una sola. No hai una propia antijuricidad civil, mercantil, administrativa o penal, sino una **antijuricidad general,** i lo que hace el legislador es que toma porciones de esa antijuricidad, las describe en un precepto i les adapta una pena. Así se forma el tipo penal: con el **precepto,** que describe la porción de antijuricidad general tipificada; i con la **sanción** que se le agrega a la descripción.

Lo ilícito civil, lo ilícito mercantil i lo ilícito penal son, por lo tanto, **parte de lo ilícito general;** sólo en el último campo de ilicitud, se agregan a las medidas sancionatorias de ambas ramas, civil i mercantil otra más eficaz, la pena. Esto es necesario comprenderlo para establecer la verdadera relación o conexión que existe entre unas ramas jurídicas i otras, para señalar la frontera de cada licitud.

En el derecho venezolano, la protección del cheque como instrumento de pago, se reducía a la **pena pecuniaria mercantil,** como lo disponía el Artº 474 del código de comercio, que decía: "El que emite un cheque sin fecha, o con una fecha falsa, o sin tener a su disposición, en poder del librado, la cantidad del cheque, será castigado en pena pecuniaria igual al décimo del valor del giro, sin perjuicio de la condenación penal a que haya lugar". Como adelante se verá, la persecución penal sólo podía lograrse cuando había **estafa o falsificación.**

Este artículo tiene sus antecedentes en el 499 de los códigos de comercio de 1904 i 1919, que eran iguales. Ni Sanojo ni Dominici hacen referencia a la protección del cheque en sus exposiciones o comentarios del Código.

b) **Desnaturalización del cheque.**—Resulta que, en la práctica, la función del cheque como instrumento incondicional de pago, se desnaturaliza. Los particulares usan el cheque para objetos distintos a aquellos que el legislador le ha señalado i, con esto, desconocen su verdadera naturaleza i función.

En unos casos, se sirven del cheque como **instrumento de crédito.** Entonces acostumbran ponerle una fecha posterior a **la emisión.** Esto es contrario a la naturaleza, que no es la de **abrir un crédito,** sino la de cancelarlo.

En otros casos, el cheque sirve de **garantía.** Un prestamista presta una suma de dinero i exige a su deudor un cheque para la fecha del vencimiento, 15 ó 20 días después. Generalmente, estas operaciones se hacen con usura, traducen el **agio,** representan un interés del ciento por ciento o más. También se valen de este subterfugio muchos acreedores para encubrir i garantizarse otras operaciones. Con esto, se desnaturaliza la función del cheque, porque el derecho civil i el mercantil han prescrito formas especiales para la celebración de determinados contratos, como el préstamo, la compra-venta, etc., i los comerciantes deben acudir a esta forma i **no** a la encubierta del **cheque como garantía,** para celebrar tales convenciones.

En señalados momentos, al cheque se acude como una coacción. Un acreedor logra del deudor un cheque para que le sea satisfecha una deuda; amenaza al deudor, i éste, por temor, por angustia ante el cobro insistente de una deuda, no halla como salir del apuro i firma un cheque, sin tener provisión de fondos en el Banco, pero con la esperanza de depositarlos. Los autores dicen que es **una monstruosidad** recurrir a este expediente porque la Constitución Nacional prohibe la prisión por deudas, i ese subterfugio, que ha desnaturalizado también la función del cheque, envuelve un modo de amenazar la libertad personal del deudor, quien se ha colocado encima una espada que no dejará de utilizar su acreedor: **la amenaza del juicio o la amenaza de la prisión.**

Otras veces, se emite un cheque **sin fondos, postdatado,** o en otra forma distinta de su normal emisión, **como medio de cometer un delito,** para engañar, con ese artificio, al que lo recibe, induciéndolo en error i obteniendo, de la buena fé del tomador, un provecho, con perjuicio de éste. Se le compra una mercancía i se le da en pago un cheque, sabiendo que no hai fondos; se le pide a un comerciante una suma prestada, de momento, cuando el Banco está cerrado, i se burla la fé pública del cheque; se le cambia un cheque a otro, sabiendo que no hai depósito en el Instituto. En estos casos, se ha cometido un delito, se ha estafado a alguien.

c) **Cheque por error.**—También puede suceder el caso de que se firme i entregue un cheque **por error** o **creencia** en la existencia del depósito en el Banco. En efecto, el que libra el cheque puede desconocer con exactitud el saldo de su cuenta, o tiene la creencia de que se le abonen documentos cobrables que ha dado al Banco. Aquí ha habido **imprudencia** por parte del librador.

O aún puede suceder que el error sea **absoluto,** como si al cuenta-habiente le han sido embargados los fondos que tiene depositados en un Banco i desconoce esta medida; o ha muerto el poderdante por quien giraba cheques; o le han sido cargadas a su cuenta sumas con cuyo cargo no contaba; o le han quitado

el empleo que le había autorizado para girar i desconoce su destitución.

Es interesante examinar, en nuestra Legislación, estas hipótesis, para establecer su verdadera trascendencia mercantil o penal.

d) **Aplicación de la lei.**—Cuando se usan las prácticas viciosas de las hipótesis de servirse del cheque **como instrumento de crédito, como medio de coacción o como instrumento de garantía,** no habría delito, porque el que recibía el cheque, **no fué engañado, sabía que el librador no tenía fondos en el Banco;** él mismo consintió en la desnaturalización de la función crediticia del cheque. Por tanto, no había sido estafado. Pero, actualmente, según el citado Art. 494 del Código de Comercio, hai una pena pecuniaria convertible en arresto.

Si el cheque ha sido pagado por el librado, no hai duda de que tampoco existe delito, porque no ha habido perjuicio para el que recibe el cheque. Muchas veces, también desnaturalizándose la función del cheque, los Bancos pagan los emitidos por sus cuentahabientes haciendo honor a su solvencia, a sus relaciones constantes, a su buena fama i reputación o a la promesa de depositar la suma del cheque pagado.

I si ha habido **error,** aún cuando se presente la hipótesis de la imprudencia de la incertidumbre de la cuenta, tampoco puede haber delito, porque el **error suprime la responsabilidad penal.**

e) **Hechos punibles.**—Ahora bien, según el nuevo Artº 494 del Código de Comercio, el cheque emitido sin provisión de fondos, es un delito autónomo, o puede ser otro hecho punible si se utiliza como medio para cometer otro delito, los cuales, a su vez, podrían ser de estafa, tipificado en el artº 464 del Código Penal; o de falsificación, si se ha dado un **cheque falso.** Son las únicas hipótesis de **fraude** incriminadas en el Código Penal, en que el cheque sirve de medio de comisión, de engaño, para obtener un provecho i causar perjuicio al que se engaña.

Pero aún así, es necesario examinar las condiciones en que se ha dado el cheque sin fondos, para ver si hai otro delito de los tipificados en el Código Penal, porque puede suceder que del examen de las mismas, se suprima la responsabilidad penal. En efecto, la estafa es **delito de daño, de resultado,** i si éstos no se han producido, no puede exigirse responsabilidad penal. Supongamos que se ha emitido un cheque para pagar una deuda a un acreedor, i éste lo presenta al cobro i no obtiene su pago. **Aquí no habría estafa,** sino el delito del Artº 494 del Código de Comercio, porque el acreedor no ha perdido por ello su acreencia, ella sigue viva jurídicamente. En cambio, si el cheque se entrega en pago de una mercancía que el comprador se lleva; de unas bebidas que el adquirente consuma; de una cuenta de un restaurant en donde el emitente ha estado comiendo con

amigos; de un servicio prestado por una agencia de mesoneros, por una banda de música, por el transporte de unas mercancías, o por cualquier otra causa en que ha habido engaño, artificio, para obtener las bebidas, la comida o el servicio, en todos estos casos, hai **estafa,** i lo mismo **si se le cambia a otro un cheque sin fondos,** o se le pide prestado mientras el otro cobra, teniendo el tomador la convicción de que en el Banco hai fondos, i el librador sabiendo que no los tiene depositados. Aquí se ha empleado el cheque **como medio de comisión** de un delito. Muchas veces sucede que el librador no tiene cuenta en el Banco i usa cheques de **una chequera vieja** o sustrae una chequera a quien tiene las cuentas, i emite un cheque, **falsificando la firma.** Hai delito de **estafa,** en el primer caso, i concurrencia de **estafa i falsificación,** en el segundo.

11. LA PROTECCION PENAL EN OTRAS LEGISLACIONES

a) **Objeto de protección.**—En otras legislaciones se ha protegido algo más que el patrimonio, **se ha protegido también la fé que merece el cheque como instrumento mercantil,** i entonces se erige en delito la sola emisión del cheque sin fondos, o el retiro de los fondos después de haberse librado el cheque, o su **post fecha.**

Examinaré el sistema adoptado en algunas legislaciones extranjeras, para determinar el que ahora se ha adoptado en nuestra lei.

b) **Sistema Inglés.**—En Inglaterra, los cheques no pueden librarse sino contra una clase especial de comerciantes, los **banqueros,** pero la provisión de fondos no es indispensable en ese país, porque las liquidaciones i compensaciones se hacen con una admirable facilidad i rapidez merced al gran desarrollo del crédito. Sin embargo, la ausencia en la provisión de fondos constituye una rareza: el cheque es siempre honrosamente cubierto a su presentación. Esto se explica por la colaboración que prestan los banqueros en asegurar la confianza al cheque, Allá, la admisión de una cuenta corriente bancaria requiere muchas condiciones i se hace difícil. No obtiene cualquiera un talonario de cheques. Es necesario gozar de una **perfecta honorabilidad** garantizada por dos clientes o padrinos. Por eso, **la estafa por el cheque** casi no existe, siendo el uso de este medio de pago, extensísimo, como en los Estados Unidos. En estos países se pagan con cheques hasta las pequeñas cuentas domésticas, los alquileres, los impuestos, los servicios públicos, los intereses. Los Bancos son los cajeros de innumerables honestos clientes.

El hecho de librar un cheque sin provisión no es punible, pero si el librador obtiene mercancías o dinero con giro al descu-

bierto, usa de un **falso pretexto** que involucra un fraude castigable con multa.

c) **Sistema francés.**—En cambio, en Francia, explican los autores que, con excepción de ciertos Bancos rigurosos, es lo más fácil obtener un talonario de cheques. Basta presentarse, hacer un depósito de fondos, por mínimo que sea i consignar la firma de una tarjeta, para estar en posesión de una "chequera". Por esta razón, **la estafa por medio del cheque** es más frecuente que entre los ingleses. El Artº 6 de una lei de 19 de febrero de 1874 había castigado con multa del 6 por 100 al librador de un cheque sin fecha, o no fechado en todas sus letras, o con fecha falsa, o con falsa enunciación del lugar donde se ha librado, o emitido sin suma previa i disponible. Era una sanción que castigaba, más que todo, un fraude a la lei fiscal. Explica el Profesor Ramos que otra lei dictada en Agosto de 1926 equiparó el hecho de emitir después cheques sin provisión de fondos a la estafa (**escroquerie**) i le castigó con la penalidad de ese tipo de fraude. La jurisprudencia anterior a esa lei no estimaba punible la emisión del cheque en descubierto, a menos que hubiera **dolo o mala fé.**

d) **Sistema italiano.**—El Artº 344 del Código de Comercio italiano es idéntico al anterior 464 del venezolano. Manzini, en la primera edición de su Tratado de Derecho Penal estima que este **delito mercantil** tiene **un mero carácter contravencional** i es la disposición aplicable cuando en el hecho **falta el dolo** exigido para la estafa o para otro delito. La jurisprudencia de casación ha decidido así que comete el delito de estafa quien emite un cheque bancario sabiendo que no tiene dinero disponible en el instituto i se lo entrega a otra persona **para obtener un préstamo de ella.** Por eso, el reenvío del Código de Comercio al Penal debe interpretarse en el sentido de que el Código es aplicable cuando a los hechos previstos en el de comercio "se agregan elementos que concurran en delitos previstos en el Código Penal". Pero el mero hecho contemplado en el Artº 344 del Código de Comercio, agrega Manzini, no constituye estafa", de modo que una sentencia de un tribunal italiano fué anulada en casación por el "error de decir que el simple hecho del Artº 344 del Código de Comercio constituía un acto doloso suficiente para aplicar al librador la pena de estafa".

El Artº 344 del Código de Comercio italiano fué sustituído por el 116 del Real Decreto de 21 de diciembre de 1933, Nº 1736, sobre el cheque bancario, según el cual se castiga con multa de 50 a 5.000 liras i, en los casos más graves, con la reclusión hasta por seis meses, salvo que el hecho constituya delito castigado con mayor pena: 1º al que emite un cheque bancario sin tener autorización del librado; 2º al que emite un cheque bancario sin que en el instituto exista la suma suficiente o que, después de emitido i antes del vencimiento del término fi-

jado para su presentación, dispone de toda o parte de la suma expresada; 3º al emite un cheque con fecha falsa o sin los requisitos legales exigidos. Si el librador suministra al Banco la suma antes de la presentación del cheque, la pena se reducirá a la mitad, a menos que la emisión se haya efectuado por un **hecho excusable,** en cuyo caso está exento de pena el librador. El nuevo comentario de Manzini explica que este delito, que antes de la vigencia de la lei de 1933 solo tenía carácter contravencional, es ahora un **delito doloso,** que es absorbido por la estafa, en el primer caso del Artº 116, cuando la emisión irregular del cheque constituya engaño o artificio para estafar. Pero los hechos del Artº 116 **no son estafa,** aunque puede haber **concurso material de los delitos,** si la emisión irregular del cheque no había sido el medio, o uno de los medios, para cometer la estafa; por ejemplo, si se muestra a la víctima "un talonario de cheques" sin darle el cheque, para el cual no se tiene fondos disponibles tampoco, pero logrando con ese hecho de la posesión del talonario, hacer creer en la existencia de un depósito en el Banco que genera en el perjudicado la fé en que será pagado.

e) **Sistemas argentino i ecuatoriano.**—Los códigos penales argentino y del Ecuador, en sus Artsº 302 i 343, han creado **un delito de emisión de cheques dolosos,** distinto de la estafa, por el cual se castiga al que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero i siempre que no concurran las circunstancias de las defraudaciones (Artº 172 del código argentino) un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto i no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las 24 horas de haber sido protestado". El texto del Código del Ecuador es el mismo, pero al final, somete el delito, **no al simple protesto,** sino **"a habérsele hecho saber el protesto en cualquier forma"** al librador.

Están conformes las penalistas argentinos en opinar que el bien jurídico tutelado es **la confianza en instrumentos de valor pecuniario** a los **cuales debe ir unida la más estrecha garantía de inmediata realización;** que no se exigen los daños concretamente causados en un caso determinado, por lo cual se castiga aparte de la estafa; que difiere de la estafa en que en la emisión del cheque sin fondos es **absolutamente indiferente la existencia de un engaño** de parte del tomador, mientras que en la estafa ese engaño es esencial; que el delito es de **carácter formal** esto es, **de peligro abstracto o de daño potencial;** que es plurisubsistente, porque concurre una acción: librar el cheque, con una omisión: no pagarlo dentro de las 24 horas después de protestado; i que se incluye entre los delitos **contra la fé pública,** porque el propósito de la lei es rodear de garantías el che-

que para inspirar confianza en él como instrumento en las transacciones mercantiles.

Difieren los autores argentinos en la **naturaleza del delito,** porque unos le equiparan a la estafa, como fraude, le dicen **delito contra el patrimonio;** i los más, **contra la fé pública.** Por eso, el Profesor Ramos dice que "es un delito que anda sin saberse dónde colocarlo" i opina que es **delito contra la propiedad** i que debe merecer la pena de la estafa.

f) **Sistema brasilero.**—Coloca el delito de emisión de cheques dolosos entre los fraudes i el **estelionato** i castiga con las penas de los mismos, en la fracción IV del Artº 171 del Código Penal, a quien emite cheque, sin suficiente provisión de fondos en poder del librado o le frustra el pago". La pena es reclusión de uno a cinco años o multa de 500.000 reis a diez contos de reis.

g) **Sistema chileno.**—Explica el Profesor del Río, que el caso de la entrega de un cheque sin fondos hecha con la intención de engañar, fué apreciado por algunos comentadores **como un delito de estafa** porque quien la hacía suponía crédito o aparentaba bienes (Artº 463), y que la jurisprudencia estimó lo contrario, basándose en que el cheque era una orden escrita girada contra una persona para que ésta realizara su pago, la cual podía hacerlo aun cuando el mandante, girador y librador no tuviera fondos suficientes para cubrir el pago, haciendo confianza en su seriedad i honradez; pero que, actualmente, la **Lei de cuentas corrientes bancarias i cheques,** cuyo texto definitivo consta del Decreto Nº 394, publicado el 24 de marzo de 1926, castiga el dolo en el giro de cheques, como un delito de estafa, i lo presume cuando el librador retire voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; cuando girase a sabiendas sobre cuentas cerradas; cuando puesto en su conocimiento el protesto del cheque por falta de fondos, no los consignare dentro de tercero día; i cuando revocare el cheque fuera de los casos previstos por la lei.

h) **Sistema mejicano.**—La fracción IV del Artº 386 del Código Penal de 1931 castigaba al que obtuviera de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo, en cuyas disposiciones se encontraba comprendida la emisión de un cheque sin fondos, **siempre que hubiera fraude;** pero el Artº 193 de **la Lei de Títulos i Operaciones de crédito,** expedida con posterioridad al código, prescribe que sufrirá las penas del fraude el librador de un cheque si no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado.

Este nuevo precepto ha suscitado muchas discusiones entre los penalistas mejicanos i los fallos de los tribunales han sido también contradictorios. Tres posturas se han señalado, así: 1) En el Artº 193 de la Lei de títulos se establecen **nuevas formas de fraude** no previstas en el 386; 2) El precepto crea un **delito nuevo,** no previsto en la fracción IV del 386, la **cual queda derogada** en lo referente a cheques; 3) El precepto crea un delito **desligado de la figura del fraude,** con elementos propios independiente i autónomo.

La más acertada opinión es la del Profesor González de La Vega, que lo estima un **delito formal** i autónomo destinado a proteger la circulación del cheque e independiente de la figura del fraude, cuya sección IV queda derogada en lo que se refiere al cheque.

12. CONCLUSION

La revisión precedente de la legislación comparada explica la naturaleza del nuevo delito de emisión de cheque sin fondos que ha tipificado el legislador venezolano en el Artº 494 del Código de Comercio. Es un delito distinto de la estafa, puesto que existe siempre que no concurran las circunstancias previstas en el Código Penal para el delito de estafa. No creo que sea delito contra la propiedad sino contra la fé pública por el carácter de instrumento incondicional de pago que se le ha dado al cheque i a su objeto, que es la protección de la fé debida a este instrumento.

La acción puede consistir: 1) en emitir un cheque sin provisión de fondos i sin proveer al librado de los fondos necesarios antes de la presentación del cheque. 2) O en frustrar el pago del cheque, bien retirando los fondos antes de la presentación, o dando órdenes en contrario a su efectividad, si no hai causa justificada para ello.

La desnaturalización del cheque se castiga con pena pecuniaria. Así, el que haya recibido un cheque a sabiendas de que fué emitido sin provisión de fondos, no tendrá acción penal contra el librador i será castigado con multa hasta de un quinto del valor del cheque o arresto proporcional. El legislador crea entonces dos sujetos activos: el que emite un cheque sin fondos i el que lo recibe a sabiendas de que no tiene fondos el librador en poder del librado. Pero, en esta hipótesis, sólo es punible el que recibe el cheque.

La pena es prisión de uno a doce meses, en el delito contemplado en la primera parte del Art. 494, i multa hasta del quinto del valor del cheque, en el caso de la segunda parte, siendo esta multa convertible en arresto proporcional, esto es, un día de arresto por cada quince bolívares, según lo establece el Artº 50 del Código Penal.