

**El cheque como instrumento de la estafa: una
mirada crítica de la realidad ecuatoriana.**

**The check as an instrument of fraud: a
critical look at the Ecuadorian reality**

Miguel Ángel Gallardo-Aguirre ¹
Fiscalía General del Estado - Ecuador
masterlaw265@gmail.com

Samuel Morales-Castro ²
Universidad Bolivariana de Ecuador - Ecuador
smoralesc@ube.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2024.5.2630

V9-N5 (sep-oct) 2024, pp 315-328 | Recibido: 02 de julio del 2024 - Aceptado: 09 de julio del 2024 (2 ronda rev.)

1 ORCID: <http://orcid.org/0009-0005-2159-3698>

2 ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1753-2516>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El presente trabajo se centra en la incidencia de la constitución del cheque, como un instrumento doloso, para la tipificación de la estafa y su repercusión en la fe pública y el patrimonio personal. Condicionamiento que conduce a establecer las condiciones necesarias para el hecho, así como las diferencias en cuándo su ejecución debe hacérsela a través de la vía civil y cuándo por la vía penal. Determinando, en su caso, que la falta de fondos, no implica per se, el cometimiento del injusto, sino que se deriva de cómo se emitió; si el cheque fue girado cuando la cuenta corriente estaba abierta no constituye estafa, así ocurra que, cuando el beneficiario vaya a cobrarlo y no existan fondos. Tampoco lo es, cuando la entidad financiera no ha notificado al titular del cierre de la misma. En este tipo de casos, el cobro es por la vía civil en procedimiento ejecutivo o sumario. Es común la existencia de denuncias por aparente estafa, y en el libelo inicial de ésta manifiesta la supuesta víctima que ha sido “estafada” por cuanto el cheque ha sido protestado por insuficiencia de fondos. Por consiguiente, se colige que no se trata de una acción de tipo penal, sino una acción de índole civil, dado que no ha existido dolo o intención, únicamente una oportunidad de cobro. Para la tipificación de la estafa, exige una acción engañosa precedente o concurrente, que es la ratio essendi del delito, con el fin de enriquecer el patrimonio del victimario.

Palabras claves: dolo, estafa, cheque, delito, procedimiento ejecutivo.

ABSTRACT

This work focuses on the impact of the constitution of the check, as a fraudulent instrument, for the classification of fraud and its impact on public faith and personal assets. Conditioning that leads to establishing the necessary conditions for the fact, as well as the differences in when its execution must be carried out through civil means and when through criminal means. Determining, where appropriate, that the lack of funds does not imply, per se, the commission of the unjust act, but rather derives from how it was issued; If the check was drawn when the checking account was open, it does not constitute fraud, even if it happens when the beneficiary goes to cash it and there are no funds. Nor is it when the financial institution has not notified the owner of its closure. In this type of case, collection is through civil means in executive or summary proceedings. The existence of complaints of apparent fraud is common, and in the initial libel of this the alleged victim states that she has been “swindled” because the check has been protested for insufficient funds. Consequently, it can be concluded that this is not a criminal action, but rather a civil action, given that there has been no fraud or intention, only an opportunity for collection. For the classification of fraud, a preceding or concurrent deceptive action is required, which is the ratio essendi of the crime, in order to enrich the assets of the perpetrator.

Keywords: dolo, scam, check, crime, executive procedure.

Introducción

Ecuador, es testigo del incremento de denuncias por el presunto cometimiento del delito de estafa, a través del uso doloso del cheque. Esto acontece por cuanto al utilizarse bajo la modalidad de posfechado (cobro en una fecha posterior) no se permite la verificación inmediata de su validez, constituyéndose en una puerta abierta para la aparición de la estafa cometida por personas inescrupulosas, quienes aprovechando el plazo para el cobro realizan transacciones comerciales que al final terminan impagas.

La seguridad en el cobro del cheque debe ser primordial, esto para tranquilidad de las personas que realizan transacciones comerciales, y que no vean afectado su giro de negocio. Aunque en la actualidad las plataformas digitales son las más utilizadas, el cheque, aunque casi en desuso continúa siendo un medio efectivo de pago. Sin embargo, hay que acotar que existe así mismo, confusión por parte de las personas afectadas por este acto al no conocer sobre cuándo se debe aplicar el campo del derecho penal para exigir el cumplimiento de la obligación y cuándo debe hacérsela a través de la vía civil.

La problemática radica en este desconocimiento o la utilización de la vía penal para exigir al girador el cumplimiento de una acción civil, ejerciendo presión mediática ante un posible juicio que llevaría implícita una pena privativa de libertad. Considerando lo expuesto, se advirtió no solo el nacimiento de esta disyuntiva, sino también el creciente aumento del número de denuncias penales que pretenden el cumplimiento de una acción sumaria.

La situación problemática es la constitución del cheque como un instrumento doloso para la tipificación del delito de estafa y su repercusión en la fe pública y el patrimonio personal. Vistas las condiciones reales de estructura y funcionalidad de los cheques, es importante resaltar que la teoría de las funciones en el derecho penal se encuentran regidas por el imperio del principio de legalidad; es decir, sólo

la ley penal puede ser fuente formal o directa del derecho penal.

La falta o insuficiencia de fondos en un cheque, no implica *per se*, el cometimiento del delito de estafa, sino que se deriva de cómo se emitió. Es así que, si el cheque fue girado cuando la cuenta corriente estaba abierta no constituye estafa, así se dé el caso que cuando el beneficiario acuda a cobrarlo en la entidad financiera no tenga suficiencia de fondos. Tampoco constituye delito cuando la entidad financiera no ha notificado al titular de la cuenta bancaria del cierre de la misma. En este tipo de casos, el cobro debe hacerse a través de la vía civil mediante procedimiento ejecutivo o sumario dependiendo del caso.

Constituye estafa cuando, el girador emite un cheque sabiendo que la cuenta corriente está cerrada o en proceso de cierre previa notificación del banco. Así mismo, cuando el cuenta habiente anula el cheque y éste no adolece de errores de forma que pudiesen ocasionar el protesto por parte de la entidad financiera, es decir, lo realiza únicamente con la intención de evitar su cobro.

A través de este artículo nos hemos propuesto establecer las condiciones necesarias que estipulan el cometimiento del delito de estafa a través de la emisión de un cheque, así como las diferencias en el cuándo su ejecución es por la vía penal y cuándo por la vía civil.

Estableceremos los postulados y evolución histórica de las normas legales que regulan la emisión del cheque en Ecuador, para comprender su importancia dentro de las relaciones comerciales. Se determinará las causas y razones jurídicas para tipificar el cometimiento del delito de estafa, en aras de seleccionar y aplicar las vías judiciales adecuadas para ejercer su cobro.

El método de análisis histórico permitirá determinar la evolución y la transcendencia dentro de las relaciones comerciales del cheque como un instrumento de pago de curso legal; además contribuirá a discernir aquellos criterios que fundamentan el cometimiento de la estafa mediante este instrumento de pago, fijando

sus caracteres propios que los distinguen en su desarrollo temporal y espacial de otros actos civiles y mercantiles. el método exegético analítico, facilita el manejo del análisis normativo correspondiente a la regulación del uso del cheque, mientras que el método jurídico comparado permite mediante su vertiente externa delimitar aquellas semejanzas y diferencias en cuanto al delito de estafa y la regulación del cheque entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y otros foráneos.

La investigación proyectada es de tipo explicativa, en tanto se propone alcanzar un nivel de profundidad del objeto de estudio seleccionado precisando las causas que originan la aparición de la estafa. En ese sendero el estudio realizado permitirá una mejor comprensión de la dinámica expuesta.

Como conclusiones podremos visualizar que el desconocimiento de las causales para el cometimiento del delito de estafa por el uso doloso del cheque, ocasiona que gran número de las denuncias presentadas sean archivadas o no lleguen a la etapa de juicio, ya que el cobro es eminentemente civil. Así mismo, el uso excesivo del derecho de cobro presente en los profesionales del derecho, quienes mal utilizan la vía penal para exigir el cobro de una obligación civil, basados en el miedo o incertidumbre que tiene el denunciado por estar inmerso en una investigación fiscal y el temor de una pena privativa de libertad.

Consideraciones preliminares sobre el cheque y su evolución histórica.

Es bastante complicado el realizar un análisis monetario de un hecho o teoría que parte de la moral; más aún cuando lo económico mantiene displicencias con la filosofía y la forma de pensar de un grupo humano que por naturaleza es heterogéneo y no guarda similitud en sus tradiciones o cosmovisión.

Partiendo de esta premisa nace la razón del artículo, para establecer las condiciones en el cometimiento del delito de estafa a través del uso del cheque en la realidad ecuatoriana.

Si bien parte de un hecho económico que es eminentemente objetivo, lleva implícito el perjuicio al patrimonio personal¹, de la víctima, la cual confía en la buena fe de quien le entrega un cheque como medio de pago de una transacción comercial, entendiéndose las relaciones particulares, es decir, una teoría moral encaminada a la corrección de las acciones humanas y su utilidad positiva o negativa que la genera. Por consiguiente, ya no es una materia privada (acción penal privada) y se transforma en un argumento social (acción penal pública).

Sin duda alguna, es una problemática nacional si tomamos en cuenta el alto número de denuncias que se presentan en las dependencias de la Fiscalía General del Estado, por el presunto cometimiento del delito de estafa, por tal, se puede diagnosticar que el cheque en la actualidad no otorga las garantías necesarias a los usuarios de entidades bancarias que lo reciben.

Cheque, proviene de la voz inglesa “*check*” y es tanto su difusión en las relaciones comerciales que su manejo es común, inclusive dentro de personas que no tienen conocimiento técnico o científico sobre la materia. Su finalidad esencial es sustituir al dinero efectivo en las transacciones civiles. Surgió con el nacimiento del Banco de Inglaterra. En el siglo XIX se comenzó a legislar sobre el cheque y el primer código inglés es de 1852. Evolucionó rápidamente en el mundo bursátil consolidándose en la globalización económica para la satisfacción de requerimientos de pago dentro de las relaciones productivas.

En Ecuador, la legislación de 1923 (Ley 46) manifestaba que el cheque es una letra de cambio. Su normativa fue progresiva pasando por la derogada Ley de Cheques hasta el actual Código Orgánico Monetario y Financiero (En adelante COMYF), el cual, en su artículo 478 lo conceptualiza como una forma de pago por el cual el girador, con cargo al dinero que mantiene en su cuenta bancaria, dispone a esta entidad, denominada girado, que pague una suma de dinero al beneficiario.

¹ Está conformado por el acervo de bienes tanto activos como pasivos.

Según el Banco Central Europeo, el cheque está exánime en ocho países de ese continente: Países Bajos, Eslovaquia, Hungría, Polonia, Letonia, Irlanda y Suecia. En estas naciones es imposible realizar un pago a través de este medio, en virtud que ha sido remplazado por mecanismos electrónicos como son las tarjetas de crédito y/o débito y transferencias; ayudados lógicamente por el uso de una moneda común, el euro, por consiguiente, todas las transacciones se las realiza en la misma moneda no existiendo diferencia cambiaria.

“Es el instrumento que contiene una orden incondicional de pagar una determinada cantidad de dinero, a su presentación, girado contra un banco, haciendo la aclaración que girado contra un banco no es el elemento correspondiente a la naturaleza del cheque” (Macías Alvarado, 2008, pág. 87).

Por su naturaleza es una forma de pago sustituta del dinero en efectivo, que suministra la circulación de éste y la construcción y posterior ejecución de las transacciones comerciales. Su puesta en circulación en el mercado constituye un acto de comercio libre y voluntario tanto para el librador como para quien recibe el pago. El carácter de tenedor legítimo del cheque no se presume, sino que el portador debe acreditar esta calidad.

El objetivo principal del cheque es la entrega en pago de una determinada cantidad de dinero de parte del girador, el cual se encuentra disponible a su orden en una institución del sistema financiero, por ello su naturaleza de ser considerado como un instrumento de pago. Es esta institución, que paradójicamente no tiene relación contractual en la relación mercantil quien hace efectivo el pago, además tiene la prerrogativa de pagarlo o protestarlo. Es decir, esta orden no siempre constituye pago y al ser una orden incondicional, no puede estar sujeto a un plazo, ni condición alguna para su efectivización.

El girador garantiza el pago sin que pueda eximirse de esta garantía, inclusive puede presentarse en una fecha anterior a la del cobro,

sin que este hecho sea catalogado como nulo, dado que es pagadero a la vista. Es un documento formal que exige validez legal, en virtud que contiene requisitos que son indispensables y que sin ellos no se produce el efecto legal deseado.

Según lo dispone el COMYF, en el artículo 479, el cheque debe contener: 1. La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción; 2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero; 3. El nombre de quien debe pagar o girado; 4. La indicación de fecha de pago; 5. La indicación del lugar de la emisión del cheque; y, 6. La firma de quien expide el cheque o girador.

Utilización del cheque y su interrelación con la estafa.

“La economía fiduciaria está singularizada por el frecuente uso y abuso del cheque, por cuanto desarrolla una primaria finalidad colectiva al sustituir el dinero. Hay quienes aseguran que contiene un mandato y otros una autorización” (Fabra Zamora, 2013, pág. 49).

Todos tenemos el deber de evitar dañar a otras personas, y en caso de hacerlo de manera antijurídica, tenemos igualmente el deber de reparar el daño ocasionado, dando lugar a la responsabilidad subjetiva y a la responsabilidad objetiva. Siendo la primera aquella que se origina de una actuación dolosa y hasta culposa de quien la cometió (como en el caso de la estafa); mientras que la responsabilidad objetiva es aquella que se produce sin necesidad de que medie un acto doloso o culposo (como en el caso de la acción civil de cobro).

“La estafa a través del uso del cheque, motivó interés especial para la solución de la problemática, al considerarse que a través de este instrumento cambiario se articula el engaño doloso típico, no tomando en consideración la cuantía” (Suárez Montes, 1986, pág. 361).

La confusión jurídica existente entre la exigibilidad civil y penal, cuando un cheque fue

girado en cuenta abierta y carece de fondos, o cuando se lo presenta para el cobro y la cuenta bancaria está cerrada, con el cometimiento del delito de estafa en el cual predomina el dolo del autor directo, ocasiona que en la actualidad el uso del cheque sea cada vez más limitado, perdiendo la confianza dentro del comercio. Además que el plazo de presentación del cheque emitido en el país para el pago es de veinte días contados desde la fecha de su emisión (Artículo 493 del COMYF). El plazo máximo para el pago de un cheque después de expirados los veinte días es de trece meses. Mientras que la prescripción de las acciones que corresponden al portador es de seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación. La acción penal sanciona al acto atentatorio, mientras que la acción civil efectiviza judicialmente el pago del valor contenido en el cheque.

La falta o insuficiencia de fondos en un cheque, no implica *per se*, el cometimiento del delito de estafa, sino que se deriva de cómo se emitió. Es así que, si el cheque fue girado cuando la cuenta corriente estaba abierta no constituye estafa, así se dé el caso que cuando el beneficiario vaya a cobrarlo éste no tenga suficiencia de fondos. Tampoco lo es cuando la entidad financiera no ha notificado al titular de la cuenta bancaria el cierre de la misma. En este tipo de casos, el cobro debe hacerse a través de la vía civil mediante procedimiento ejecutivo,² o sumario según el caso.

El formalismo procesal radica en la predisposición ideológica del sistema, ubicándose fundamentalmente en el esclarecimiento y demostración de la antijuridicidad, así como la sanción del hecho. Se subestime la realidad del sujeto de delito; traduciéndose en una actitud psíquica del juzgador y de los intervinientes en el ejercicio de la justicia penal.

Constituye estafa cuando, el girador emite un cheque sabiendo que la cuenta corriente está cerrada o en proceso de cierre previa notificación del banco. Así mismo, cuando el cuenta habiente anula el cheque que no adolece

² El artículo 516 del COMYF, estipula que el cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo.

de errores de forma que pudiesen ocasionar su protesto, es decir, lo realiza únicamente con la intención de evitar su cobro. De igual manera, cuando a sabiendas se utiliza un cheque que ha sido reportado como robado o perdido, siendo anulado por el banco.

El estafar a través de la utilización del cheque necesita una confabulación, conspiración, ardid, engaño y dolo, en virtud que el sujeto activo, adquiere una apariencia de bienes, fingiendo un respaldo en papel moneda que se supone debería poseer al momento de girarlo.

La esencia del derecho es la identificación de las acciones cometidas por las personas que se acoplan a la definición formal de delito, las cuales están definidas por la dogmática y han sido recogidas por la legislación penal. Este concepto engloba a los elementos de conducta típica, antijurídica y culpable.

El hecho cabe dentro de un delito que atenta contra la fe privada, en contraste con los denominados contra la fe pública, en habida cuenta que la confianza se la tiene en la palabra y en los actos que debe ejecutar otra persona.

No obstante, esta individualización está en la obligación de respetar los derechos consagrados en la carta magna. Una manera de efectuarlo es haciendo que los tipos penales lleven implícitas acciones finales y que la persona al realizarlas tenga autodeterminación y responsabilidad.

“Se debe entender que las conductas humanas son prejurídicas, y cuando se tipifican en el texto legal adquieren relevancia o son típicas. Cuando las acciones son ejecutadas o materializadas en la realidad ponen en peligro o producen resultados lesivos” (Román Márquez, 2020, pág. 13).

El Código Orgánico Integral Penal (COIP, en adelante), en su artículo 186 dice que comete estafa quien para conseguir un beneficio patrimonial para sí o para otra, a través el fingimiento de hechos falsos y/o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca

a error a otra persona con el propósito de que esta última ejecute un acto que perjudique su patrimonio o el de otra persona. Además que se impone una pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En la estafa se encuentra un complemento normativo que subyace al verbo rector y responde a que quien la ejecuta tiene la voluntad o el propósito de obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, lo cual es el complemento de la acción que hace factible considerar que el sujeto activo actuó con el propósito de causar daño, que es la parte subjetiva que debe demostrarse.

“Por fraude se puede entender que es la acción o las acciones encaminadas a ocasionar un perjuicio que generalmente es económico a una persona u organización pública o privada” (López Ramírez, 2019, pág. 40). Por consiguiente, pone en evidencia la intención y propiciar daño a la víctima, a través de conductas deshonestas, por cuanto oculta vicios o prohibiciones al beneficiario.

En el cometimiento del delito existe un sujeto activo (persona que realiza el comportamiento de girar el cheque); un sujeto pasivo (titular del bien jurídico tutelado por la norma penal, quien es perjudicado en su patrimonio personal); y el objeto material (la cosa sobre la que recae la acción típica, es decir, el cheque). Produce el desplazamiento o eliminación patrimonial que el sujeto activo ejecuta, sufriendo el sujeto pasivo la disminución de sus bienes. Precediendo el engaño, el artificio y el error, a través de artimañas falaces embaucadoras y arteras.

La estructura del tipo delictual de estafa a través del cheque, está integrada por una acción y una omisión. La acción consiste en un acto positivo o una acción plasmada, y el segundo es la no existencia del dinero que se determina en el cheque. Es un delito especial que tiene su raíz en el engaño sin el uso de la violencia, sino únicamente la intelectualidad y el diseño de causar daño, aprovechándose de la buena fe de la víctima. Es decir, se configura cuando el girador

hace creer que tiene el recurso económico para comprar o cubrir una obligación mercantil, cuando en realidad no lo posee, estableciéndose la predeterminación del engaño sobre el perjudicado.

La inexistencia de fondos no constituye delito, por cuanto al ser un documento mercantil, lleva implícita su vía judicial civil, además que el COMYF sanciona al girador con una multa del 10 por ciento del valor del cheque por haber entregado uno sin fondos (Artículo 499). Se entiende la buena fe del girador el emitir un cheque posfechado, ya que se supone que iba a tener esa suma de dinero, ya que lo coloca en poder de otro, para que éste lo utilice según las finalidades propias del documento. Por consiguiente, no está comprendido en la tipicidad propia del delito de estafa.

El cierre de una cuenta corriente implica la obligatoriedad de su titular de no emitir o girar cheques en lo posterior. Pero esta prohibición no tiene efecto retroactivo, es decir, si alguien se presenta en ventanilla del banco a hacer efectivo el cheque que legalmente lo tiene y no lo puede cobrar por cuenta cerrada, no existe estafa, ya que fue girado cuando la cuenta estaba abierta, siendo su cobro la vía civil, dado que el cuenta habiente no conocía que a futuro le inhabilitarían su cuenta.

Para proceder a la inhabilitación de una cuenta bancaria, la entidad financiera debe notificar al titular de ésta dando a conocer el motivo de la decisión, sin este acto no tiene validez el cierre, dado que existe un contrato suscrito por ambas partes, por consiguiente, siguiendo las normas del proceso civil se debe notificar la terminación del contrato. Si el girador no ha sido notificado del cierre de su cuenta bancaria, no procede el cometimiento del delito de estafa, dado que no ha actuado con dolo.

Cuestiones prácticas en la realidad ecuatoriana: cheque vs. Estafa.

Es común la existencia de varias denuncias por el cometimiento del delito de estafa y en el libelo inicial de ésta manifiesta

la supuesta víctima que ha sido estafada, por cuanto ha ido a cobrar el cheque y éste ha sido protestado por insuficiencia de fondos. De lo anteriormente manifestado se puede colegir claramente que, no estamos frente a una acción de tipo penal, sino una acción de índole civil de cobro por vía sumaria del cheque, dado que no ha existido dolo o intención, únicamente una oportunidad de cobro. Esto partiendo de que el estado garantiza la libertad de las personas, al disponer que no existe prisión por deudas.

Debemos tener presente que los bancos pueden conceder a sus clientes sobregiros ocasionales en cuenta corriente sin que sea indispensable la suscripción de un contrato, y la liquidación de éstos junto con el estado de cuenta son considerados títulos de ejecución civil.

En otros casos, la víctima aduce que cuando fue a cobrar el cheque la cuenta está cerrada. Ahí lo primordial es establecer la fecha de emisión del cheque y la del cierre de la cuenta, en virtud que, si se giró el documento cuando la cuenta estaba abierta no existe estafa, dado que la notificación del cierre de la cuenta debe hacérsela al titular.

“Si el girador ha emitido cheques después de cerrada la cuenta pero antes de recibir la notificación pertinente, en este caso no hay delito alguno, y tiene lugar el regreso por falta de pago” (Macías Alvarado, 2008, pág. 142).

La Corte Nacional de Justicia, en el proceso penal Nro. 0022/2010, en sentencia determinó que el giro del cheque en cuenta cerrada no es estafa cuando el girador desconocía el cierre o inhabilitación de su cuenta bancaria. Agregando que no se ha violado la ley ni se ha contravenido a su texto, no se ha hecho una falsa aplicación de la ley ni se ha interpretado erróneamente a ésta.

Pero, si el girador conocía que su cuenta corriente está cerrada (por notificación anterior del emisor) y gira el cheque, existe el cometimiento del delito de estafa, por cuanto actuó a sabiendas que causaba un daño al patrimonio personal del beneficiario.

En este caso, el núcleo del delito está en el actuar del girador, ya que existe una voluntad delictuosa al hacer caso omiso de la notificación efectuada por el banco emisor. Ahí deviene la acción penal que es el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo un derecho.

Cuando es utilizado un cheque para pagar una obligación mercantil o la base de un empréstito y éste no tiene la fuerza de cobro inmediato que se requiere para el efecto, aparece jurídicamente la afectación patrimonial a un tercero, que constituye el ardid o engaño propio del dolo, por tal, se tipifica la acción antijurídica de la estafa.

El COIP en el artículo 26 expresa que quien a sabiendas de los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta la conducta de forma voluntaria, actúa con dolo.

El dolo directo o de primer grado se produce cuando el sujeto activo planifica un hecho y lo ejecuta, existiendo coincidencia entre el elemento volitivo y el cognitivo. Mientras que el solo de segundo grado o de consecuencias necesarias, se ocasiona cuando el sujeto activo conoce que para la realización de un acto es imperativo la producción de una consecuencia adicional ligada o unida al resultado, por tal, asume las consecuencias derivadas del hecho cometido.

El engaño es una falta a la verdad, de lo cual se busca distorsionar la realidad. En el caso que nos preocupa es el uso de los cheques, debiéndose probar de manera fehaciente el cómo se ha configurado los elementos constitutivos del tipo penal de estafa.

La Corte Nacional de Justicia, en la sentencia dentro del juicio Nro. 05283-2015-01966, manifestó que la estafa es un delito eminentemente doloso inexistente de culpa, requiriendo el conocimiento y voluntad del sujeto activo para alcanzar la finalidad propuesta, esto es, el ánimo de lucro para tener una ventaja patrimonial.

Hay responsabilidad penal por el uso del cheque cuando se lo utiliza de modo doloso y cuando se lo gira de forma ilícita, siempre que haya la intención de afectar a otra persona, quien realiza el desembolso de cualquiera contraprestación a cambio del mismo.

El girador opera dolosamente cuando conoce que el cheque no va a ser pagado por estar la cuenta corriente cerrada y pese a ello lo gira, estableciendo una supuesta apariencia de fondos económicos, pues, para su configuración demanda de una confabulación que se aprovecha para engañar con la presumida pretensión del capital.

El cheque entregado al sujeto pasivo como resultado del engaño de que éste ha sido objeto, es el resultado material externo del delito, y por tanto, es un elemento objetivo en la estructura de la adecuación típica. Posee una existencia diferente en el tiempo de la conducta.

En estos casos eminentemente comerciales o mercantiles se torna más complejo para el girado desconfiar del girador, debido a que existe un contacto físico entre las partes, generándose una especie de atmósfera de tranquilidad y confianza. Muchas veces el injusto penal es cometido por personas que no tienen aspecto de estafadores, sino que son bien vestidos, aparentan bonanza económica y en sí, diferentes actos que contribuyen a una supuesta solvencia.

Puede ser utilizado como medio comisivo de la estafa tanto por el librador como por el tenedor de mala fe (si está endosado³), siempre que no pueda ser cobrado por cualquier causa, es decir, se miente al sujeto pasivo en el sentido de que el cheque es legal y puede ser recaudado cuando se lo presente al banco girado, y como derivación de este engaño, consigue la entrega de la cosa objeto de la transacción con el ánimo de apropiársela.

Se puede cometer estafa en relación a la emisión del cheque: 1. Cuando se lo libra en

³ El endoso según el Artículo 485 del COMYF, es la transmisión de un cheque a la orden mediante una fórmula escrita en el reverso del documento. Es puro y simple y se puede realizar endoso hasta por tres ocasiones.

cuenta cerrada. 2. Cuando se lo llena dolosamente con defectos de forma, para que el banco girado rechace el pago, como cuando se estampa una firma y rúbrica diferente a la registrada en la entidad financiera. 3. Cuando está antedatado, es decir, con fecha que determina el vencimiento del plazo de presentación o la caducidad. 4. Cuando una vez librado se lo reporta como perdido o robado ante banco emisor. 5. Cuando lo endosa a sabiendas que no puede ser cobrado.

El elemento material es la emisión del cheque y el elemento subjetivo es el conocimiento del cierre de la cuenta, por consiguiente, la intención fraudulenta de causar daño.

La estafa es una concatenación de hechos y acciones que tienen relación causal entre sí. El empleo de medios tramposos para hacer creer en la preexistencia de hechos, o para aprovecharse de la credulidad del ofendido en el giro del negocio, surgiendo posteriormente en el afectado un error concluyente, finalizando en la disposición patrimonial.

Con la estafa se pretende apropiarse del patrimonio personal de los demás, teniendo como preludeo la comunicación entre las partes, como una especie de confraternidad (De ahí nace la confusión inclusive con el delito de abuso de confianza), lo que ocasiona que el victimario conozca las necesidades de la víctima y se aproveche de ello.

La estafa exige una acción engañosa precedente o concurrente, que es el *ratio essendi* (razón de ser) del delito, con el fin de enriquecer el patrimonio del victimario, existiendo además la voluntad suficiente para provocar un error esencial de la víctima, quien realiza un desplazamiento patrimonial. Mientras que el estafador incrementa su patrimonio personal de manera ilícita obtenido fuera del ámbito legal, no constituyéndose únicamente en dinero en efectivo, sino en maquinaria, bienes muebles e inmuebles, semovientes, etc. es decir, lo adquirido en base al engaño a través del cheque.

“Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien

que nace del delito; y en este exceso de mal, debe calcularse la inhabilidad de la pena” (Beccaria, 2009, pág. 56).

Según nuestro COIP, la finalidad de la pena es la prevención general para la comisión de delitos y en ningún caso el aislamiento y neutralización de las personas.

La *notitia criminis* es el conocimiento espontáneo o provocado de la comisión de un hecho considerado como delito por la entidad encargada de la investigación del delito. La denuncia constituye el presupuesto para el inicio de una investigación penal. Basta la denuncia para activar todo el aparato estatal en la investigación de un supuesto ilícito, que en ocasiones está mal planteado y obedece a un asunto meramente civil.

Las diligencias preliminares son una subfase donde fiscalía con apoyo de policía nacional realizan los actos de investigación que son urgentes e inaplazables. No todos los actos cumplen esta premisa ya que no poseen la misma trascendencia en el esclarecimiento de los hechos. Para el caso que nos preocupa, es un acto urgente el documento bancario que certifique la fecha de cierre de la cuenta corriente, así como la certificación del Consejo de la Judicatura sobre la existencia de una demanda civil con los mismos sujetos procesales.

Prejudicialidad y carga probatoria.

Un factor importante que se puede producir en este tipo de procesos judiciales es la aparición de la prejudicialidad, la que aparece cuando la persona intenta ejercer su derecho al cobro del cheque a través de la vía civil y penal. Ésta es definida en el Art. 414 del COIP cuando establece que si la acción penal depende de cuestiones que han sido presentadas por la vía civil, no se puede iniciar el proceso penal (Instrucción Fiscal), hasta que exista auto o sentencia que resuelva lo interpuesto en el campo campo.

Es decir, cuando el poseedor del cheque tramita por vía sumaria el cobro del documento

y luego presenta el reclamo a través de denuncia penal en fiscalía. En este caso no se puede iniciar el proceso penal (Instrucción Fiscal), mientras no se resuelva el ámbito civil.

No siempre la acción penal puede constituirse libremente, en ocasiones el cumplimiento previo de condiciones y parámetros obligan a que sean resultas con anterioridad.

La prejudicialidad civil existe “Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente” (ESPASA, 2001, pág. 1147).

Esto es para evitar que el actor de modo malicioso y abusivo impida el ejercicio de la defensa jurídica técnica al tener que comparecer a varios procesos que nacen de una misma causa, y en la cual se podrían emitir diferentes resoluciones sobre el mismo asunto.

No sólo debe efectuarse un análisis de la materialidad de la infracción, sino que se debe clarificar los elementos constitutivos, para establecer la diferencia entre la tramitación por vía civil o penal. Es decir, debe también ahondarse en los parámetros del engaño, porque si se trata de un incumplimiento de un préstamo realizado por la presunta víctima, no existe engaño, sino un empréstito de índole civil. Es imperativo que se evidencie la voluntad y la conciencia con la que se realizó la acción.

“La carga de la prueba no es más que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso”. (Urbano Martínez, 2021, pág. 234). En la práctica judicial, quien afirma que un hecho es verdadero, ya sea para acusar o para defensa, tiene la obligación de probar la verdad de sus afirmaciones, aunque existen hechos que pueden probarse sin consideración a quien aporta la prueba. En otras palabras, la carga probatoria de una parte procesal puede beneficiar a la otra.

Según lo estipulado en el Art. 453 del COIP, la prueba tiene como finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos

y circunstancias de la infracción, así como la responsabilidad de la persona procesada.

Dentro de los elementos de convicción o prueba, dependiendo de la etapa procesal, existen los testimoniales y los documentales. Para el caso materia de este análisis, los testimonios tanto de la víctima, procesado y/o testigos, lo único que corroboran es la existencia de una relación comercial o mercantil entre ambos sujetos procesales, mas no la existencia del dolo. Mientras que la documental tiene un rol importantísimo en el delito de estafa a través del uso del cheque, en virtud que la contestación emitida por la institución financiera al requerimiento fiscal, sobre la fecha de notificación al titular y cierre de la cuenta corriente, así como la fotocopia certificada del microfilm del cheque presentado en ventanilla, constituye prueba irrefutable de la existencia del dolo.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), como norma supletoria del COIP, dice en su artículo 207 que el documento público agregado al proceso con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente adecuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho proceso.

La investigación del delito y sus repercusiones es un proceso ordenado, cronológico, dirigido, practicado, incorporado y sistemático, orientado a la adquisición del conocimiento sobre un determinado hecho denunciado y por el cual se ha activado el aparataje estatal judicial con la finalidad de indagar sobre la realidad y su posterior sanción.

La Fiscalía General del Estado, como titular de la acción penal pública, debe descubrir, recoger, practicar e incorporar los medios de convicción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la real participación del procesado. No se trata de una investigación libre, sino de un proceso que se rige por los preceptos y principios constitucionales (Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva), así como por reglas que delimitan la adquisición del conocimiento. Queda fuera del contexto el enunciado intrínsecamente dogmático, entendiéndose por tal aquel que

manifiesta poseer una verdad autoevidente, sino que debe orientarse a la probabilidad y grados de ésta.

Para que la investigación fiscal pueda ser considerada como efectiva, tiene que ser capaz de conducir a la determinación de los hechos del caso y la identificación de los causantes del injusto. Consistiendo en la presencia de medios, no de resultados, debido a que en la Audiencia de Juzgamiento se practican las pruebas, sustentar los peritajes, recepción de testimonios ya no de versiones sin juramento, lectura de documentos y demás medios anunciados.

En relación al error de tipo y error de prohibición se la dicho:

Si el error o ignorancia impide comprender la criminalidad del acto porque no se puede concebir que en ese estado se tenga el fin de cometer un delito, nos encontramos frente a un error de tipo, pero si el error o ignorancia impide comprender la criminalidad del acto sin eliminar el fin de cometer un delito determinado, tendremos un error de prohibición. (Zambrano Pasquel, 2017, pág. 230).

El error de tipo establece la inexistencia del dolo, cuando existiendo el tipo penal, desconoce o es equivocada su sabiduría sobre los elementos requeridos. Recae sobre los elementos objetivos del tipo; su desconocimiento no excluye el dolo (Es decir, no cabe el manifestar que no conocía que girar un cheque en cuenta cerrada es delito). Se produce en elementos esenciales y accidentales, los primeros son vencibles o invencibles, vencibles cuando se pudo evitar (No girando el cheque), y son invencibles cuando no se pudieron evitar (En este caso no amerita porque se actúa con voluntad y planificación). Los elementos accidentales son aquellos que agravan la pena (Reincidencia por ejemplo).

El error de prohibición es relacionado a la culpabilidad y no a la tipicidad. Existen dos tipos de culpa penal, la consciente o con representación y la inconsciente o sin representación. La primera es cuando no se quiso causar el daño pero se lo realizó, mientras que la segunda es que ni

siquiera se prevé la posibilidad de que el acto se ejecute y sus repercusiones.

En el Ecuador, lamentablemente el número de denuncias y casos que llegan a judicializarse producto de estafas cometidas a través del uso del cheque van en aumento. Son innumerables las transacciones comerciales que se ven truncadas por la falta de pago de los cheques y del engaño a haber sido girados en cuenta cerrada o reportados como perdidos o robados una vez emitidos. Esta realidad ha provocado que cada vez se utilice menos y se confíe menos en los cheques, puesto que para ser cobrados por vía judicial ya sea civil o penal es un proceso extenso y tedioso que termina fastidiando a los comerciantes quienes tienen retenidos sus dineros que forman el capital de sus negocios o empresas.

Se evidencia que el cheque como título valor es poco efectivo al momento de recibir consignaciones mercantiles, por cuanto no es posible la verificación en la presentación, así como su procedencia o solvencia de la cuenta de la que se origina, produciendo que sea utilizado por personas inescrupulosas como mecanismo de estafa.

Así mismo hemos evidenciado que por desconocimiento de las defensas técnicas se plantean en vía judicial equivocada el cobro del cheque y después de un proceso judicial extenso se termina archivando o ratificando la presunción de inocencia al no existir estafa por parte del girador.

Presentar una denuncia y por tal iniciar una investigación fiscal por el presunto cometimiento del delito de estafa, cuando el cheque ha sido protestado por insuficiencia de fondos, constituye una falacia jurídica, ya que se pretende utilizar la vía penal para la ejecución de un asunto que debe ventilarse por vía civil; es un engaño al sistema judicial ecuatoriano y utilización infructuosa de recursos públicos. Alegar que es cierto todo un hecho sólo porque una parte lo es, constituye una falsedad, ya que el cheque por sus características no siempre exige una ejecución por vía penal.

Imposibilidad de conciliación.

Si bien la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 190, reconoce los métodos alternativos para la solución de conflictos. Para el presente caso debemos atenernos estrictamente a lo que estipula la ley especial, es decir, el COIP.

La principal limitación está en la limitación a los delitos de acción penal pública que comprometen el interés social y en los delitos de violencia sexual. Es una restricción imperativa ya que en momentos la intención de solucionar está expuesta a otros discernimientos que hacen que las cosas se enmarañen por múltiples factores ajenos a la misma voluntad.

Varias ocasiones los denunciantes manifiestan que fue cubierta la obligación y desisten de continuar la acción penal. De estar en la etapa de investigación previa, podría el fiscal archivar el caso por la causal tercera del artículo 586 del COIP, que es la existencia de algún obstáculo legal insubsanable para el inicio del proceso penal; pero esto no sucede si ya existe proceso penal, es decir, instrucción fiscal.

Por este mismo desconocimiento en ocasiones nos encontramos frente a una laguna legal. La estafa es un delito sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años, por tal, no es susceptible de conciliación o método alternativo de solución de conflictos. Si se formula cargos contra el girador, independientemente del monto del cheque (alto o bajo), los sujetos no pueden conciliar.

El Artículo 663 numeral primero del COIP, es claro al manifestar que la conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

Como no existe posibilidad de conciliación, el Agente Fiscal aunque quisiese no puede emitir dictamen abstentivo a favor del procesado, si consta dentro del cuaderno fiscal la documentación remitida por la entidad financiera donde consta que la cuenta corriente

ha sido cerrada con anterioridad a la emisión del cheque. Por tal, debe existir auto de llamamiento a juicio, debido a que tal y como lo señala el artículo 12 numeral 2 del COIP, los tipos penales se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

Epílogo.

El derecho consiste de manera fundamental en discutir, entendiéndose por tal la capacidad para idear y manejar tesis legales con habilidad. Sin embargo, existen profesionales que no conocen la teoría de la argumentación jurídica, razón por la cual de manera equívoca presentan una denuncia penal, cuando lo correcto es la vía civil, al no manejar la producción de normas o fundamentos de derecho.

La seguridad jurídica instituye el máximo respeto a las normas preestablecidas en la Constitución de la República, las cuales protegen los derechos de las personas, es decir, constituye la certeza del derecho con relación a las garantías instituidas por el Estado para impedir la vulneración y quebrantamiento de los derechos.

Con esta breve explicación de cuándo se comete el delito de estafa por el uso doloso del cheque, esperamos que la ciudadanía se empodere de su rol comercial y conozca la vía judicial correcta para su ejecución.

Conclusiones.

El cheque es un instrumento de pago válido, legítimo y jurídico, aunque cada vez más en desuso en las transacciones comerciales, su utilización se encuentra en el Ecuador debidamente estipulada en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

El cometimiento del delito de estafa afecta directamente al patrimonio personal de una persona y lleva imperativamente la existencia del dolo directo, no existiendo culpa, en virtud que se planifica con anterioridad el ardid o engaño por parte del victimario en contra de la víctima quien confía en la buena voluntad y fe del girador del cheque.

La insuficiencia de fondos no constituye el cometimiento del delito de estafa. En este caso sería únicamente una acción de cobro. Para que exista el cometimiento del delito de estafa el cheque debió ser emitido cuando el girador conocía que su cuenta bancaria estaba cerrada. En este caso la entidad financiera debió notificar al titular de la cuenta con esta sanción administrativa.

El desconocimiento por parte de la defensa técnica del afectado, ocasiona que se active el aparataje judicial estatal en materia penal, cuando en realidad se trata eminentemente de un asunto civil; para lo cual hacen uso de falacias jurídicas al aseverar como cierto un hecho alejado de la verdad.

Bibliografía

- Beccaria, C. (2009). *De los delitos y las penas*. Quito - Ecuador: Maxificado.
- Castillo Álava, J. (2023). *El derecho a la prueba en la Investigación Preparatoria*. Lima - Perú : Instituto Pacífico.
- Código Orgánico General del Procesos. (2023). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2023). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. (2023). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2023). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Nacional de Justicia, 0022-GG-2010 (02 de marzo de 2010).
- Corte Nacional de Justicia, 05283-2015-01966 (31 de mayo de 2018).
- ESPASA. (2001). *Diccionario Jurídico*. Madrid - España: ESPASA.
- Fabra Zamora, J. (2013). Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. *La filosofía de la responsabilidad civil*, 21 - 120.
- López Ramírez, M. (2019). *Aspectos legales y comerciales de la consignación de*

*cheque en canje como medio de estafa
en Colombia.* Barranquilla - Colombia:
Universidad de la Costa.

Macías Alvarado, V. (2008). *La utilización
dolosa del cheque en la legislación
ecuatoriana.* Portoviejo - Ecuador:
Editorial Jurídica L&L.

Román Márquez, Á. (2020). El delito
imprudente. *I Congreso Internacional de
Teoría del delito*, 12 - 27.

Suárez Montes, R. (1986). Concurrencia de
cheque en descubierto y estafa. 360 -
380.

Urbano Martínez, J. (2021). *¿Dudar y
condenar?* Bogotá - Colombia :
Universidad Externado de Colombia.

Zambrano Pasquel, A. (2017). *La imputación
objetiva: Opúsculos penales y
constitucionales.* Quito - Ecuador:
Murillo Editores.