

DR  
/0033



EL CHEQUE Y LA ESTAFA

YURIS ARIZA REYES  
FEINER ALFONSO RIVERA PEREZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	1
1. HISTORIA DEL CHEQUE	3
1.1 DEFINICION DEL CHEQUE	6
1.2 IMPORTANCIA DEL CHEQUE	8
2. REQUISITOS DEL CHEQUE	13
2.1 REQUISITOS INTRINSECOS DEL CHEQUE	14
2.1.1 El nombre del banco librado	14
2.1.2 La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero	14
2.1.3 La indicación de ser pagadero a la orden o al Portador	15
2.1.4 La mención del derecho que en el titulo se incorpora	16
2.1.5 La firma de quien lo crea	16
2.1.6 Lugar de expedición	17
2.1.7 La fecha de expedición	18
2-2 REQUISITOS ESENCIALES DEL CHEQUE Y SU CONCRECION EN FORMATOS ESPECIALES	20
2.3 REQUISITOS FORMALES DEL CHEQUE	21

2.3.1 Número de orden	21
2.3.2 Especificación de las plazas donde se ha girado o donde se debe pagar	21
2.4 REQUISITOS PARA PODER EMITIR CHEQUE	21
2.41 Relación de provisiones	22
2.4.2 Autorización para librar cheque	22
2.5 EL PROTESTO DEL CHEQUE	23
3. FORMAS DE CHEQUE	27
3.1 CHEQUES ESPECIALES	27
3.1.1 Cruzados	27
3.1.2 Cheques para abono en cuenta	28
3.1.3 Cheque de gerencia	29
3.1.4 Cheque certificado	29
3.1.5 Cheque con provisión garantizada	32
3.1.6 Cheque viajero	33
3.1.7 Cheques fiscales	36
4. EL CHEQUE POSDATADO	39
4.1 EL CHEQUE ANTEDATADO	44
4.2 EL CHEQUE ENTREGADO EN GARANTIA	45
5. LEYES DE PROTECCION PENAL EN COLOMBIA	47
5.1 DECRETO 1135 de 1.970	49
5.2 ARTICULO 357 DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO	55
CONCLUSION	56
BIBLIOGRAFIA	57

## INTRODUCCION

En la presente investigación, hicimos un estudio pormenorizado de lo que es el cheque en materia penal. Con ello pretendemos contribuir, así sea en mínima parte en el esclarecimiento de los problemas que suscita el cheque desde el punto de vista criminal.

Este trabajo es de suma importancia, lo hemos realizado en forma didáctica y comprensible, estableciendo un parangón entre las antiguas disposiciones sobre esta materia, y los contenidos en el Código Penal vigente, plasmado en el Artículo 357, además de hacer énfasis sobre las diversas doctrinas, jurisprudenciales que se constituyeron en el fundamento para que en la actualidad esté rigiendo el mencionado Artículo del actual Código Penal Colombiano.

Hacemos resaltar la diferencia, entre diversas figuras delictivas, originadas en el giro irregular de cheques, ya que esta conducta puede configurarse en estafa o falsedad desligadas del Artículo 357 C.P que contempla para la configuración de este delito solamente dos eventos: Falta o insuficiencia de fondos y la orden injustificada de no pago.

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

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

## 1. HISTORIA DEL CHEQUE

A pesar de que el cheque es un documento de reciente creación tiene antecedentes remotos. Pero no se puede fijar con precisión la aparición de esos antecedentes. Alberto S. Millán escribe al respecto en su obra "El Cheque en la legislación penal". Alberto Perrot, Buenos Aires, 1958 # se atribuye generalmente a los mercaderes judíos el más remoto antecedente del cheque; más adelante agrega "El transporte de oro entre los alejados puertos que tocaban los fenicios significaba un aumento a veces considerable de las cargas y la irresponsabilidad de la destrucción de la riqueza cuando los navíos naufragaban o eran apresados por corsarios, lo que no era insólito tanto para evitar estos riesgos como para aumentar en su favor la circulación de moneda, los comerciantes comenzaron a lanzar documentos en los que constaba la posesión de oro en manos del emisor.

Algunos tratadistas sostienen que el origen del cheque se halla en Atenas apoyándose en un texto de Isócrates. Caillemer entre otros, considera que las condiciones esenciales del contrato de cambio designado bajo el nombre de "cambium trajectitum".

Potnier lo definió como un contrato por el cual "Yo he de dar o me obligo a dar, cierta suma de dinero en un lugar determinado a cambio de una suma de dinero que otros se obligan a entregarme en lugar distinto". Este sería el remoto antecedente del contrato de cambio.

Otros autores encuentran su origen en Roma deduciéndolo de escritos hechos por Cicerón, Terencio y Plauto y afirman que lo emplearon en sus relaciones con sus clientes bajo el nombre de "Prescriptio" o "permutatio" es indudable que en la antigüedad, fué practica extendida depositar dineros en personas de confianza a quienes el depositante daba instrucciones para que entregara algunas sumas en numerario a terceros pero como sostiene Bouteron estos documentos no tenían las características del Cheque Moderno porque en ellos faltaba la "Cláusula a la orden" que es esencial para considerarlos como cheques; durante la Edad Media, tuvieron general aceptación unos documentos que tenían la forma de libranza o asignaciones del depositante sobre el depositario y que no eran sino simples mandatos de pago pero no es posible deducir que en realidad tuviesen el carácter de cheques.

González Bustamente anota: " Creemos que el cheque tuvo su cuna en Inglaterra y que este término se ha- empleado allí desde 1.640.

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

Desde el siglo XII, los reyes Ingleses expedían órdenes de pago contra su tesorería, documentos llamados exchequer-Bill, de donde provino la palabra Check y el nombre de cheque con el cual se distingue actualmente este título valor. No obstante estos documentos, lo mismo que el contaduría banco utilizado por los Venecianos en el siglo XII, no son sino los precursores del cheque actual.

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

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

### 1.1 DEFINICION DE CHEQUE

Es un título valor impreso en formularios bancarios, contenido de una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, dirigida por una persona llamada girador contra una entidad bancaria (librado) y pagadero a su presentación.

Del concepto anterior se desprende que en la formación del cheque intervienen tres sujetos: el girador, o sea quien

suscribe el cheque, el librado siempre, tiene que ser un banco. Art 712 Código de Comercio y el tomador o beneficiario, que es la persona en cuyo favor el banco librado debe cumplir la orden de pago.

El cheque es esencialmente un instrumento de pago, así se deduce sin posible equívoco de lo mandado en el art. 711 del Código de Comercio del 718 ibidem- y el acervo doctrinario jurisprudencial vigente sobre esta materia de universal dominio, al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de junio de 1.969, expuso: "Si la moneda, como generalmente se define, es ante todo un medio de cambio o de pago y si los depósitos desempeñan un papel análogo, es obvio concluir, que los cheques creación del sistema bancario son moneda equivalente o sucedánea de la misma.

En época de la ley 46 de 1.923, no se diferenciaba la letra de cambio con el cheque, se confundieron, por cuanto no se tenía en cuenta que el cheque es un instrumento de pago, sustitutivo de la moneda o equivalente o sucedáneo de la misma y por lo tanto no es en la forma sino en la sustancia donde radica la diferencia.

Martínez Ravé anota: "El cheque denominado" el documento del siglo", por haber permitido un movimiento ficticio que evita el desplazamiento material o físico del dinero, tiende

a ser protegido en su emisión, circulación o confianza.

Su entidad muy cercana a la del dinero, supera la de otros títulos valores que no alcanzan a tener la agilidad, rapidez y dinamismo del cheque. Por eso se ha impuesto en las diferentes legislaciones mundiales la necesidad de establecer protección suficiente a la confianza que debe existir para que circule fácilmente.

## 1.2 IMPORTANCIA DEL CHEQUE

El cheque es de vital importancia en el desarrollo económico de los países, porque facilita y agiliza las transacciones comerciales e infunde confianza en ellas, este título valor sirve para poner en circulación grandes capitales que de lo contrario serían riquezas muertas; que traslada a los bancos el servicio de caja, pues mediante el cheque se puede manejar el dinero evitando los riesgos de robo, pérdida e incendio, etc.

Creemos acertada la opinión de brosetas Pont, sobre la importancia de los títulos valores, cuando citado por Quintero Ospina, anota: "Su importancia económica se comprende pensando que en los títulos valores (acciones y obligaciones) se materializan las grandes fortunas personales, se ejerce el control económico por los grupos financieros detentadores del poder económico nacional e internacional y se hace

posible el recurso al mercado de capitales indispensables para una adecuada explotación de las actividades mercantiles e industriales en una economía moderna.

Además el cheque es un medio de pago que no genera inflación, o por lo menos no lo genera en igual grado, a diferencia de lo que ocurre con el billete del banco porque se supone que el billete de banco está respaldado por oro metales preciosos o divisas y como en la práctica ésta no es así, el aumento de las masas monetaria en billetes y monedas sin respaldo genera cada vez una mayor desconfianza pública. Se suben los precios, aparece la inflación y baja la cotización en el cambio internacional. El cheque no tiene que estar respaldado más que por dinero y el origen de ese dinero no interesa a la hora de emitirlo; la única desconfianza que genera, es la de que no esté garantizada por una debida provisión de fondos; pero esto, con el tiempo puede superarse.

Por otra parte, produce una concentración de capitales en los Bancos, que estos canalizan hacia la inversión, estimulando el comercio y la industria, a la vez que el ahorro sobre todo, en situaciones no inflacionarias este hecho crea nuevas fuentes de riqueza y beneficia a la economía en general y a la prosperidad de un país.

Al cheque se le considera como un instrumento de pago, se equipara al papel moneda porque en las relaciones comerciales es aceptado de esta manera, por lo cual la ley se ha venido preocupando permanentemente por darle a este importante documento una debida protección y en materia penal en el art- 357 de nuestro código se contempla el delito cometido con este instrumento.

Siemens con mucho acierto afirma: El que expide letra de cambio necesita dinero, el que expide un cheque tiene dinero. Porque el cheque es dinero, constituye lo que los economistas llaman "Dinero Bancario" y si se extendiera su utilización en lugar de restringirla, como aparece ser la política actual del Gobierno y sobre todo en los Bancos, que exigen muchos requisitos para abrir una cuenta corriente, podría reducirse la circulación de los billetes, disminuyendo así la inflación, en lugar de utilizar otros sistemas, como las operaciones de mercado abierto, la subida de las tasas de interés y la política de encajes que a la larga producen una recesión económica estimulando la apertura de cuentas corrientes, se estimula la utilización del cheque; tras una oportuna propaganda, inteligentemente dirigida, puede fomentarse la confianza en este título valor y los depósitos que genera, canalizados hacia la inversión en el comercio y en la industria, contribuyen al desarrollo tan necesario en el país.

La masa monetaria de un país puede verse así multiplicada por tres o hasta cinco veces el total de billetes y monedas en circulación de hecho, el cheque es el medio de compensación por excelencia y sin él sería imposible poder efectuar el pago de todos los instrumentos girados; la cámara de compensación extingue muchos créditos y deudas por medio de simples anotaciones contables y por diferencias, compensadas por el giro de nuevos cheques que hacen los bancos para saldar sus mutuas deudas, en un talonario especial, correspondiente a una cuenta que todos ellos tienen en el Banco de la República diariamente se pagan por compensación todos los cheques que se consignan contra distintos bancos y para ello no hay que hacer desembolso alguno en efectivo.

Quintero Ospina anota: "Dos son los fines económicos que principalmente se consiguen con el uso de los cheques en las naciones donde son conocidos, particularmente en Inglaterra y en los Estados Unidos de América: Primero poner en circulación el numerario metálico o fiduciario que pendiente de inversión, conservan los particulares improductivos en sus cajas, con ventaja de éstos para la riqueza general del país; segundo, disminuir el trasiego de la moneda metálica o fiduciaria, dentro de la misma población y de una plaza u otra, - ya haciendo las veces de billete de banco, ya facilitando la liquidación

de deudas y créditos ciertos y efectivos que tengan entre si varios comerciantes o banqueros, compensándose mutuamente los cheques que se hallan expedidos en favor de uno con los que resulten girados contra el mismo, por la mediación de ciertas oficinas o establecimientos creados al efecto.

## 2. REQUISITOS DEL CHEQUE

El tratadista Ramiro Rengifo sostiene: El cheque es un título valor eminentemente formal así se sucede del art 620 c de c'. Eso significa que para que para poder hacer efectiva la exacción de la cantidad que en el consta, el título debe contener los requisitos a que hacen relación los arts 621 y 713 del c. de c. los cuales deben concurrir en los formularios a que se refiere el art 712 c de c los que a su vez se constituyen en un requisito esencial para la existencia del mismo.

En el cheque deben distinguirse los requisitos intrínsecos y extrínsecos esenciales y naturales.

Tiberio Quintero Ospina afirma: Por ser el cheque un título de contenido crediticio art. 619, 721 y 821 del c. c; hace parte de los instrumentos obligacionales, puesto que incorporan un derecho de crédito, vale decir exclusivamente pagar una determinada cantidad de dinero. Este tratadista separa los "requisitos del cheque en : esenciales y formales. Creemos acertada la determinación de Ramiro Renfigo,

por el cual estudiaremos los requisitos extrínsecos del cheque.

## 2.1 REQUISITOS EXTRINSECOS DEL CHEQUE

2.1.1 El nombre de banco liberado. Los cheques solo pueden ser liberados contra un banco, pues solamente a estas instituciones ha dado el legislador la Facultad de abrir a terceros cuentas corrientes bancarias a través de las cuales, y únicamente a través de ellas, pueden liberarse cheques. La práctica bancaria del país acostumbra imprimir formatos o módulos de cheques en donde ya el nombre del banco aparece impreso, pero nada se opone a que el nombre sea puesto por quien lo extiende en el caso de que por ejemplo se omitiera, en la impresión de los formatos, aquel nombre.

2.1.1 La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. Mediante el cheque el librador dá una orden al librador para que le pague al tenedor del título la cantidad de dinero que en él se especifica, esa orden tiene que ser incondicional. El librador puede darle esa orden al banco, porque previamente a la expedición del cheque, librador y librado han celebrado el contrato de cuenta corriente en virtud del cual el librador queda autorizado para consignar en el establecimiento bancario prudencia piden confirmación del

cheque cuando alguna de las discrepancias anteriores se presentan en un título valor.

2.1.3 La indicación de ser pagadero a la orden o al portador  
Los cheques como cualquier otro título valor pueden ser expedidos a la orden o al portador (art 651 y 668 del c de c) no se encuentra norma alguna en la legislación colombiana que permite decir que pueden existir cheques nominativos.

Si el cheque ha sido expedido "a la orden" a nombre de persona determinada será siempre a la orden. En caso contrario será el portador aunque no se identifique aquí con la expresión "al portador" Art 668 c de c, no contiene la legislación colombiana actual, como si ocurría en la ley 46 de 1.923, art 13 numeral 2; la Superintendencia Bancaria ha emitido concepto sostenido que el título era al portador, una opinión más asidero legal puede ser la de que el título es a la orden hasta tanto la persona determinada a cuyo nombre fué extendido el cheque no lo endose al portador la base legal sería el art 630 del c.c que estatuye que el tenedor de un título valor no podrá cambiar su forma de circulación sin el consentimiento del creador del título. La expresión "a la orden o al portador" puesta en un cheque significaría que el creador está autorizando al tenedor del mismo para cambiarle su ley de circulación hasta tanto él no lo haga mediante un endoso al portador, el título será

siempre a la orden.

2.1.4 La mención del derecho que en el título se incorpora art 621 c de c . Este requisito parece insinuar la necesidad de la expresión "cheque" en el formato, sobre el cual se crea, se cuestiona si debe necesariamente utilizarse dicha palabra. El hecho concreto se presenta en la práctica bancaria donde los formatos no contienen dicha expresión, no obstante lo cual su redacción, su papel y en general, su identificación no dejan lugar a dudas en cuanto a su calidad de cheque, nadien duda, en frente de uno de esos módulos y otro redactado por un particular, que el primero es un cheque y el segundo no, también podría interpretarse este numeral diciendo que él se refiere al derecho de pago de una suma de dinero de hecho hoy ya los bancos imprimen en los formatos la palabra cheque.

2.1.5 La firma de quien lo crea. El art 826 del c.c en su inciso segundo dice: "por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal".

Esta es la persona que da la orden al banco con quien tiene una relación previa que le permite el giro de cheques y quien a la vez promete al tomador del título que si el

banco no atiende su orden, él le pagará el valor que consta en aquel, por razones de seguridad a veces se acuerda entre el librador y el librado que el primero, además de su firma agregará en el cuerpo del título alguna seña especial impresa mecánicamente, en tal caso debe afirmarse que la firma es completa cuando concurren tanto la firma propiamente tal como el aditivo mecánico.

También en materia de cheque se puede dar la firma del librador a través de su representante o en general por un autorizado. La autorización debe hacerse constar previamente en la oficina del banco en donde ella se registra para efectos de la posterior confrontación.

2.1.6 Lugar de expedición. El lugar de expedición es de vital importancia porque sirve para determinar plazos dentro de los cuales el cheque debe ser presentado para el cobro ante el banco librado en vista de que el título, como medio de pago que es, debe hacerse efectivo rápidamente y ser por ende de una circulación corta. Por ello es que el art. 717 del c. c. dice que el cheque será siempre pagadero a la vista, y que cualquier anotación en contrario se tendrá por no puesta. Con ello quiere la ley afirmar la existencia del título valor pero protegiendo siempre su propia naturaleza. De hecho de que el cheque sea pagadero a la vista no se sigue que necesariamente deba ser presentado al cobro

inmediatamente después de su creación y emisión, pues tal exigencia iría contra la existencia misma del título. La ley reconoce esa imposibilidad y concede ciertos plazos dentro de los cuales el cheque debe ser presentado al cobro. Tales plazos varían de acuerdo con el lugar en que aquel debe hacerse efectivo, del cual hablaremos adelante.

En caso de que se omita el lugar de creación, se tendrá como tal el de la entrega del título. Puede ocurrir sin embargo, que dejado en blanco el espacio donde se ha de poner el lugar de la creación, sea llenado por el tenedor en virtud de la autorización que le concede el art 622 del c. de c. En tal situación si se ha puesto un lugar diferente al de la creación del título deben tenerse en cuenta los principios dados en la letras de cambio para saber, en caso de que se incide acción cambiaria, a quien se le puede oponer la excepción de complementación del título por fuera de las autorizaciones dadas o presumidas.

2.1.7 La fecha de expedición. la fecha en que el cheque es creado tiene su razón de ser en que a partir de ella se cuentan los plazos en que se han de presentarse los cheques ante el librado para su pago, también es importante para efectos de determinar la capacidad del librador al momento de la creación del título valor, fija el plazo para verificar válidamente el protexto, indica el

comienzo para computar el término de caducidad y de prescripción de la acción cambiaria.

En caso de que la fecha sea omitida (cheque en blanco o incompleto), cualquier tenedor puede llenar el espacio dejado en blanco, sin que por el hecho de aquella omisión el cheque se efectue en cuanto a su validez; puede ocurrir que el título sea llenado por su tenedor con una fecha anterior o posterior a la de su entrega. En el primer caso se está frente a un cheque antedatado y en el segundo ante un cheque posdatado.

Cuestión aparte es la que hace relación a la violación de la ley penal por la creación de un cheque posdatado que luego es cobrado y no puede hacerse efectivo.

En cuanto al lugar de pago el art 876 del c de c. dice lo siguiente: "salvo estipulación en contrario, la obligación que tenga por objeto una suma de dinero deberá cumplirse en el lugar del domicilio que tengan el acreedor, al tiempo del vencimiento, si dicho lugar es distinto al domicilio que tenía al acreedor al contraerse la obligación y por ello resulta más gravoso su cumplimiento el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor.

## 2.2 REQUISITOS ESENCIALES DEL CHEQUE Y SU CONCRECIÓN EN FÓRMATOS ESPECIALES

No basta que los requisitos analizados concurren en un papel cualquiera como sucede o puede suceder en letra de cambio. La ley en el art 712 exige, para que exista el cheque que él sea expedido en formularios impreso de cheque o chequeras y a cargo de un banco, sino se expide en esa clase de módulo no existe frente al banco el título denominado cheque, claro frente al banco el título denominado cheque, claro que frente a terceros podría hablarse de tal título-valor o al menos de un título ejecutivo.

Esta medida que tomada por los legisladores con el fin de darle mayor seguridad y proteger su circulación, pues en la práctica los cheques pagan previamente los impuestos fiscales con lo cual se evita la engorrosa tarea a los librados o a los tenedores de tener que concurrir a las oficinas de hacienda a pagar por cada cheque el impuesto respectivo; además es evidente que al exigir formatos especiales se evita el sorprender a terceros entregándoles papeles que a lo mejor no pueden hacer efectivos ante ningún banco, con lo cual, a la larga, se perjudicaría la circulación de esta modalidad de títulos valores, nadie estaría interesado en recibir papeles con escaso margen de seguridad en cuanto a su efectividad.

## 2.3 REQUISITOS FORMAL DEL CHEQUE

Además de los requisitos ya señalados, algunos tratadistas afirman que el cheque tiene requisitos formales que no son tan importantes, pero cuya observancia es una garantía más para el instrumento.

2.3.1 Número de orden. Aunque no es requisito esencial, los bancos entregan a sus cuentas corrientes los cheques en formatos impresos debidamente numerados y acompañados de una serie.

2.3.2 Especificación. de las plazas en donde se ha girado o en donde debe pagarse. Generalmente los formularios que suministran las entidades bancarias traen la designación del domicilio donde se ha girado o creado el cheque, domiciliado que, de ordinario, es el mismo donde se cubre el instrumento "y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título (título-valor se entiende) señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio".

## 2.4 REQUISITOS PARA PODER EMITIR CHEQUES

Para poder girar cheques se requiere: La existencia de provisión de fondos, y la autorización para librar cheques. Es-

tos dos elementos hacen parte de una relación extracambiaria existente entre librador y librado y su presencia o ausencia en nada afecta la validez del cheque, sólo su efectividad frente al banco, mucho menos afecta el ejercicio de la acción cambiaria del tenedor el librador.

2.4.1 Relación de provisión. Esta puede estar- constituida en razón de depósito de dinero hechos por el librador al librado, que puede ser el resultado de una relación permanente entre los dos sujetos referidos, o en virtud de una apertura de crédito hecha por el librado en favor del librador, o en virtud de cualquiera otra relación de representación o mandato.

La provisión la constituye pues, una relación de crédito que tiene el librado contra el librado.

La provisión de fondos debe existir hasta que el cheque sea presentado para el cobro siempre que se haga dentro de los- términos legales artículo 718 Código de Comercio significa eso que el librador tiene el deber- de no disponer de los fondos hasta tanto los plazos no hayan transcurrido. Se retira la provisión o si ordena un bloqueo de la misma, se hace responsable ante el tenedor del título.

2.4.2 Autorización para librar cheques. esta autorización

dos los casos. Su falta produce la caducidad de las acciones cambiarias de regreso, y considerando que en el cheque no hay acción directa porque el banco no firma, y por ende, no se obliga, la cuestión es más grave.

El art 727. Código de Comercio dice: "La anotación que el librador o la cámara de compensación, ponga el cheque, de no haber sido presentado en tiempo y no pagado total ni parcialmente, surtirán los efectos del protesto".

Respecto del protesto y sobre lo relativo al art 727 del C. c . La superintendencia Bancaria conceptúe lo siguiente: "Se solicita la opinión de este despacho acerca de si los adheribles con que los bancos devuelven los cheques impagados equivalen al protesto o si, por el contrario, es necesario levantar el respectivo protesto por el tenedor cuando ha recibido un cheque devuelto con un desprendible de- aquellos.

Igualmente se solicita nuestra opinión acerca de la validez de la cláusula-. En caso de no pago favor protestar el cheque; insertada en los cheques depositados y la obligación del banco de atenderla.

El art. 727 del Código de comercio dispone: "La anotación que el librador o la cámara de compensación pongan en el

cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto". Esta disposición indica que la anotación hecha por el banco o por la Cámara de Compensación para que tenga la calidad de protesto, requiere que la anotación se haga en el mismo cuerpo del cheque.

La anotación hecha en hoja adherida, solo tendrá efecto del protesto cuando fuere necesario hacerlo, por no existir espacio suficiente en el título. En hipótesis distinta a esta última, los adheribles que el banco devuelve con los cheques impagados por ausencia total o parcial de fondos, surten efectos del protesto, simplemente constituyen un aviso del banco al tenedor sobre tal circunstancia.

En relación con el sello "en caso de no pago protestar el cheque", este despacho considera que tal sello operará válidamente cuando el instrumento sea presentado por ventanilla, no en aquellos que se cobran por intermedio de un banco a través del canje.

El Doctor León Posee Arboleda opina lo contrario y dice: "En parte alguna prohíbe la ley que esa constancia se deje en papel que se adhiera al cheque, ni prohíbe adherir al cheque papel adicional cuando el reverso del mismo hay

espacio en blanco. Creemos que basta que la constancia bancaria se adhiera al instrumento para que surta los efectos previstos en la norma legal, sin que corresponda al legislador, ni a la doctrina o jurisprudencia, preocuparse del medio que se utilice para adherir al cheque la constancia del protesto.

Sobre el protesto y la intervención notarial dice el art. 698 del código de comercio que: "El pretesto se practicará con intervención del notario público y su omisión producirá la caducidad de las acciones de regreso, tal intervención es una actividad comprobativa autenticada por el acta que el notario debe levantar, lo que vale a decir que el acto de protesto lo debe hacer el tenedor mismo en presencia del notario, quien luego da fé del tal acto en la respectiva acta. El acta contiene el acto del protesto.

"El protesto se hará en los lugares señalados para el cumplimiento de las obligaciones o del ejercicio de los derechos consignados en el título "Art 699 c. de c.

### 3. FORMAS DE CHEQUES

Tiberio Quintero Ospina hace la siguiente clasificación:  
Los cheques pueden ser ordinarios y especiales. A la primera categoría pertenecen aquellos que el titular de la cuenta corriente gira a cargo del banco librado y a favor del mismo girador o de un tercero. Es el más común de los cheques y aparece regulado en los artículos 712 a 733- del Código de comercio y en los artículos 619 a 643, Ibidem, sino se oponen a la naturaleza de este título valor.

#### 3.1 CHEQUES ESPECIALES

3.1.1 Cruzados. Es aquel que en virtud de habérselo colocado en el anverso dos líneas paralelas, solo pueden ser cobrado por un banco, lo que significa que su tenedor tiene necesariamente que depositarlo en una cuenta corriente bancaria para que el banco lo cobre y lo abone en cuenta (artículo 734 código de comercio). El cruzamiento puede ser general si entre las líneas paralelas no se pone ninguna leyenda especial cuando entre aquellas se pone el nombre de un banco. En el caso de cruzamiento general el cheque pue-

de ser cobrado por- cualquier banco en el del cruzamiento especial sólo puede cobrarlo el banco señalado entre las líneas artículo 735 del Código de Comercio.

La finalidad de este- cheque es evitar el uso innecesario de dinero en efectivo obligando a los tenedores de aquellos títulos valores o depositarlos en los bancos y obtener- el crédito respectivo en los mismos, incrementando la utilización de las cuentas corrientes bancarias.

El cruzamiento del cheque puede hacerse por el librador o por cualquier tenedor y no puede ser suprimido. Si el banco paga directamente al tenedor, se hace responsable por el pago, que la ley declara irregular artículo 738 del código de comercio; el banco responde ante el librador independientemente de la persona que hizo el cruzamiento artículo 736 código de comercio.

3.1.2 Cheque para abono en cuenta. Es aquel en la cual se ha puesto la expresión "para abono en cuenta". la consecuencia de la inserción de esta expresión es la de que el cobro del cheque no se puede lograr- en dinero\* efectivo sino mediante el abono del importe, por parte del librado en la cuenta que tenga el tenedor; aquella cláusula se puede poner tanto por el librador como por cualquier tenedor.

Si el banco librado paga el título en forma contraria el abono del importe en la cuenta respectiva, se hace responsable por pago irregular. En lo referente a la tachada de la expresión se aplica lo que se dijo a propósito del cheque cruzado.

3.1.3 Cheque de gerencia. El cheque de gerencia, es aquel expedido por un banco para pagarse por sus propias dependencias artículo 745 código de comercio. Es una modalidad de título muy utilizable en Colombia desde tiempo atrás.

Esta clase de cheques se utiliza para efectuar pagos en otras plazas o para hacer giros. Se obtiene mediante simple compra que se hace de ellos en los respectivos bancos. No es necesario, pues que quien lo quiera adquirir tenga cuenta corriente bancaria en la institución.

En este tipo de cheques el banco siempre es un obligado cambiario de regreso; de ahí que no pueda aplicarse al caso el artículo 676 del código de comercio pues dicho artículo parte del supuesto de la posibilidad de una aceptación y en el cheque no existe tal institución ya que él se presenta directamente para el pago.

3.1.4 Cheque certificado. Es aquel en el cual el banco librado ha certificado, a solicitud del librador o de un

tenedor, que existe suficiente provisión de fondos para cubrir el mismo y que el banco lo pagará a quien se lo presente dentro del plazo legal artículos 739 y 740 del Código de comercio.

El cheque certificado tuvo su origen en el derecho anglo-americano y su fundamento ~~se~~ puede encontrar en la mayor confianza que él da una segura recolección de su valor. Refleja así mismo una desconfianza en el cheque simple u ordinario.

La certificación se hace mediante la inserción de la simple firma del banco librador o de la expresión "Visto bueno" u otra equivalente en el cheque y puede solicitarse bien sea por el librador o bien por el tenedor del título.

El banco en ningún caso está obligado a certificar el cheque a no ser que contraiga esa obligación expresamente con el librador al celebrar el contrato de cuenta corriente bancaria, pero aún así, si viola esa obligación solo se hace responsable en virtud de aquel contrato lo que equivale a decir que su responsabilidad sería de carácter extracambiario.

Que la certificación no pueda asimilarse a un mandato para el pago dado por el librador al librado es cuestión que

surge de la ley misma que admite que aquella se pida por el mismo tenedor, y del hecho de que el banco está simplemente cumpliendo una obligación tampoco puede aceptarse que la certificación equivalga a un pago argumento deducido de la circunstancia de que el librador\* quede libre de responsabilidad, ya que la realidad es que el cheque no se paga con la certificación sino en un momento posterior y no siempre a la certificación le sigue el pago pues si el cheque no se presenta dentro de los plazos legales el banco no está obligado a pagar e incluso el librador puede revocarlo artículos 740 y 742 código\* de comercio.

En lo concerniente a la muerte o incapacidad del librador tal circunstancia no inhibe al banco para pagar el cheque (artículo 725) pero, además, el artículo 726 del código de Comercio obliga al banco a no pagar el cheque desde que se sepa de la declaratoria de quiebra; y aquí nos preguntamos si esa disposición se aplicará al cheque certificado. Parece ser posible sostener que desde que el banco con la certificación ha afectado, por así decir, la cantidad que consta en el cheque certificado el pago del mismo; esta cantidad ya ha salido del patrimonio del librador y por lo tanto la posterior quiebra del mismo en nada influye sobre tales cantidades; en cuanto al embargo hay que decir que como se practica sobre los saldos disponibles al

momento de notificarle el banco artículo 1387 del código de comercio y sobre los futuros, es imposible que se efectúe sobre la cantidad del cheque certificado. pues si la certificación ha ocurrido con anterioridad a la notificación del embargo, ya ha salido del patrimonio del librador.

Sanin Echeverri interpretando en forma aislada los artículos 739 y 740, ha dicho que como virtud de la certificación del librador queda libre de responsabilidad bancaria y el banco solo está obligado si el cheque se presenta "en tiempo oportuno", que el cree es el del artículo 718 código\* de comercio si el tenedor no presenta el cheque dentro de los plazos del artículo 718, ha perdido la acción cambiaria y agrega " no quedaría quizás ni acción causal pasando el mejor cheque, el certificado, a ser el peor; ya que si dejó vencer el término, todos los signatarios están libres".

El cheque certificado no puede ser provocado por el librador después de que se haya puesto la certificación por el banco librado. La razón es obvia: él ya no es obligado cambiarlo y mal podría dársele un poder para revocar cuando no se le hace asumir la consecuencia de esa revocación vale decir, la obligación de responder de los perjuicios que el ejercicio de dicho poder podría acarrear al tenedor.

3.1.5 Cheque con provisión garantizada. Son aquellos que

se entregan al librador por el banco librado, y que tienen el atributo de que este se compromete a pagar la cantidad que consta en ellos, al tenedor a quien se le transfiere por el librador uno de tales títulos.

Están regulados en el artículo 743 del código de comercio cuyo inciso segundo dice: Que la entrega de tales cheques producirá efectos de certificación, lo cual significa que el banco se hace cambiariamente responsable.

Este tipo de cheques es nuevo en la legislación colombiana y su origen puede encontrarse en el derecho anglosajón.

En la Gran Bretaña existe la costumbre de expedir cheques cuyo cheques tienen el atributo de que el banco se compromete a pagar la cantidad por la que se expidan sin embargo, al parecer para efectos de control, tales cheques deben contener una cantidad máxima hasta por lo cual el banco pagará el cheque.

Este tipo de cheques no es de uso en Colombia y sus funciones pueden suplirse por el cheque certificado.

3.1.6 Cheque viajero. Llamado en el derecho Anglosajón, en donde se puede encontrar su origen, "traveller check", es un cheque en donde el librador y el librado son una misma perso-

nas, que necesariamente tiene que ser un banco está regulado a partir del artículo 746 del código de comercio hasta el 751 del código de comercio.

El artículo 746 lo define como el cheque expedido por el librador a su cargo y pagadero por el mismo establecimiento o por sus sucursales o corresponsales en el país o en el extranjero. El cheque viajero\* es casi desconocido en la práctica bancaria de Colombia.

Su regulación legal apenas apareció en el nuevo código de comercio y es muy posible que ella no se aplique nunca, el control de cambios y las medidas tendientes a restringir el uso y circulación incontrolado del dólar, impiden que el cheque viajero con su finalidad original pueda crearse en Colombia, al menos con pretensiones de uso internacional; esta modalidad de título valor surgió como un medio de disponer de dinero en otro país en forma rápida y segura y sin los inconvenientes de mantener o llevar numerario en el bolsillo. Si así es, por obvias razones los viajantes querrán tener cheques viajeros convertibles en monedas de aceptación fácil en cualquier país.

El cheque viajero lo expide un banco contra sí mismo, bien sea el mismo establecimiento que lo emite o alguna de sus sucursales o corresponsales (representantes.) Por este mo-

tivo, es decir, por ser una misma la persona del librador y del librado se ha dicho que no es un verdadero cheque sino un pagaré. También se ha sostenido que es una carta crédito y no ha faltado quien sostenga que es un cheque ordinario o que es un título valor especial que no se puede encasillar dentro del cheque.

El cheque viajero se expide en un formato especial en el cual se menciona su calidad, se determina una cantidad fija por la cual se puede hacer efectivo; se señalan dos espacios para la firma del tenedor o adquiriente del título una de tales firmas se pone al momento de adquirir el cheque en el establecimiento que lo expide y la otra del momento en que el cheque se quiere hacer efectivo quien reciba el cheque deberá cotejar las dos firmas para comprobar su autenticidad artículos 747 y 748 código de comercio.

La ley colombiana no prohíbe que el cheque viajero sea negociado antes de ser presentado al banco obligado, o sea que puede negociarse cuantas veces sea posible antes de que opere la prescripción artículo 751; el cheque viajero se negocia mediante la simple entrega del título con tal que las dos firmas del original adquiriente del título hayan sido puestas y sean conscientes.

El cheque viajero es adquirido por cualquier persona median-

tete compra que hace de los mismos bien sea por el banco emisor o una de sus sucursales o agencias.

En caso de pérdida de un cheque viajero, basta un simple aviso al banco emisor para que este envíe nuevos cheques al cliente y ordene el pago de los extraviados. Como en la legislación colombiana nada se dice sobre el punto, en una situación de pérdida debería seguirse el procedimiento de cancelación.

En caso de que el cheque no sea pagado por el banco o sus representantes, dice el artículo 749 código de comercio el tenedor al demandar tiene el derecho a reclamar a título de sanción el 25% del valor del cheque. Es la misma norma del artículo 731 con un aumento de la sanción; la demanda se puede proponer contra el emisor o contra sus representantes. Si el tenedor se considera con derecho a obtener indemnización de perjuicios por el no pago, deberá iniciar un juicio ordinario.

3.1.7 Cheques fiscales. El cheque fiscal fué creado por la ley 1ª de 1.980, que en lo pertinente dice: denominanse cheques fiscales aquellos que son girados por cualquier concepto a favor de las entidades públicas definidas en el artículo 267 del decreto 222 de 1.983 (febrero 2).

Los cheques fiscales tienen las siguientes características:

-El beneficiario sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago..

-No podrán ser abandonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria.

-No podrán modificarse al reverso la forma de negociación ni las condiciones de los mismos establecidos en el artículo 713 código de comercio.

-No son negociables ni podrán ser pagados en efectivo.

A estos cheques se aplicarán en lo pertinente las normas contenidas en los artículos 737 y 738 del código de comercio.

"Se le prohíbe a las entidades sometidas al control y vigilancia de la superintendencia bancaria acreditar o abonar sus cuentas particulares cheques girados a nombre de las entidades públicas". En cuanto al librador, a los cheques ordinarios y a los cruzados le son aplicables las consideraciones que formularemos sobre fraude mediante cheque a los cheques con provisión garantizada, por estar

asegurados sus fondos por el librado, la única conducta que podría aplicarsele sería la de orden injustificada de no pago. Los cheques certificados no podrán quedar incursos en ninguna de estas dos conductas: emitir cheque sin tener suficiente provisión de fondos o transferir cheque sin tener suficiente provisión de fondos el girador, porque precisamente el librado ha notificado bajo su responsabilidad, la existencia de fondos pero si pueden estar sometidos a la conducta de quien emite cheque y posteriormente da orden injustificada de no pago. Respecto de los cheques de gerencia, como el librador es el banco, este a través de las firmas que lo representan, será responsable de cualquiera de las tres conductas. A los giradores o transferentes de cheques para abonar en cuenta, también les es aplicable cualquiera de las tres conductas, en la forma ya expuesta para el cheque ordinario. En cuanto a los cheques viajeros, girados como son por un banco, seguido de reporte de los fondos al librado, el librador, a través de sus firmas autorizadas, de las tres conductas, no podrá cometer sino las que hace mención a la de dar orden injustificada de no pago.

#### 4. EL CHEQUE POSDATADO

El cheque es posdata cuando en el se indica una fecha posterior a la real. Su fin básico es también eludir el compromiso que acarrearía la actual falta de provisión si el instrumento tuviera la fecha de su emisión. Además la finalidad de girar cheques postfechados puede responder, como justamente lo anota Majada: "a la necesidad de que el tomador cumpla la prestación pactada", vale decir que la persona a quien se le gira el cheque, a un plazo más o menos largo, cumpla a su vez, durante ese mismo tiempo como contraposición, la obligación que fué causa-determinante del giro del instrumento.

Cuando este título-valor se dá sabiendas, posdatado, no se configura el delito consagrado en el artículo 257 del código penal. Pero si dado a sabiendas del beneficiario, este lo transfiere haciéndole creer al nuevo poseedor que lo puede efectivizar inmediatamente y eso no se logra, se incurre en el delito que se estudia pero no por el librador sino por su transferente pues el lo transfirió a sabiendas de que nó iria a ser pagado por insuficiencia de

provisión.

Otra situación que se puede presentar es que, sin acuerdo entre librador y beneficiario, que le entrega un cheque posdatado. En ese caso si el cheque es presentado antes de que se cumpla la fecha de la posdata y no es pagado el librador incurre en la sanción prevista en el artículo que se estudia pues se presentan los elementos configurantes del tipo también el transferente puede llegar a incurrir, conjuntamente en el librador y por darse el elemento intencional en la comisión del delito, si con posterioridad a la entrega del cheque posdatado, el librador lo entera de que no tiene provisión de fondos y no obstante dispone del título. En esta situación el librador respondería por tentativa y el transferente por el tipo perfecto.

Si el cheque se posdata a sabiendas del beneficiario y este respeta el pacto y sólo presenta al cobro después de que ha pasado la fecha de posdata y no obstante el pago, el librador incurre en el delito de libramiento de cheques, sin suficiente provisión de fondos. Esta opinión que es compartida por Reyes Echandía (12), tiene sus impugnadores. Así por ejemplo, en el salvamento de voto suscrito, entre otros, por los magistradores Humberto Barrera Domínguez y Luis Carlos Pérez (13), se sostiene

ne que el cheque posdatado no se libra como medio de pago sino como título de crédito y que el librador sólo se compromete a proveer de fondos al banco en el futuro y que si incumple, se está sólo en presencia del incumplimiento de una obligación civil, que el beneficiario no puede llamarse a engaño punible o víctimas de fraude, ni puede considerarse víctima de estafa; y que la constitución nacional prohíbe por deudas.

El tratadista Ramiro Rengifo anota lo siguiente: El planteamiento anterior adolece de graves errores técnicos y de superficialidad. En efecto, cuando el cheque se entrega posdatada a un tercero, técnicamente no se ha transferido en forma cambiaria; si se mira con atención la situación se puede deducir fácilmente que realmente no se ha operado de una entrega del título valor con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación. El artículo 625 del código de comercio expresa claramente lo anterior cuando dice que toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación. "cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega".

En el caso del cheque posdatado lo que ha ocurrido es lo siguiente: El librador a creado el título, pero no lo ha

emitido puesto que se lo entregó al beneficiario excluyendo la intención de hacerlo negociable de acuerdo con la ley de su circulación, mientras no se cumple la fecha posdata- da; a partir de allí su intención objetivamente puesta en el título es vincularse cambiariamente en el cheque, de suerte que si el título resulta impagado, se lesiona el bien jurídico que se pretende tutelar con el artículo 357 del código penal colombiano.

El tratadista Gilberto Martínez Revé afirma lo siguiente: El cheque posdatado no dá conocimiento a la acción penal en ningún momento no importa que se presente antes o después de la fecha convenida para su presentación. El simple hecho de expedirse el cheque para fecha distinta a la de su emisión lo convierte en posdatado y por lo tanto carece de protección penal.

Y se tiene como posdatado para los efectos penales no solo el expedido para fecha posterior a la que aparece indicada en el título valor, sino también el que ha sido expedido con la misma fecha de la emisión, pero condicionado al pago o presentación en fecha posterior. Es decir, aquél que se solicita y no se ha presentado para el pago sino en fecha diferente a la de expedición.

En el campo penal impera la verdad real (pago- en fecha

posterior al de la emisión) por encima de la verdad- formal que compra en el código de comercio y que se manifiesta en la necesidad de aparecer en el documento una fecha posterior a la de la emisión.

Ramiro Rengifo anota: El salvamento de voto, en forma superficial, sustenta su opinión confundiendo el bien o interés jurídico tutelado por el hoy artículo 357 del código penal (ante artículo 1 decreto 1135 de 1.970) pues habla de estafa fraude y engaño, como si el bien o bienes jurídicos con aquellas normas fueran esos, se ha explicado que las figuras del artículo citado no atentan contra el patrimonio a pesar de que es posible que al expedirse un cheque se configuren algunos de los elementos que por ejemplo, servirán para estructurar la estafa así en algunas ocasiones, puede predicarse que se indujo en error, mediante artificios o engaños, a una persona y que colocada en esa situación se le hizo recibir un cheque como cuando mostrando solvencia económica artificial pretendas relaciones o referencias comerciales y excelentes o fantásticos negocios, obtiene que un tercero le convierta un cheque en dinero o se lo reciba como pago de alguna cosa comprada. Allí no hay duda que se presentan algunos de los elementos configurativos de la estafa pero es no es suficiente para hablar o estafa o tentativa; lo que ocurre allí es que tipos delictivos distintos, tienen algunos ele-

mentos en común eso es frecuente en materia penal y se ha reconocido doctrinaria y legislativamente a través de instituciones como el concurso formal de delitos y el concurso aparente de leyes.

#### 4.1 EL CHEQUE ANTEDATADO

El cheque se antedata cuando en el se indica una fecha anterior a la real busca con ello evitar que el cheque se tenga como expedido en descubierto, ya en la puesta sobre él había fondos.

Las secuelas de tal hecho se pueden deducir fácilmente a nivel comercial: si la antedata es, superior a quince días hábiles que tiene el beneficiario para presentar el cheque al cobro, cuando el es expedido y pagadero en la misma ciudad, indudablemente que ha recibido un Cheque que ya está afectado con la caducidad. El asunto es más extremo aún cuando la antedata es superior al señalado por la ley para la descripción de la acción cambiaria derivada del cheque.

Desde el punto de vista penal, esta actitud además de hacerle perder confianza al cheque, el librador ha inducido en error, mediante artificios o engaños, al beneficiario haciéndole creer que puede convertir en dinero un título que nació

caducado o prescrito con la caducidad o prescripción que mediante esos expedientes logró el librador, hizo caducar o prescribir simultáneamente artículo 882 código de comercio, la acción originaria o fundamental, no existe duda que ha desposeído de un bien al beneficiario\* y desde este punto de vista se puede sostener que el librador ha cometido un delito de estafa.

Si el beneficiario, a la vez, pone a circular el título valor sabiendo ya que está caducado prescrito, incurre o puede incurrir a su vez en un delito de estafa pero ya el sujeto pasivo sería el tercero que recibe el cheque.

La antedata es síntesis, busca colocar al tenedor en la imposibilidad de cobrar el cheque al banco librado dentro de los plazos legales. Esos plazos son los del artículo 718 del código de comercio. No obstante el artículo 357 del código penal, en forma irregular y entiténica establece que "no podrá iniciarse la acción penal proveniente el giro o transferencia de cheque, si hubieran transcurrido seis (6) meses contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago.

#### 4.2 EL CHEQUE ENTREGADO EN GARANTIA

Aparentemente se pueden confundir el cheque posdatado y el

cheque entregado en garantía, pues uno de los fundamentos para combatir la acción penal que tenía el cheque posdatado era que se desvirtuaba la finalidad del cheque como documento de pago, ya que al condicionarse el pago a fecha posterior a la de la emisión, simplemente se le convertía en un documento de garantía. El artículo 357 del código penal los mencionó en forma discriminada, bien vale la pena observar: El decreto 1135 de 1.970 no se refería ni al cheque posdatado ni al cheque dado en garantía, mencionaba el cheque sometido a plazo allí se entendía incluidos los dos (el posdatado y el de garantía). Hoy el artículo 357 del código penal le suprime toda clase de acción penal no sólo al cheque posdatado sino también al cheque dado en garantía.

Y realmente no son iguales un cheque dado en garantía de una obligación puede ser a la vista o posdatado. Si yo garantizo el cumplimiento de una obligación, con un cheque a la vista o al día y ese título valor es impagnado, no existe protección penal para ese cheque por un documento dado en garantía y no en pago, que es lo que pretende la legislación proteger. Por eso el cheque, como documento de pago, se desvirtúa cuando se ha posdatado o entregado en garantía; a esas circunstancias se les ha dejado sin protección penal. Queda, en ambos, la protección penal.

## 5. LEYES DE PROTECCION PENAL EN COLOMBIA

En la protección penal que la legislación colombiana le ha dado a este título valor llamado cheque, se nota un avance sujeto a los grandes y certeras doctrinas que se han esgrimido a través de todos los tiempos; se inicia con la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 75 de 1.916 que decía: "Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado no constituya estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto. En este caso si hubiera acusación y el acusador desiste, cesaría todo procedimiento ; aunque este haya iniciado de oficio". Se contemplada aquí dos aspectos, por una parte se sanciona la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos o sin autorización del girado, no se contemplaba la transferencia del cheque; y por otro lado se contempla desistimiento; para que cese la acción penal, cuando así lo manifieste el denunciante. La ley 8ª . de 1.925, en su artículo 3ª , el decreto 1.858 de 1.951, copiaron o reprodujeron en lo sustancial, la anterior disposición pero sin hacer referencia a la facultad de desistir. El decre-

to 0014 de l.955 Art 7 numeral 27 calificó como estado de especial peligrosidad el giro reiterado del cheque sin fondo. "Cheques que el banco respectivo no pague por las siguientes causales:

-No corresponder la chequera a una cuenta corriente del banco, o corresponder a cuenta cancelada;

-Ser distinto el nombre que aparece en el cheque como girador;

-No tener suficiente provisión de fondos".

No se subordina la eficacia de otro delito es así como se presentaría la estafa.

Siguiendo con el orden de leyes sobre tutela penal del cheque, citamos el decreto 1699 de 1.964 Artículo 16 sobre conductas antisociales, decía: "El que gire cheque o cheques que no correspondan a su cuenta corriente del banco respectivo o sobre cuenta cancelada con fondos insuficientes sin mediar autorización del girado, o con nombre o firma distinta de los registradores en el banco, o sobre saldo embargando a sabiendas de esa circunstancia". La pena era relegación a colonia agrícola, según la cuantía del valor del cheque, estableciendo como mínimo de la sanción aludida el término de

un año y máximo de ocho años, cuando la cuantía superaba los cinco mil pesos (\$5.000) .

El decreto 1699 de 1964 fué derogado por el decreto 1118 de 1.970 (julio 15); en éste se omitió hacer cualquier mención sobre giro de cheques, por lo cual algunos funcionarios y abogados dedujeron que a partir de esa fecha cualquier maniobra engañosa o fraudulenta cometidas con cheque solo podía ser sancionada como estafa, dada la ausencia de normas especiales sobre el tema.

Aparece más tarde, el decreto 1135 de 1.970 que legisló exclusivamente sobre las conductas delictuosas cometidas por emisión o transferencia de instrumentos y efectos negociables; este decreto sufrió la declaratoria de inconstitucionalidad de 4 a seis disposiciones, por sentencia de la Corte Suprema de Justicia (fallo de marzo 9 de 1.971).

#### 5.1 DECRETO 1135 DE 1.970

Este decreto, fue dictado en virtud de facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo por la ley 16 de 1.968 El texto completo de este decreto dice:

Artículo 1: Incurrirá en prisión de uno a tres años quien emita o a sabiendas, transfiera a cualquier título, cheque

que el girado no pague por una de las siguientes causas:

- Falta o insuficiencia de fondos
- Orden injustificada del girador
- Cuenta cancelada o embargada
- No corresponder a cuenta del girado

La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía fuere superior a diez mil pesos.

Respecto de quien haya realizado por primera vez la conducta que se refiere el numeral 1 de este artículo, la acción penal cesará por pago total del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

La acción penal no podrá iniciarse si el pago del cheque ha estado sometido a plazo y el tenedor lo presenta al girado antes de la fecha convenida.

Artículo 2 . El que falsifique o adultere en cualquier forma un instrumento o efecto negociable con el propósito de utilizarlo en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a cuatro años si el perjuicio efectivamente se produce, la pena se aumentará en tercera parte.

Artículo 3. El que, sin haber intervenido en la falsifi-

cación, adulteración de instrumento o efecto negociable lo utilice en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

Artículo\* 4° Son competentes para conocer estos delitos en primera instancia los jueces penales y promiscuos municipales cuando la cuantía del ilícito sea inferior a diez mil pesos y las penales y promiscuos del circuito, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos.

Artículo 5° La intervención y fallo de estos delitos se adelantará por el trámite ordinario previsto en el código de procedimiento penal.

Artículo 6°. Este decreto rige desde su expedición.

Este decreto fué declarado inconstitucional en cuatro de seis artículos; el 2, 3, 4, y el 5° por haber excedido las facultades concedidas en la ley 16 de 1.986, legislando sobre delitos distintos al giro irregular de cheque; falsedad de instrumentos negociables, utilización, de esos instrumentos falsos competencia y procedimientos para tales delitos. El estatuto creó además graves problemas de interpretación, por cuestiones de competencia, de conflicto de leyes, de impago de cheques postfechados siempre y cuando no fueren presentados antes de la fecha, por la dificultad de determinar si girar sobre cuenta cancelada o embargada o

que no correspondiera a cuenta del girador, eran delitos encuadrados dentro del decreto 1135 o dentro de la estafa o la falsedad, por falta de precisión para saber cuando se consumaba el delito; si cuando se giraba o transfería el cheque o cuando se trataba de cobrar.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad fué emitida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia o fallo de marzo de 1.971. La corte consideró, que el ejecutivo carecía de facultades para legislar sobre todos los temas allí tratados, quedando reducida sólo al cheque la protección penal de instrumento o efecto negociable.

A continuación entramos a analizar la demanda de inconstitucionalidad y el pronunciamiento de la corte en relación con el Decreto 1135 de julio de 1.970.

El Ciudadano Jorge Carreño Frenens, en ejercicio de la acción que concede el artículo 214 de la Constitución pide que se declare inexecutable el inciso cuarto, en relación con el primero del decreto ley 1135 del 19 de julio de 1.970, por el cual se dictan normas sobre protección penal de los instrumentos y efectos negociables.

En la parte acusada el decreto dice:

Artículo 1º Incurrirá en prisión de uno a tres años, quien emita o a sabiendas transfiera a cualquier título, cheque que el girado no pague por una de las siguientes causas:

- Falta o insuficiencia de fondos
- Orden injustificada del girador
- Cuenta cancelada o embargada
- No corresponder a cuenta del girado

La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía fuere superior a diez mil pesos. Respecto de quien haya realizado por primera vez la conducta a que se refiere el numeral 1º del inciso 1º de este artículo, la acción penal cesará por pago total del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

La acción penal no podrá iniciarse si el pago del cheque ha estado sometido a plazo y el tenedor lo presenta antes de la fecha convenida.

Jorge Carreño Frenen, explica su petición de inexecutableidad en los siguientes términos: La inconstitucionalidad acusada comprende principalmente todo el contenido del inciso 4º en la relación con todos los motivos de sanción comprometidos en el inciso 1º o subsidiariamente, el contenido del inciso 4º. En relación con el motivo o causa primera falta

o insuficiencia de fondos, del artículo primero.

El demandante luego de anotar que el decreto 1135 no infringe el numeral 12 del artículo 76 de la carta, por ceñirse a las facultades contenidas en la ley 16 de 1.968, sostiene que en la parte demandada es violatorio del mismo estatuto constitucional artículo 23 Inciso 2° el cual prescribe "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas obligatorias puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

La corte suprema de Justicia, falló la demanda con ponencia del magistrado José Gabriel de La Vega, en febrero 24 de 1.971, declarando exequible la norma cuestionada. El autor planteó en esencia el siguiente aparte que transcribimos: "El motivo de inexecutable demandada consiste en el hecho de que el cheque a plazo postdatado, no es un cheque propiamente dicho, en el sentido y con el significado con que aparece entendido este concepto en el inciso primero del artículo primero, sino un instrumento irregular de crédito, una promesa de pago futuro, una simple letra de cambio girada contra un banco, una deuda civil o mercantil y el imponer sanciones privativas de la libertad por deudas u obligaciones puramente civiles, viola el artículo 23, inciso 2° de la constitución nacional, que expresamente lo prohíbe.

## 5.2 ARTÍCULO 357 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Dice: Emisión y transferencia ilegal de cheque. El que emita o transfiera cheque sin tener suficiente provisión de fondos o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor.

Cuando el cheque no se ha entregado, o se ha entregado sin intención de hacerlo negociable, por ejemplo, si simplemente se ha dado a guardar (num 11 Art 784 del C de comercio).

Cuando el nexo causal que dió origen al giro del cheque fué consentido por error, fuerza o dolo o cuando dicho nexo tiene objeto ilícito o carece de causa ó tiene causa ilícita (Arts 899 900 y 754 num 13 del código de comercio, en armonía con los Arts 1508 y 1529 a 1524 del Código Civil . y

Cuando han operado los fenómenos de la prescripción o de la caducidad.

## CONCLUSION

Trataremos de resaltar seguidamente, en forma metódica como corresponde al orden de ideas del presente trabajo, las conclusiones más importantes.

1. El cheque a pesar de que es un documento de reciente creación tiene antecedentes remotos, pero parece no poderse fijar con precisión la aparición de esos antecedentes se dice que su origen se remonta a los reinados de Felipe Augusto Y Felipe El Largo en el siglo XII, pero sus precursores más clarificados fueron los habitantes de las ciudades del norte de Italia en la Edad Media. La palabra cheque viene de los documentos llamados ex-chequer bill que expedían los reyes ingleses como órdenes de pago en el siglo XII, tal como se lo concibe hoy día, nace a mediados del siglo XVIII en Inglaterra.

En cuanto a su importancia económica, el cheque facilita y agiliza las transacciones comerciales en infunde confianza en ellas, disminuye la circulación de la moneda metálica y se afirma que- prevalece sobre la letra de cambio ya que

el que- expide letra de cambio necesita dinero, el que expi-  
de un cheque tiene dinero.

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

Podemos concluir diciendo que el objetivo en la legislación fué tutelar el patrimonio económico ya que con la cancelación del título-valor que el sindicado realice termina toda acción o procedimiento penal; también podemos decir que en el giro irregular de cheques, el delito queda consumado en la emisión.

## BIBLIOGRAFIA

ARCILAS GONZALEZ, Antonio. Folletos N°1 y 2. Ecor. Bogotá  
Colombia.

ARENAS, Antonio Vicente. Compendido de Derecho Penal. Edi-  
torial Temis. Bogotá-Colombia.

BECERRA TORO, Rodrigo. Teoría General de los Títulos Va-  
lores. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1.984.

DUQUE GOMEZ, José N. El Cheque. Aspectos Cíviles y Penales  
Editora Jurídica de Colombia. Editorial Krucigrama.  
Medellin Colombia. Abril 28 de 1.986.

FELIX CASTRO, José. Nuevo Código de Comercio Décima Octava  
Edición. Editorial Publicitaria Bogotá-Colombia. 1.984.

Gaceta Judicial, Jurisprudencia Constitucional Nos 2340  
2341.2342. Imprenta Nacional Bogotá D.E Enero a Diciem-  
bre de 1.971.