

EL CHEQUE ANTE EL CONCURSO MATERIAL

Un reciente fallo de la Cámara Penal de Santa Fe, sala 3^a, atinente al problema del cheque ante el concurso material, sentó que “Hay un solo hecho delictivo y no concurso real cuando varios cheques son entregados en un mismo acto para pagar una obligación dineraria”.

Incursionando en la problemática del caso judicial en cuestión, el tribunal señaló que “a poco que se ahonde en la lectura de los elementos de juicio que se han traído al proceso, no cabe duda que la referida disconformidad del curial defensor merece ser aceptada. Ello es así de acuerdo a lo que surge del cotejo de los testimonios del propio denunciante al anunciar cómo le fueron entregados los cheques por el justiciable C. en un solo acto o momento y en reemplazo de los que, de favor había dado D. a éste, con el objeto de cancelar el pago de la obligación dineraria —resultante de una locación— que pendía a cargo de precitado procesado en favor del denunciante. Además de los testimonios coincidentes al respecto de estos últimos nombrados, encuentro constatado en autos la numeración correlativa y sucesiva de los cheques entregados en su momento por C., lo que otorga razonabilidad y aporta en favor de la argumentación de la defensa en torno a la instrumentación de los medios de pago en un solo acto, lo que hacía descartable el concurso a que hace mención el inferior en su fallo.

“En condiciones antedichas de connotación respecto de la entrega de los cheques, coincidiendo con la opinión al respecto vertida por la defensa técnica y por el fiscal de Cámara, no tengo duda que sus libramientos importaron una sola infracción delictiva tendiente a totalizar con sus parciales, el total de la cantidad que debía pagar al acreedor. Debe considerarse, en consecuencia, que existió un solo hecho delictivo y, por ende, susceptible de único encuadramiento. Deberá revocarse en tal aspecto la resolución” (con nota a fallo de nuestra autoría: J.A. 1982-II-524).

La sentencia, sabemos, reedita un viejo y cotidiano problema dogmático en nuestro Derecho penal: el del cheque ante el concurso real. Problema que ha derivado en dos interpretaciones antagónicas: la benigna, que es la de esta sentencia que ahora comentamos, y la rigurosa, en verdad que francamente minoritaria; empero, estamos con esta última.

A) **Tesis benigna**

La tesis benigna sostiene que en los distintos supuestos que prevé el artículo 302 del Código Penal y obviamente que ante una unidad procesal de juzgamiento⁽¹⁾, no se dan las reglas del concurso material (art. 55 CP.). Los ejemplos aquí se multiplican: una persona entrega a otra varios cheques y los mismos son rechazados por falta de fondos (como en el caso que glosamos); los cheques son rechazados por *cuenta cerrada*; o fueron entregados a distintas personas, o a una sola que los hizo entrar en el circuito cambiario, etcétera.

(1) La tesis benigna, llevada a todas sus consecuencias, impone que si alguien libra cinco cheques con sanción penal y es condenado, se estima la comisión de un solo hecho a los fines del artículo 55 del Código Penal, penúltimo párrafo y que si luego de la sentencia criminal aparece un proceso por más cheques delictivos, no pueda hablarse más que de una mera ampliación de la pena.

La doctrina nacional no ha buceado mayormente en esta ardua y resbaladiza cuestión; más bien diríamos que ha hecho *mutis por el foro*; la jurisprudencia, en cambio, ha sido en la especie la encargada de propugnar las soluciones benignas de que hablamos. Veamos en caso concreto: se libran cuatro cheques a una misma persona y por una misma deuda; los cuatro llegan al fuero penal por haberse consumado el delito de *emisión de cheques sin provisión de fondos*. El tribunal entiende que no hay pluralidad de delitos ni concurso sino, a lo sumo, una pauta para graduar la pena: "no existe en autos concurso real sino un solo delito cometido a través de varias acciones, cada una de las cuales importa una igual forma de violar la ley..." El fiscal de Cámara, empero, en su dictamen había propiciado una tesis contraria, coincidente con los lineamientos del concurso material; teniendo en cuenta "que las decisiones judiciales no se agotan en la mera declaración del derecho destinada a reparar la lesión inferida a las partes que contienden. La justicia, tiene, además de la mencionada, una función altamente docente para con la comunidad toda, que se desprende precisamente del ejercicio del poder para reprimir que la ley le confiere (conf. artículo de fondo en *La Prensa* del 22 de mayo de 1980 titulado *Fallo aleccionador* al comentar una decisión de la sala 3^a de esta Cámara). La opinión pública debe ser que en justicia 1+1+1+1 no es uno, sino cuatro" (*vide* J.A., 1980-I-25).

Si aceptamos aquello de que el delito es formal, que basta el dolo genérico (saber que el cheque se está emitiendo en ilegales condiciones)⁽²⁾ y que se trata de un papel de comercio destinado a la circulación, parecería más sencillo quedarse en el concurso real y no unificar el delito; no distin-

(2) Por ejemplo, sabiéndose que va a ser rechazado por "cuenta cerrada". O no pagando antes de que venza el requerimiento que contempla el artículo 302, inciso 1º del Código Penal, perpetrando así la doble actividad que exigen los elementos objetivos del tipo. En todos los casos, por cada cheque penalizable hay un nuevo delito contra la fe pública y el patrimonio, jurídica y matemáticamente hablando.

guiéndose así (donde la ley no distingue) si los cheques fueron entregados en un solo acto, a una misma persona, por una misma deuda, etcétera.

Pues bien: ¡Por qué todo ello? ¡Por qué estas incurciones a la parte general ante un delito formal como hemos dicho, independizado ante cada rechazo bancario o ante cada intimación incumplida?

Pensamos que varias causas concurren para sostener a esta tesis benigna; por un lado, las jurídicas; pero por el otro, algunas de corte sociológico.

En efecto, la tesis benigna —la seguimos bautizando así— aparece como la única capaz de sacar al imputado de los riesgos provenientes de los artículo 52, 55 y 56 del Código Penal: si cada cheque representara un delito independiente (que hasta puede ir atrapado por la estafa, etc.), si por cada cheque propio de un ilícito penal se tramitara la acción pública y si se aplicaran los supuestos pertinentes de la referida normativa, francamente que la proverbial hospitalidad carcelaria argentina sería ya patéticamente —truculentamente— insuficiente. Ello así a poco que recordemos que conforme estadísticas responsables en la Argentina no pudieron cobrarse por uno u otro motivo y durante 1981 ¡siete millones de cheques!

Otra causa sociológica se suele dar también a nivel procesal, en los regímenes provinciales que coartan la libertad provisional cuando se tienen dos o más excarcelaciones usadas; o cuando se hace el cómputo *a priori* de las posibles penas no a nivel de delitos aislados, etc.; todas causas que coadyuvan a la interpretación benigna de que hablábamos (*vide* nuestro artículo *La excarcelación y el libramiento de cheques sin provisión de fondos*, en *Juris*, 64-234; *LL.*, 151-204).

Una última razón sociológica se nos ocurre; es la que parece ya usual en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas: llevar el *in dubio pro reo* de comprensión de he-

chos a hermenéutica de normas, con consecuencias antidogmáticas como las de la tesis comentada; en procura más de la ley favorable que de la ley *exacta*.

B) Tesis rigurosa

Participamos —ya hemos adelantado al lector— de dicha interpretación dogmática respecto al juego de las leyes del concurso real en relación a los delitos que prevé el citado artículo 302.

Acá no se nos escapa que pueda haber unidad de resolución, y que el bien jurídico violado pueda homogeneizarse... siquiera por el poder del intelecto. Pero todo ello no basta para desvirtuar lo incontrovertible: el delito es formal, cada acción independiente, no importando si los cheques tienen un solo propietario o varios, si circularon o no, si fueron entregados como pago de una única deuda o no, etcétera. Esas son todas distinciones anecdóticas que corren por cuenta del intérprete pero que devienen inaceptables al menos *de lege lata*.

Admitiendo entonces que este argumento asoma *de iure condendo* como lapidario ¿por qué escuchar a la tesis de la *unidad de resolución*? Y sobre todo ¿por qué entronizar esa interpretación como regla general y no como posible excepción, cuando los principios propios y reconocidos de la materia, los del concurso material, están imponiendo *exactamente* lo contrario?

Supongamos que un penalista ávido de doctrina clásica decide hurtar a otro penalista el *Tratado de Carrara*, y hacerlo a través de diversas visitas, tomo por tomo. ¿Qué hay allí? Pues unidad de resolución, sin dudas, respecto a lo que se desea hurtar. Pero, urge señalar, tantos hurtos como tomos se hurtaron, concretando así el concurso material. Hay allí pluralidad de hechos que no pueden sino desem-

bocar en esa solución ⁽³⁾). En la *vendetta* (plato que según el siciliano debe comerse frío) de Montescos contra Capuletos hay también unidad de resolución: ultimar una familia. Pero claro que tantos homicidios cuantas muertes hubo. Una cosa es la unidad de resolución y otra muy distinta la pluralidad de acciones independientemente delictivas; donde cada hecho vulnera de por sí la ley penal; hechos que pueden ser simultáneos (entrega de varios cheques) o sucesivos (a distintas personas en fechas diferentes, o bien a una misma persona escalonadamente), etcétera. Con todos los delitos

(³) No se nos escapa que nos hemos embarcado en un terreno sumamente conflictivo. En efecto, el ejemplo que diéramos (hurto fraccionado del *Tratado de Carrara*) es caso típico del llamado *delito continuado*. Creemos valiosa esta creación de la doctrina (nacida más bien al amparo del *favor rei* que de exigencias científicas) para los supuestos en los que la figura reclama la posibilidad de la perpetración continua. Allí la independencia histórica de hechos (vg. en la corrupción) sí puede aplicar esta teoría, que intelectualmente e interpretando a *contrario sensu* el artículo 55 del Código Penal permite esta suerte de *ficción jurídica*. Pero en los delitos contra la fe pública y contra el patrimonio no, ya no, ya la doctrina moderna (prácticamente conteste, admítimos) se ha embarcado en una hermenéutica de *lege ferenda* favorable al agente que no tiene explicación dogmática. No puede ser que quien sólo hurta la mitad de los tomos de Carrara caiga sólo en tentativa de hurto, subordinándose lo objetivo a la íntima unidad de resolución; allí el problema dejó de ser de dolo y en cada hurto de un tomo el autor renovó su voluntad, su designio delictivo. El hecho que haya unidad de sujeto pasivo no termina por sustentar la tesis contraria. Y así los ejemplos se multiplican: el cajero que hurta diariamente de la caja "hasta llegar a comprarse un auto" o hasta desapoderar en tantos pesos, comete siempre hechos nuevos sin unidad de culpabilidad, lo mismo la fámula que "sisa" o que hurta distintos efectos a lo largo de su relación de trabajo, "en la medida en que su patrona no los usara". De allí, en suma, que pensemos que esta teoría del delito continuado ha ido ya demasiado lejos, y que mal puede aplicarse al cheque ante el Derecho penal, salvo muy excepcionales casos, sobre todo si nos atenemos a su naturaleza plurifensiva. En suma: el Derecho penal debe ser realista y no idealista, y la lógica de los hechos no puede ser desbaratada por construcciones paradigmáticas que vulneran a un ordenamiento de por sí hermético. Los cheques penalizables son hechos independientes (art. 55 CP.), ya que la "dependencia" se endereza fundamentalmente al contexto de acción y no a lo que se le ocurre o declara el agente; si alguien enamoradísimo de su vecina comete un abuso deshonesto contra ella durante todos los lunes de un mes, que fueron cuatro, ha cometido pues cuatro hechos; y si alguien conduce automóviles en enero, abril y noviembre violando una inhabilitación judicial, también comete otros tantos hechos en real concurso. Si se quieren otras conclusiones concesivas, se va a tener que modificar, y muy claramente, la ley penal.

en los que la estructura del tipo lo permite ocurre la misma situación: si se injuria a padre e hijo al unísono, obviamente el delito se da en concurso material; si se envenena o ametralla a una familia, idénticamente; eso lo impondrá el agente o la circunstancia histórica. Pero cuando el delito es formal, como en el caso que nos ocupa, imposible escapar de los artículos 55 y 56 del Código Penal, so pena de caer en un paralogismo. Paralogismo que ampara —y ello diariamente se advierte en un fenómeno que aerece— la actividad de personas que libran cheques *a rolette* y de inmediato hacen presentaciones ante la autoridad judicial o policial explicando que “no van a poder pagarlos” por una u otra causa casi siempre desenfadada; confusiones jurídicas que se suelen acoger alegremente —el tema se da también en los procesos concursales— con olvido de que el cheque es por naturaleza una orden de pago pura y simple.

Tal vez una reforma penal enmendará la plana a estas falencias, o tal vez si la jurisprudencia aplicara dogmáticamente la normativa que conjugáramos dejaríamos de burlar tan diariamente —e impunemente— a la fe pública y al patrimonio. Burla que se ve fomentada a su vez por conocidas concusas: el delito no se denuncia, no se hacen las intimaciones (o hechas sólo se promueve una demanda civil), el fuero civil no remite las actuaciones a la justicia represiva pese al carácter de acción pública en la materia, la acción penal se prescribe o el proceso se esfuma, a veces, quién sabe en qué meandros. Sumándose así otra partida de ajedrez a la prescindencia nacional: irresponsabilidad colectiva vs. irresponsabilidad individual. Todos han de perder.