

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLÍTICAS**



**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**MENCIÓN: DERECHO**

**TESIS:**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA “CONSTANCIA EXPRESA DE  
FALTA DE ABONO” Y DEL “REQUERIMIENTO DE PAGO” EN EL  
DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO EN SU MODALIDAD DE  
GIRO DE CHEQUES SIN FONDOS**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

Presentada por:

**M. Cs.: JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**

Asesor:

**Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**

Cajamarca - Perú

2019

**COPYRIGHT © 2019 by  
JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA  
Todos los derechos reservados**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLÍTICAS**



**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**MENCIÓN: DERECHO**

**TESIS APROBADA:**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA “CONSTANCIA EXPRESA DE FALTA DE ABONO” Y DEL “REQUERIMIENTO DE PAGO” EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO EN SU MODALIDAD DE GIRO DE CHEQUES SIN FONDOS**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

Presentada por:

**M. Cs.: JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**

**JURADO EVALUADOR**

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya  
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza  
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina  
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva  
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 080-2018-SUNEDU/CD

## **Escuela de Posgrado**

CAJAMARCA - PERU



### **PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

#### **ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

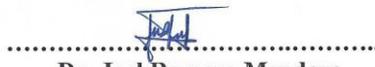
##### **MENCIÓN: DERECHO**

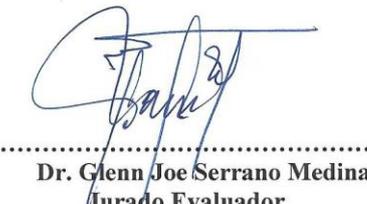
Siendo las 18:40 horas, del día 15 de febrero del año dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA y en calidad de Asesor, el Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **NATURALEZA JURÍDICA DE LA “CONSTANCIA EXPRESA DE FALTA DE ABONO” Y EL “REQUERIMIENTO DE PAGO” EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO EN SU MODALIDAD DE GIRO DE CHEQUES SIN FONDOS**; presentada por el M.Cs. **JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**

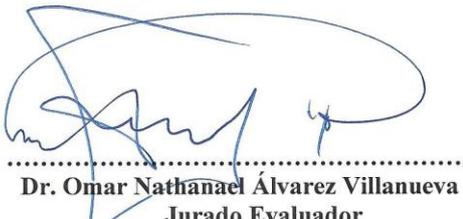
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó .... **APROBAR**..... con la calificación de .... **D.E.C.I.O.C.H.O. (18)**..... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **M.Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**

Siendo las 20:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Nixon Javier Castillo Montoya**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Presidente Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva**  
Jurado Evaluador

## A MENINA

Porque llegaste en el momento indicado. Para Ti, símbolo de inspiración de las letras que quedan acuñadas en la eternidad.

A mi hija Camila; a mis padres Julio y Nelly; a mis  
hermanos Miriam, Yaneth y Julio César; y, a mis alumnos.

Enseñar es una tarea siempre incierta en cuanto a sus resultados, comparable tal vez a la de los que siembran sin saber demasiado acerca de cuáles serán los frutos de su acción, aunque ver en actividad la inteligencia de jóvenes que se inician en los estudios jurídicos, así como la de quienes los concluyen, permite notar algo de esa luz en el camino que todos necesitamos para continuar en la ruta.

Agustín Squella

## TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIACIONES .....	X
GLOSARIO.....	XI
RESUMEN.....	XII
ABSTRACT .....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1 .....	4
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	4
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	4
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación .....	4
1.1.2. Formulación del problema de investigación.....	7
1.1.3. Justificación de la investigación .....	7
1.1.4. Limitaciones .....	9
1.1.5. Delimitación de la investigación.....	10
1.2. HIPÓTESIS.....	10
1.3. OBJETIVOS .....	10
1.3.1. General .....	10
1.3.2. Específicos.....	10
1.4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN .....	11
1.5. UNIDAD DE ANÁLISIS .....	11
1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	11
1.7. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	12
1.8. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	12
CAPÍTULO 2 .....	13
MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. ANTECEDENTES .....	13
2.1.1. Sobre la “constancia expresa de falta de abono” .....	14
2.1.2. Sobre el “requerimiento de pago” .....	17
2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO.....	20
2.2.1. Corrientes iusfilosóficas sobre el derecho .....	20
2.2.2. Enfoque iuspositivista metodológico y la filosofía analítica .....	21
2.2.3. Aproximaciones a la filosofía del derecho positivo .....	23
2.2.4. El método del derecho penal desde el punto de vista del positivismo jurídico .....	30
2.2.5. Relación del enfoque con el problema y la contrastación de hipótesis .....	34
2.3. BASES TEÓRICAS .....	36
2.3.1. La Teoría del delito.....	36

2.3.2. El Delito de libramiento y cobro indebido .....	71
2.3.3. Los requisitos de procedibilidad .....	115
2.3.4. Condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de procedibilidad .....	120
CAPÍTULO 3 .....	126
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	126
3.1. PRIMERA HIPÓTESIS: “CONSTANCIA EXPRESA DE FALTA ABONO” .....	127
3.1.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales .....	127
3.1.2. Toma de posición: Perspectiva de “lege ferenda” .....	147
3.1.3. Extensión de propuesta de “lege ferenda” al inciso 6 .....	149
3.2. SEGUNDA HIPÓTESIS: EL “REQUERIMIENTO DE PAGO” .....	149
3.2.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales .....	149
3.2.1. Toma de posición: Perspectiva de “lege ferenda” .....	157
3.2.3. Extensión de propuesta de “lege ferenda” al inciso 6 .....	157
CAPÍTULO 4 .....	158
PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....	158
CAPÍTULO 5 .....	164
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	164
5.1. CONCLUSIONES .....	164
5.2. RECOMENDACIONES .....	165
LISTA DE REFERENCIAS.....	166

**LISTA DE ABREVIACIONES**

CP : Código Penal

CPP : Constitución Política del Perú

CProP : Código Procesal Penal

CdePP : Código de Procedimientos Penales

Exp. : Expediente

LTV : Ley de Títulos Valores

SBS : Superintendencia de Banca y Seguros

TC : Tribunal Constitucional

## GLOSARIO

- 1. Constancia expresa de falta de abono:** exigencia que debe constar en el cheque indicando el motivo de la falta de pago y que constituye un requisito para que el cheque no pierda su mérito ejecutivo.
- 2. Requerimiento de pago:** exigencia legal previa a la denuncia que consiste en requerir al obligado el pago del importe total del cheque.
- 3. Condición objetiva de punibilidad:** Circunstancia que no condiciona la existencia del delito sino su punibilidad.
- 4. Requisito de procedibilidad:** Presupuesto procesal que condiciona procedencia de la acción penal.

**RESUMEN**

La precisión de la naturaleza jurídica de los enunciados lingüísticos contenidos en el artículo 215 del Código Penal –que regula el delito de libramiento y cobro indebido de cheque– consistentes en la “constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento (cheque), señalando el motivo de la falta de pago” (“constancia expresa de falta de abono”) y en la exigencia de que “no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de vencimiento del requerimiento escrito y fehaciente” (“requerimiento de pago”), establecidas para la modalidad comisiva de giro de cheques sin fondos; han dado lugar en la literatura y jurisprudencia peruana a criterios interpretativos dispares.

En relación a la “constancia expresa de falta de abono” se han diseñado tres posiciones: que es un elemento del tipo penal, un requisito de procedibilidad; y, una cuestión probatoria. La asunción de tal o cual criterio interpretativo, tiene efectos prácticos – principalmente– en la utilización de mecanismos de defensa técnicos (excepciones y cuestiones previas) y la incidencia de materias probatorias.

Respecto al “requerimiento de pago”, de igual modo se han delineado tres posturas: es un elemento del tipo, un requisito de procedibilidad; y, quienes precisan que es una excusa absolutoria. Igualmente, la elección tiene repercusiones procesales, aquí, sólo en el uso de mecanismos de defensa técnicos (excepciones y cuestiones previas).

Las hipótesis proyectadas al inicio del trabajo de investigación fueron que, en el primer caso, se trataría de una condición objetiva de punibilidad; y en el segundo, de un requisito de procedibilidad. Durante el desarrollo de la tesis, nuestras hipótesis han sido refutadas, pues desde una perspectiva de *lege lata*, luego de cuestionar las posiciones existentes sobre el tema, incluida nuestra postura inicial, aún se generan incoherencias o consecuencias absurdas; por ello, desde una perspectiva de *lege ferenda*, logramos

demostrar que la regulación penal de estas expresiones lingüísticas son contraproducentes, proponiendo su derogación.

**Palabras clave.** Libramiento indebido. Constancia expresa de falta de abono.

Requerimiento de pago. Condición objetiva de punibilidad. Requisitos de procedibilidad.

**ABSTRACT**

*The accuracy of the legal nature of the linguistic statements contained in article 215 of the Penal Code, which regulates the crime of abuse warrant and check-collection, consisting of the "express record set by the drawee bank in the same document (check) stating the reason for non-payment" ("express record of non-payment"), and the requirement that "the criminal action will not proceed if the agent pays the total amount of the check within the third business days of expiry of the written and reliable requirement" ("payment requirement"), established for the commissive modality of drawing a check without funds; they have resulted in disparate interpretive criteria in the Peruvian literature and jurisprudence.*

*Regarding the "express record of non-payment", there have been designed three positions: it is an element of the offense, a procedural requirement, and an evidentiary matter. The assumption of this or that interpretative criterion has practical effects, mainly, in the use of technical defense mechanisms (exceptions and preliminary issues), and the incidence of probatory matters.*

*Respecting the "payment requirement", there have been also delineated three positions: it is an element of the offense, a procedural requirement, and an absolving excuse. Similarly, the choice has procedural implications. In this case, only in the use of technical defense mechanisms (exceptions and preliminary issues).*

*The hypotheses projected at the beginning of the research were two; in the first case, it would be an objective condition of punishability; in the second, it is a procedural requirement. Our hypotheses have been disproved during the development of the thesis because, from a *lege lata* perspective, after questioning the existing positions on the issue, including our initial position, inconsistencies or even absurd consequences are*

*generated; therefore, from a lege ferenda perspective, we demonstrated that the criminal regulation of these linguistic expressions are counterproductive, proposing its repeal.*

**Keywords.** *Abuse warrant. Express record of non-payment. Payment requirement. Objective condition of punishability. Procedural requirements.*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 215 del Código Penal ha tipificado el delito de libramiento y cobro indebido, el cual instaura seis modalidades comisivas alternativas: el giro de cheques sin fondos (inciso 1), la frustración de pago (inciso 2), la imposibilidad de pago (inciso 3), la revocación encubierta del pago (inciso 4), el cobro indebido (inciso 5); y, el endoso indebido de cheque (inciso 6). Además, esta disposición normativa señala en su último párrafo que, para la primera y sexta modalidad, se “requiere (...) de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago” y que “no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de vencimiento del requerimiento escrito y fehaciente”. Sobre la primera modalidad comisiva –“giro de cheques sin fondos”– se advierte una discrepancia doctrinal y jurisprudencial interpretativa sobre la naturaleza jurídica de la mencionada “constancia expresa de falta de abono” y “requerimiento de pago”, respectivamente.

En cuanto a la “constancia expresa de falta de abono”, algunos señalan que es un elemento del tipo penal, otros de un requisito de procedibilidad; y, finalmente quienes arguyen que tan solo poseería un carácter probatorio. El efecto práctico de adoptar tal o cual opinión tiene repercusiones procesales, en el primer caso, en el supuesto de que se omita dicha “constancia” una vez formalizada la investigación preparatoria, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituye delito”); en el segundo caso, bajo esta misma hipótesis, la posibilidad de deducir una cuestión previa, acarreando la nulidad de todo lo actuado, pero una vez subsanado dicho requisito, se podrá reanudar el proceso; mientras que, en el tercer caso, no afectaría materialmente la consumación del delito, sino tan solo su probanza, dando lugar según esta lógica, a una

posible “corrección” con otros medios de prueba o, en su defecto, a un archivo por falta de elementos de convicción.

En relación al “requerimiento de pago”, de igual modo se han diseñado tres posturas: algunos consideran que es un elemento del tipo, otros un requisito de procedibilidad; y finalmente, quienes precisan que es una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena. La elección tiene repercusiones procesales, en el primer y tercer caso, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituye delito” y “no es justiciable”, respectivamente); mientras que, en el segundo caso, se podría deducir una cuestión previa.

Este es el escenario que demanda una aproximación teórica al problema jurídico detectado; por ello, el objetivo perseguido fue determinar la naturaleza jurídica de la mencionada “constancia expresa de falta de abono” y “requerimiento de pago”, respectivamente. Las hipótesis iniciales de trabajo consistieron en que, en el primer caso, se trataría de una condición objetiva de punibilidad, mientras que, en el segundo caso, de un requisito de procedibilidad; sin embargo, durante el desarrollo de la tesis, nuestras hipótesis fueron refutadas, pues desde una perspectiva de *lege lata*, aún se generan incoherencias o consecuencias absurdas (corrección material); por ello, desde una perspectiva de *lege ferenda*, logramos demostrar que la regulación penal de estas expresiones lingüísticas es contraproducente, proponiendo su derogación.

El derrotero de la exposición ha sido dividida en cuatro capítulos. En efecto, en el primer capítulo nos ocupamos de los aspectos metodológicos, que nos permitió no perder el norte en el proceso de verificación de nuestras afirmaciones iniciales.

En el segundo capítulo, desarrollamos el marco teórico, el mismo que ha sido estructurado en base a un esquema tripartito: la primera dedicada al estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre nuestro objeto de estudio; la segunda,

constituida por el marco epistemológico, donde desarrollamos la corriente *iusfilosófica* en la cual se enmarca el problema jurídico detectado; y por último la tercera parte, destinada a las bases teóricas, en el cual desarrollamos los siguientes ejes temáticos: la concepción de teoría general del delito que se asume, la aplicación de este enfoque teórico al análisis dogmático del delito de libramiento y cobro indebido; y finalmente, los alcances de los componentes de nuestras hipótesis iniciales.

En el tercer capítulo, nos dedicamos a la contrastación de nuestras hipótesis, y en base a estos resultados, que son el hallazgo de nuestra investigación; se formula la propuesta de *lege ferenda* en el cuarto capítulo; y, por último, en el quinto capítulo, se brindan las conclusiones y recomendaciones.

## CAPÍTULO 1

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

En este capítulo se desarrollan los aspectos metodológicos de la tesis. Se empieza con el problema de investigación, en el cual se plantea, formula, justifica y delimita el problema el objeto de estudio así como se señalan sus limitaciones (apartado 1.1), luego se formulan las respuestas tentativas iniciales (apartado 1.2), los objetivos perseguidos (apartado 1.3), el diseño de contrastación de las hipótesis (apartado 1.4), la unidad de análisis (apartado 1.5); y, los métodos, técnicas e instrumentos utilizados (apartados 1.6, 1.7 y 1.8).

#### 1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

##### 1.1.1. Planteamiento del problema de investigación

En el tráfico mercantil, el pago de las obligaciones dinerarias no siempre se hacen en efectivo o al “cash”, a menudo se utilizan otros “medios de pago” con similar “valor” y función. Dentro de estos podemos encontrar al cheque, el cual al ingresar al tráfico jurídico, puede dar lugar a que se utilice indebidamente, ocasionando perjuicio.

Teniendo en cuenta esta realidad, nuestro legislador ha tipificado el delito de libramiento y cobro indebido en el artículo 215 del Código Penal (en adelante CP), el cual instaure seis modalidades “comisivas” alternativas: el giro de cheques sin fondos (inciso 1), la frustración de pago (inciso 2), la imposibilidad de pago (inciso 3), la revocación encubierta del pago (inciso 4), el cobro indebido (inciso 5); y, el endoso indebido de cheque (inciso 6). Además, esta norma señala en su último párrafo que, para la primera modalidad<sup>1</sup>, se

---

<sup>1</sup> También se hace referencia a la sexta modalidad que no es materia de análisis; no obstante, “*mutatis mutandi*” se le puede aplicar los resultados de la presente investigación.

“requiere (...) de la constancia expresa<sup>2</sup> puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago” y que “no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de vencimiento del requerimiento escrito y fehaciente”.

En este orden de ideas, cuando se analiza la primera modalidad comisiva, conocida como “giro de cheques sin fondos”, se advierte que existe discrepancia en la doctrina y jurisprudencia, respecto a la naturaleza jurídica de la mencionada “constancia” y “requerimiento”, respectivamente.

Así, respecto a la primera, algunos señalan que es un elemento del tipo penal (San Martín Castro, 2003, p. 378; Exp. 4183-97-Lima En La Rosa Gómez De La Torre, 1999, p. 420; y, Exp. N° 7737-97-Lima En Data Penal, 2013), otros de un requisito de procedibilidad (García Cavero, 2007, pp. 269-270; Peña Cabrera Freyre, 2010, p. 604; Caro Coria, 2012, p. 29; Exp. N° 2103-97-Lima; y, Exp. N° 3464-97-A En San Martín Castro, 2003, p. 377 -nota al pie 152-); y, finalmente quienes arguyen que tan solo poseería un carácter probatorio (Bramont-Arias Torres, 2000; García Navarro, 2000, p. 82; Hugo Álvarez, 2009, p. 45; Exp. N° 5661-98-Lima; y, el Recurso de Nulidad N° 5264-98-Lima En Data Penal, 2013).

El efecto práctico de adoptar tal o cual opinión tiene repercusiones procesales, en el primer caso, en el supuesto de que se omita dicha “constancia” una vez formalizada la investigación preparatoria, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituye delito”); en el segundo

---

<sup>2</sup> El texto legal también hace referencia al protesto; sin embargo, por cuestiones metodológicas y por ser más utilizada en el tráfico mercantil, hemos “limitado” nuestro análisis a la “constancia expresa” que opera como formalidad sustitutoria de aquella. Este punto de partida no implica que no se le pueda aplicar los resultados de la presente investigación, pues ambas categorías cumplen la misma función, esto es, de que “el cheque tenga mérito ejecutivo y se puedan ejercitar las acciones cambiarias pertinentes” (Torres Carrasco, 2000, p. 19); siendo ello así, determinada la naturaleza jurídica de una de ellas (“constancia expresa”) “*mutatis mutandi*” se le aplica a la otra (“protesto”).

caso, bajo esta misma hipótesis, la posibilidad de deducir una cuestión previa, acarreando la nulidad de todo lo actuado<sup>3</sup>, pero una vez subsanado dicho requisito, se podrá reanudar el proceso; mientras que, en el tercer caso, no afectaría materialmente la consumación del delito, sino tal solo su probanza, dando lugar según esta lógica, a una posible “corrección” con otros medios de prueba o, en su defecto, a un archivo por falta de elementos de convicción.

En relación al “requerimiento de pago”, se han diseñado tres posturas: algunos consideran que es un elemento del tipo (Peláez Bardales, 2001, p. 167; Peña Cabrera, 1993, p. 487; Salinas Siccha, 1997, p. 155; y, Exp. 1578-98 En Data Penal, 2013); otros un requisito de procedibilidad (Peláez Bardales, 2001, p. 174; Hugo Álvarez, 2009, p. 14; de manera meridianamente clara Peña Cabrera, 1993, p. 500; Salinas Siccha, 1997, p. 155; Exp. N° 190-94-Lima; Exp. N° 6952-97-Lima En Data Penal, 2013; Exp. N° 112-97; Exp. N° 4197-97-A; Exp. N° 4580-97-A; y, Exp. N° 3728-97-A En San Martín Castro, 2003, pp. 376-377 -nota el pie 151-); y finalmente, quienes precisan que es una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena (San Martín Castro, 2003, pp. 377-378).

Del mismo modo, la elección tiene repercusiones procesales, en el primer y tercer caso, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituye delito” y “no es justiciable”, respectivamente); mientras que, en el segundo caso, se podría deducir una cuestión previa.

En este contexto, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación:

---

<sup>3</sup> Conforme establece el artículo 4.1 del Código Procesal Penal.

### **1.1.2. Formulación del problema de investigación**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos?

### **1.1.3. Justificación de la investigación**

#### **A. Justificación científica**

El aporte teórico de nuestra investigación es contribuir a la dogmática jurídico penal de la parte especial del Derecho penal, labor que inicialmente consistió en la determinación de la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento y cobro indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, con la finalidad interpretar correctamente esta modalidad delictiva; no obstante, en el transcurso de la investigación, demostramos que la valoración de *lege lata* resultó siendo insuficiente, por lo que, desde la perspectiva de *lege ferenda*, se propone la derogación de estos enunciados lingüísticos.

#### **B. Justificación técnica-práctica**

La relevancia de resolver el problema objeto de estudio, se manifiesta en su incidencia práctica en las decisiones de los operadores jurídicos, donde se sustancien delitos de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.

Así, si es que se considera que la naturaleza jurídica de la mencionada “constancia” es la de ser un elemento del tipo, requisito de procedibilidad o una cuestión probatoria; los efectos prácticos son que, en el primer caso, en el supuesto de que se omita dicha “constancia” una vez formalizada la

investigación preparatoria, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción; en el segundo caso, bajo esta misma hipótesis, la posibilidad de deducir una cuestión previa, acarrearía la nulidad de todo lo actuado, pero una vez subsanado dicho requisito, se podrá reanudar el proceso; mientras que, en el tercer caso, no afectaría materialmente la consumación del delito, sino tan solo su probanza, dando lugar según esta lógica, a una posible “corrección” con otros medios de prueba o, en su defecto, a un archivo por falta de elementos de convicción.

En relación al “requerimiento de pago”, si es que se considera que la naturaleza jurídica es la de ser un elemento del tipo, un requisito de procedibilidad o una excusa absolutoria. Del mismo modo, la elección tiene repercusiones prácticas o procesales, en el primer y tercer caso, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituye delito” y “no es justiciable”, respectivamente); mientras que, en el segundo caso, se podría deducir una cuestión previa.

En ambos casos, los efectos prácticos antes descritos se enmarcan dentro de los contornos normativos del delito de libramiento y cobro indebido sin rebasar los límites que el tenor del texto impone al intérprete; sin embargo, debe destacarse aquí, que el análisis fue mas allá del texto legal, por lo que, los efectos prácticos se evidencian en la utilidad de la misma principalmente para el legislador.

### **C. Justificación de actualidad y vigencia del problema**

La regularidad de incidencia de procesos seguidos por la comisión del delito de libramiento y cobro indebido no sólo se verifica de las ejecutorias citadas en el planteamiento del problema, sino que dicha incidencia se confirma

además con las publicaciones realizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros en su página web institucional<sup>4</sup>, ello en atención a que mediante Resolución S.B.S. Nro. 089-98 (numeral 8) dicha Superintendencia está obligada a publicar mensualmente en el Diario Oficial El Peruano, dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada mes, la relación de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin fondos.

Así, los datos verificados en dicha web institucional oficial, correspondientes al año 2018 –solo a manera de ilustración–, correspondientes a las cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin fondos, son los siguientes: Enero del año 2018: 184, Febrero del año 2018: 117, Marzo del año 2018: 145, Abril del año 2018: 155, Mayo del año 2018: 138, Junio del año 2018: 141, Julio del año 2018: 146, Agosto del año 2018: 125, Setiembre del año 2018: 159, Octubre del año 2018: 160; y, de Noviembre del año 2018: 156.

De lo anterior se demuestra que el uso del cheque en las transacciones comerciales aún es frecuente, a pesar de la existencia de otros medios de pago, sobre todo electrónicos, que podrían hacer pensar lo contrario. En tal sentido, se verifica la actualidad de nuestro problema objeto de estudio.

#### **1.1.4. Limitaciones**

Entendiéndose que las limitaciones deben estar referidas a la investigación y no del investigador, no existió limitaciones para desarrollar la presente investigación.

---

<sup>4</sup> Véase: <http://www.sbs.gob.pe/usuarios/cuentas-corrientes-y-tarjetas-credito-anuladas>

### **1.1.5. Delimitación de la investigación**

Espacialmente, su alcance es nacional, pues los resultados no se limitan a nuestro ámbito local. Temporalmente, engloba desde la vigencia del artículo 215 del Código penal hasta la actualidad.

Al ser un tesis dogmática, conforme al método de la misma, el análisis de la disposición normativa referida a nuestro objeto de estudio, se ha hecho desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial; siendo que en este último caso, las ejecutorias sirvieron para complementar el trabajo de investigación.

## **1.2. HIPÓTESIS**

La naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, es la de ser una condición objetiva de punibilidad y un requisito de procedibilidad, respectivamente.

## **1.3. OBJETIVOS**

### **1.3.1. General**

Determinar la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.

### **1.3.2. Específicos**

- a. Analizar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.
- b. Analizar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.

- c. Formular una interpretación de *lege lata* acerca de la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago”.
- d. Formular una propuesta de *lege ferenda* sobre la “constancia expresa de falta de abono” y el “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.

#### **1.4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN**

Para contrastar nuestras hipótesis, hemos recurrido a la revisión y sistematización de información bibliográfica y jurisprudencial que existe al respecto, para lo cual se utilizó la técnica de fichaje o recopilación documental con su correspondiente instrumento (fichas bibliográficas). Luego, se analizó críticamente cada uno de los fundamentos esgrimidos para lo cual se utilizó la argumentación; siendo que, ante la imposibilidad de salvar las inconsistencias teórico-prácticas generadas desde una perspectiva de *lege lata*, se formuló una propuesta de *lege ferenda*, con lo cual se refutaron las hipótesis iniciales de trabajo.

#### **1.5. UNIDAD DE ANÁLISIS**

Artículo 215 del Código Penal.

#### **1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

Como métodos generales, se utilizó el método analítico-sintético y al inductivo-deductivo. Así, por el primero, a través del análisis se ha realizado un ejercicio mental que nos permitió abordar la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos; para luego sintetizar los resultados relevantes. Por medio del segundo, se obtuvo conocimientos de los particular a lo general y viceversa; mas precisamente, del análisis de cada figura o institución

jurídica se pudo efectuar generalizaciones que permitió sustentar y luego refutar nuestras hipótesis de trabajo iniciales.

En cuanto a los métodos jurídicos, se utilizó el método dogmático, que consiste en el análisis de la letra del texto normativo, desde la perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial, descomponiendo dicho texto analíticamente para luego reconstruirlo en forma coherente, arrojando una construcción (interpretación) o teoría jurídica. En nuestro caso, el análisis del tipo penal 215 del Código Penal para determinar la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática y teleológica de dicha norma.

Aunado a lo anterior, también se utilizó el método hermenéutico, por el cual desentrañamos el sentido del texto expreso del tipo penal 215 del Código Penal, en particular de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos.

### **1.7. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Al tratarse de una tesis dogmática, se empleó la técnica de fichaje o recopilación documental para captar la información existente del problema estudiado. Así, esta técnica nos permitió seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el objeto de estudio.

### **1.8. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Se utilizó las fichas en sus diversas modalidades, preferentemente las fichas bibliográficas y de contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas correspondientes y anotar las ideas extraídas de los trabajos leídos.

## CAPÍTULO 2

### MARCO TEÓRICO

En este capítulo se desarrolla el marco teórico de la tesis, éste ha sido estructurado en base a un esquema tripartito: en primer lugar, se desarrolla el estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre nuestro objeto de estudio (apartado 2.1); luego en el marco epistemológico, describimos y explicamos la corriente *iusfilosófica* en la cual se enmarca el problema jurídico detectado (apartado 2.2); y por último, en las bases teóricas, se desarrollan los siguientes ejes temáticos: la concepción de teoría general del delito que se asume, la aplicación de este enfoque teórico al análisis dogmático del delito de libramiento y cobro indebido; y finalmente, los alcances de los componentes de nuestras hipótesis iniciales (apartado 2.3).

Puede adelantarse que aquí se defenderá la idea de que la teoría del delito aún constituye la concepción racional a partir del cual debe procederse a cualquier análisis dogmático de las figuras concretas de la parte especial, en específico, el delito de libramiento y cobro indebido.

#### 2.1. ANTECEDENTES

A continuación realizamos una descripción de las posiciones esbozadas por la doctrina y jurisprudencia sobre el problema detectado, sin entrar al análisis o cuestionamiento de los mismos, pues esa labor será realizada en la contrastación de hipótesis, de conformidad con los objetivos específicos trazados. Hemos preferido la cita textual al parafraseo, por dos razones: a) por la vaguedad y ambigüedad del lenguaje en general y de los enunciados jurídicos en particular, b) el cuestionamiento a nuestros resultados propenderá a ser mas objetivo, pues el lector podrá realizar incluso una lectura “propia” de dichos enunciados jurídicos.

### 2.1.1. Sobre la “constancia expresa de falta de abono”

#### A. Es un elemento del tipo penal

En la doctrina, San Martín Castro (2003, p. 378) afirma:

(...) la exigencia que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa de pago y la fecha de su presentación, de conformidad con el artículo 170 de la Ley de Títulos Valores, en tanto la ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques, esto es, el cheque debe ser mercantilmente válido, constituye una exigencia que integra el tipo penal, que define la antijuridicidad penal de la conducta. En tal virtud, el medio de defensa que debe plantearse en estos casos es la excepción de naturaleza de acción y no la cuestión previa, puesto que la constancia del Banco librado no es un presupuesto procesal que funciona como condición de procedibilidad.

En el ámbito jurisprudencial, en el Exp. 4183-97, la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 9 de diciembre de 1997, ha establecido que:

En el título valor deberá obrar constancia con expresa mención del motivo de la negativa de pago al referido título; siendo ello una exigencia del tipo objetivo, que deberá verificarse a efecto de establecer la tipicidad del hecho denunciado. (La Rosa Gómez de la Torre, 1999, p. 420)

Asimismo, en el Exp. N° 7737-97, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 23 de abril de 1998, dejó sentado que:

Se le imputa al encausado el haber girado un cheque por la cantidad de doscientos treinta nuevos soles con cuarenta y dos céntimos; título valor que al ser presentado a la entidad bancaria, para su cobro en efectivo, fue rechazado con el sello “no conforme”, sin precisar el motivo. Que, estando al enunciado precedente no se habría cumplido con lo dispuesto por el artículo ciento setenta de la Ley de títulos valores, al no obrar constancia con expresa mención del motivo de la negativa al pago del referido Título Valor, siendo esta exigencia, un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica. (La Rosa Gómez de la Torre, 1999, p. 420. Referencia nota al pie 4)

#### B. Es un requisito de procedibilidad

El profesor Percy García Caverro (2007, pp. 269-270) expresa: “Sin el cumplimiento del protesto o la constancia del banco por falta de pago

dentro del plazo legal de presentación del cheque, no será posible el inicio del proceso penal”.

Por su parte Peña Cabrera Freyre (2010, p. 604) opina:

(...) resulta fundamental que el supuesto agraviado acredite que el título valor no ha podido ser cobrado, por ende la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago, es un requisito de ineludible cumplimiento, para que no se inicien investigaciones sin revelar indicios de criminalidad. Podemos decir, entonces, que la previsión normativa contenida en este párrafo se constituye en una verdadera “condición objetiva de procedibilidad”, en tanto su cumplimiento es de naturaleza obligatoria, condicionando el ejercicio de la acción penal que de satisfacer previamente el presunto agraviado de la conducta criminal, condición que se encuentra desarrollado en un norma extra-procesal (la Ley de Títulos Valores).

Caro Coria (2012, p. 29) bajo el *nomen iuris* “requisito de procedibilidad” considera que:

Es la exigibilidad que se necesita para que proceda la acción penal incoada contra el infractor de la norma penal. En el caso de este delito, salvo los incisos 1 y 6, será indefectible contar con la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento (sello “sin fondos”), no obstante el delito ya está consumado.

En la jurisprudencia, en el Exp. N° 2103-97, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 04 de julio del año 1997, estableció que:

Procede declararse fundada la cuestión previa, si en el título valor del Banco no hace constar en forma expresa la falta de fondos o la inexistencia de la cuenta corriente sobre la cual fue girado el cheque.<sup>5</sup> (Data Penal 2013)

En este mismo sentido tenemos el Exp. N° 3464-97-A (San Martín Castro, 2003, p. 377, nota al pie 152)

---

<sup>5</sup> Disponible en: CD publicado por revista Jurídica Gaceta Penal y Procesal. **DATA PENAL**. 2013. *Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. CD Gaceta Penal y Procesal Penal. En adelante los expedientes citados que no remitan a otra fuente, se debe entender que se encuentran disponibles en este documento electrónico.

### C. Tiene carácter probatorio

En la doctrina, Bramont–Arias Torres (2000, sin página), quien contradictoriamente bajo el *sub* título “condición objetiva de procedibilidad” opina:

En el delito de libramiento y cobro indebido se exige en los incisos 1 y 6 que el cheque se haya protestado o se deje constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago. Esto se justifica por cuestiones probatorias del presente ilícito penal.

Hugo Álvarez (2009, p. 45), expresa:

La presentación del cheque ante el banco, para su cobro, o la exigencia de la mención expresa del motivo de no pago no es un elemento que configura el tipo. Estas constituyen un elemento de prueba previa a cargo del agraviado y no un elemento constitutivo del tipo (...).

Asimismo se argumenta:

(...) el carácter probatorio del precepto en estudio se revela como cuando el banco sí sella el cheque, pero no manifiesta la específica razón del impago, caso donde, con buen criterio, se debe apreciar una cuestión probatoria subsanable durante el proceso, por ejemplo, con el informe de la entidad bancaria sobre el motivo de la falta de pago del cheque, sin necesidad de declarar la nulidad de todo lo actuado (que generaría la postura de la cuestión previa) (...). (Casos Prácticos y Consultas Procesal Penales, 2006, p. 147)

En la jurisprudencia, en el Exp. N° 5661-98, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 22 de diciembre del año 1998, expresó:

El artículo doscientos quince del Código Penal dispone como requisito de procedibilidad el “requerimiento”, que se debe efectuar al agente sobre la falta de pago mediante protesto u otra forma documentada; es más la norma precisa que no procede la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha de requerimiento; mas no dispone que el título valor lleve el sello de no pagado por falta de fondos; máxime si puede apreciarse del título valor que este fue presentado en el término y que obra un sello de la entidad bancaria, expresando tan solo “cheque rechazado por no conforme” y la firma del funcionario del Banco, no manifestando la razón de la negativa de pago; que si bien se advierte que este protesto bancario no cumple con los presupuestos previstos en la Ley de Títulos Valores, este Colegiado es de opinión que la falta de este requisito es atribuible al Banco, pero puede ser subsanado

durante la instrucción, con el informe de la entidad bancaria sobre el motivo de la falta de pago del cheque, no siendo este un requisito de procedibilidad que resulte del texto expreso de la ley que así lo imponga. (Data Penal, 2013)

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N° 5264-98-Lima, de fecha 02 de julio del año 1999, se dejó sentado:

La falta de pago debe ser acreditada mediante la comprobación que debe poner el banco a petición del tenedor del cheque o mediante el protesto; en consecuencia, se trata de medios probatorios que revelan auténticamente la falta de pago parcial o total. (Data Penal, 2013)

### **2.1.2. Sobre el “requerimiento de pago”**

#### **A. Es un elemento del tipo penal**

En la doctrina, Mariano Peláez Bardales (2001, p. 167), expresa: “Este delito se consuma al tercer día de haber sido requerido el pago del cheque o cheques y no haberse abonado el importe de los mismos”. En similar sentido, Peña Cabrera (1993, p. 487) expresa: “Este delito se consuma cuando pasan los tres días después del requerimiento y no se ha efectuado el pago”; mientras que, Salinas Siccha (1997, p. 155) expone: “Es importante dejar establecido que la conducta del agente recién se convierte en delictiva a los tres días después de notificado el requerimiento”.

En el ámbito jurisprudencial, en el Exp. 1578-98, de fecha 30 de junio del año 1998, se dejó establecido que:

Al no existir constancia plena de la recepción del requerimiento de pago formulado contra el inculpado, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica; por consiguiente resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo cuarto del Código de Procedimientos Penales. (Data Penal, 2013)

## **B. Es una excusa absolutoria**

En la doctrina San Martín Castro (2003, p. 378) ha manifestado al respecto:

(...) como corresponde al denunciante y al fiscal establecer que se cursó el requerimiento y que el librador no pagó el monto del cheque exigido, se tiene que si se ha omitido tal emplazamiento o éste fue absolutamente defectuoso o ilegal es obvio que no puede afirmarse la posibilidad de pena en la acción antijurídica penal denunciada (no siempre hay pena frente a una conducta típicamente antijurídica y culpable). Siendo así, la conducta imputada, en este caso, no puede calificarse de *justiciable penalmente* (...).

Luego de manera clara expone:

La circunstancia del requerimiento de pago y de su ulterior y necesario incumplimiento para estimar punible el libramiento indebido de un cheque, en consecuencia, está configurada como causa de exclusión de pena y no como presupuesto procesal; no es un elemento ajeno al hecho, sino vinculado a él y condicionante de la penalidad de la conducta, por lo que el medio de defensa no es la cuestión previa, sino la excepción de naturaleza de acción.

En el ámbito jurisprudencial no hemos localizado un pronunciamiento en este sentido.

## **C. Es un requisito de procedibilidad**

En la doctrina, Peláez Bardales (2001, p. 174) señala: “Esta circunstancia o requerimiento de pago constituye un importante requisito de procedibilidad, sin el cual no se puede formular la acción penal”. Hugo Álvarez (2009, pp. 14-15) expresa:

el legislador, para determinados supuestos contemplados en el artículo 215 del Código Penal, ha establecido ciertos requisitos de procedibilidad que se deben cumplir para interponer la acción penal correspondiente y que razones de otra índole impiden al fiscal (...) interponer la denuncia penal correspondiente por (no) haberse satisfecho el requerimiento del particular que hacen inviable su procedimiento.

De manera meridianamente clara Raúl Peña Cabrera (1993, p. 500) expresa: “(...) el librador tiene, después del requerimiento, tres días

hábiles para abonar la cantidad prevista en el cheque. Si éste lo hace dentro del plazo, entonces no procede denuncia penal.” Por su parte, Salinas Siccha (1997, p. 155) expone: “(...) si dentro de los tres días de requerido, el girado paga el valor del cheque no procede la acción penal”. En el ámbito jurisprudencial, en el Exp. N° 190-94, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 04 de noviembre del año 1997, estableció:

En cuanto al delito de libramiento indebido debemos tener en cuenta que si bien la encausada ha girado el cheque, no se ha cumplido con los requisitos que exige el artículo 215 del Código Penal, es decir, no ha sido requerido para el pago, por cuanto no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad, máxime si el cheque no ha sido presentado a cobro, no existiendo el sello del banco para establecer si dicho cheque fue presentado para hacerlo efectivo, por lo que de conformidad con el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales debe declararse fundada de oficio la cuestión previa en cuanto a este delito se refiere. (Data Penal, 2013)

En igual sentido, en el Exp. N° 6952-97, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 07 de enero del año 1998, señaló:

El artículo doscientos quince del Código Penal señala un requisito de procedibilidad para que se pueda ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido, esto es, que el agente que haya cometido el ilícito en mención, debe ser requerido documentadamente para el pago respectivo; que, en el caso de autos, la carta notarial remitida al procesado no fue entregada por cuanto nadie acudió al llamado del notificador, así aparece del reverso de la citada carta obrante en autos; que siendo esto así, no se ha cumplido el presupuesto indispensable para ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido. (Data Penal, 2013)

Asimismo, la ejecutorias superiores: Exp. N° 112-97 del 11 de diciembre de 1997, Exp. N° 4197-97-A del 22 de setiembre 1997, Exp. N° 4580-97-A del 23 de setiembre 1997; y, Exp. N° 3728-97-A. (San Martín Castro, 2003, pp. 376-377, nota al pie 151)

## 2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO

### 2.2.1. Corrientes *iusfilosóficas* sobre el derecho

Para una adecuada comprensión de lo que hemos desarrollado, *ab initio*, es necesario no confundir entre lo que es el derecho (objeto de estudio) y la disciplina que la estudia. En tal sentido, al momento de determinar qué es el derecho, se han desarrollado las siguientes corrientes *iusfilosóficas*: *iusnaturalismo*, positivismo; y, realismo jurídico, los mismos que han adquirido distintas variantes.

Entre *iuspositivistas* e *iusnaturalistas* no existe polémica respecto a que el derecho es un conjunto de normas o sistema normativo; no obstante, la controversia, surge al momento de establecer el origen de las mismas.

Siguiendo a Pérez Luño (2005, p. 41),

El *iusnaturalismo*, distingue entre dos sistemas normativos: el derecho natural, integrado por el conjunto de valores previos al derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente todas las formas jurídicas; y el derecho positivo, en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad.

Sin entrar a detallar las versiones “divinas”, “cosmológicas” y “racionalistas” del derecho natural, parafraseando al citado profesor español (2005, p. 41), podemos decir que modernamente el *iusnaturalismo* puede ser dividido en dos grandes versiones: a) el *iusnaturalismo* ontológico, dogmático o radical, el cual postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que se considera posible derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier derecho digno de serlo (Radbruch); y, el *iusnaturalismo* deontológico, crítico o moderado, que no niega la juridicidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para

comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo (Dworkin, Recasens, Stammler).

Respecto al positivismo jurídico, concibe al derecho como aquel que está vigente o puesto, no admitiendo la existencia de un parámetro valorativo que permita calificar de “no-derecho” alguna forma jurídica (por vulnerar esos “valores objetivos” o previos). Para más detalle, nos remitimos a lo desarrollado en el *ítem* siguiente, pues éste es el enfoque que sustenta nuestra tesis.

Por último, parafraseando a Pérez Luño (2005, p. 32), podemos decir que el realismo jurídico, considera que el derecho no es una norma o conjunto normativo, sino que dirige su mirada a la dimensión social del derecho, de tal manera que, se considera que el derecho no es lógica (normativa) sino experiencia, y el entendimiento de esa experiencia como práctica de los tribunales. Esta noción es atribuida al realismo jurídico norteamericano (Holmes). Asimismo, se ha desarrollado otra versión del realismo jurídico, denominado escandinavo, que concibe al derecho como un fenómeno psíquico colectivo. Se trata de categorías provistas de eficacia social, en la medida que son capaces de promover sentimientos de obligatoriedad en los destinatarios del derecho (Ross).

### **2.2.2. Enfoque *iuspositivista* metodológico y la filosofía analítica**

A continuación justificaremos *iusfilosóficamente* el fundamento del problema de investigación y la forma en que estas corrientes nos ayudaron a contrastar nuestras hipótesis. Así, dicho sustento está constituido por el enfoque *iuspositivista* normativista en su dimensión metodológica y además

por la filosofía analítica, aspectos que desarrollaremos previamente para luego relacionarlos.

En relación al positivismo jurídico, es necesario precisar que existen variantes del positivismo jurídico, así Hoerster distingue cinco formas de positivismo, las cuales resume en cinco tesis:

1) La tesis de la ley: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley, 2) la tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) la tesis de la subsunción: la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones. 4) la tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva; y, la tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. (1992, p. 11).

Respecto a lo que nos atañe, la tesis 2 de Hoerster, es también conocida como la tesis del positivismo metodológico, “según la cual el concepto de derecho tiene que ser definido neutralmente con respecto a su contenido” (1992, p. 13), es decir, el

iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido. Por tanto, desde el punto de vista del concepto de derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido. (1992, p. 12)

Por otro lado, la tesis 4, implica que los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva sino meramente subjetiva, de tal manera que no existen criterios objetivos que puedan ser aprehendidos racionalmente que determinen tal contenido.

Por lo que, “el positivismo jurídico en sentido pleno de la palabra, debe ser definido como aquella posición que abarca tanto la tesis 2 como la tesis 4” (Hoerster, 1992, p. 12), siendo este el enfoque que sustenta nuestro problema de investigación.

En este orden de ideas,

la dimensión metodológica del positivismo jurídico prevalece en sus versiones más vinculadas con la filosofía analítica. Desde sus premisas, se coincide en reivindicar el carácter científico del conocimiento del derecho, para lo que se ha considerado necesario operar con instrumentos de análisis lingüístico que permitan depurar los conceptos y las categorías jurídicos de las expresiones inútiles o equívocas, así como cualquier pretensión metafísica. Con ello se pretende contribuir a una clarificación del lenguaje normativo, a definir y complementar sus reglas de transformación, así como a sistematizarlo de forma coherente. (Pérez Luño, 2005, p. 61).

Dado que para la concepción neopositivista lo que caracteriza a las ciencias no es la verdad de sus objetos o contenidos, sino el rigor de sus procedimientos, se abría la posibilidad de un análisis del lenguaje jurídico (Hart, Bobbio, citados por Pérez Luño, 2005, p. 62). Por lo que,

El análisis del lenguaje ha cifrado como una de las principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la ciencia y a la filosofía del derecho de un lenguaje riguroso. Para ello, se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico. Su principal preocupación metódica ha sido la de purificar los dominios del derecho de conceptos inútiles o equívocos desde el punto de vista teórico o de nociones destinadas a enmascarar la realidad desde el plano ideológico. (Pérez Luño, 2005, p. 63).

Por último, podemos indicar que, el análisis del lenguaje es un procedimiento que utiliza el jurista, pues las normas jurídicas, son entidades lingüísticas.

### **2.2.3. Aproximaciones a la filosofía del derecho positivo**

Como expresa Guastini (2016, p. 20, nota al pie 3), el análisis del lenguaje tiene como base una idea de filosofía general expresada por Ludwig Wittgenstein en el *Tractatus Lógico-Philosophicus*, según el cual el objetivo de la Filosofía no es la el conocimiento del mundo –esta es la tarea de las diferentes ciencias– sino mas modestamente “la aclaración lógica de los pensamientos”; por tanto la Filosofía es la “crítica del lenguaje”, una actividad o, quizá, un método: el análisis lógico del lenguaje. La filosofía del

derecho no es mas que el análisis del lenguaje jurídico (de los legisladores, de los jueces y de los juristas).

En este contexto, existen dos formas diferentes de concebir y practicar la filosofía del derecho: a) la filosofía del derecho (positivo) como meta-jurisprudencia; y, b) la filosofía del derecho (positivo) como construcción de conceptos. Antes de aclarar estas dos perspectivas, conviene desarrollar los instrumentos de análisis típicos y recurrentes, de los que se vale la filosofía del derecho así entendida, sea en un sentido u otro. Estos instrumentos de análisis son: la definición, la distinción entre enunciados empíricos y enunciados analíticos, la distinción entre lenguaje y metalenguaje, la distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos; y, la distinción entre motivos y razones.

En este acápite seguimos las reflexiones del mencionado profesor Genovés (2016).

### **A. La definición**

Como enseña Guastini (2016, p. 21-22) se llama definición al enunciado mediante el que se determina el significado de un término o de una expresión compuesta (sintagma). La forma estándar de una definición es un enunciado del siguiente tipo: “ ‘x’ significa ‘y’ ”.

Se llama *definiendum* a la expresión (vocablo o sintagma) definida (“x”), y *definiens* a la expresión usada para definirla (“y”). Por ejemplo: “Democracia” significa gobierno del pueblo. Se llama “Estado de Derecho” a aquellos ordenamientos jurídicos que tienen tal o cual característica.

Ahora bien hay 2 tipos de definiciones:

- a. Las definiciones informativas: describen cómo es usada una expresión definida efectivamente por alguien (v.gr. Las definiciones lexicográficas contenidas en el diccionario de una lengua, las cuales describen de qué manera es usada comúnmente una palabra por aquellos que hablan la lengua en cuestión).
- b. Las definiciones estipulativas: las cuales: i) proponen usar un término o sintagma preexistente de un modo nuevo, o, ii) sugieren usar un término o sintagma preexistente de una forma mas precisa respecto del uso común, o bien iii) establecen cómo usar un término o sintagma de nueva creación. Las definiciones que proponen usar una expresión ya en uso, de una manera mas precisa respecto del uso común se llaman “redefiniciones”.

En relación a las definiciones es importante entender dos cosas: i) las definiciones informativas pueden ser verdaderas o falsas (dependiendo de si describen verídicamente o no, el uso lingüístico efectivo). Las definiciones estipulativas no son verdaderas ni falsas; ii) las definiciones no versan sobre cosas sino sobre palabras: no describen objetos sino modelan conceptos, la definición de “democracia” no transmite información sobre la forma de Estado democrático sino se refiere exclusivamente al vocablo democracia, determinando su significado (o concepto si se prefiere).

### **B. La distinción entre enunciados empíricos y enunciados analíticos**

Se llama enunciado empírico (fundado sobre la experiencia) a aquel que cumple tres características: versa sobre hechos, puede ser verdadero o falso; y, es verdadero o falso en virtud de su relación con el mundo (es

verdadero si se corresponde con los hechos –“la nieve es blanca” –, o no –“la nieve es azul”–).

Se llama enunciado analítico a aquel que: no versa sobre hechos, es necesariamente verdadero o falso (por razones lógicas o conceptuales); y, es necesariamente verdadero o falso, no en virtud de su relación con el mundo, con los hechos, sino exclusivamente en virtud a su estructura lógica (“Tizio está vivo o no vivo”, “Cayo está vivo y muerto”, “Una proposición es verdadera o falsa” ) o del significado (que se supone compartido) de los términos que lo componen (“Ningún soltero está casado”, “Los solteros están casados”, si se conviene que “soltero” significa “no casado”).

### **C. La distinción entre lenguaje y metalenguaje**

Conviene recordar que estamos siguiendo las ideas desarrolladas Guastini (2016). Así, el profesor genovés expresa que las palabras hablan de “cosas”, es decir, de objetos no-lingüísticos o extralingüísticos (que están fuera del lenguaje), como por ejemplo, los gatos. Pero también sucede que las palabras hablan de palabras. Por ejemplo, mientras el enunciado “*Los gatos tienen cuatro patas*” habla de los gatos, el enunciado “*La palabra “gato” tiene cuatro letras*” no habla de los gatos sino de la palabra “gato”. En el primer caso, la palabra “gato” es *usada*, en el segundo, es únicamente *mencionada* (entre comillas).

No siempre el lenguaje tiene por objeto hechos, esto es, la realidad extralingüística. Las definiciones, por ejemplo (“por “soltero” se entiende varón no casado”) no versan sobre hechos, sino sobre el significado de las palabras.

Una norma de abrogación (“queda abrogada la norma que prohíbe el adulterio”) no es una norma de conducta: a diferencia de la norma abrogada, esta no versa sobre el adulterio sino sobre otra norma, es decir, sobre otro enunciado de las fuentes del derecho.

Cuando el lenguaje con el que nos expresamos no tiene como objeto cosas extralingüísticas sino otro lenguaje:

- a) Se le suele llamar “metalenguaje” al lenguaje mediante el que nos expresamos (por ejemplo, está formulado en metalenguaje el enunciado “la palabra “gato” tiene cuatro letras”)
- b) Se suele llamar “lenguaje-objeto” al lenguaje del que hablamos (la palabra “gato” del ejemplo precedente)

Se suele decir que el metalenguaje y su lenguaje-objeto se colocan en 2 niveles diferentes del lenguaje: el metalenguaje está “por encima” del lenguaje objeto, en el sentido de que versa sobre aquel.

#### **D. La distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos**

Un enunciado descriptivo es aquel que formula y transmite informaciones sobre el mundo (“la nieve es blanca” “la nieve es azul”). Un enunciado prescriptivo es aquel dirigido a modificar el comportamiento de los hombres (“no matar” “prohibido fumar”).

Es descriptivo el lenguaje de la ciencia, es prescriptivo aquel del derecho (y de la moral). La distinción entre estos dos tipos de enunciados, está conectada con la distinción entre dos tipos de controversias:

- a) Las controversias relativas a los hechos (¿cómo está el mundo?). Estas controversias al menos en principio, pueden ser resueltas, y su solución

hay que buscarla mediante la extensión o profundización del conocimiento.

b) Las controversias relativas a las normas y/o valores (¿qué debemos hacer? ¿qué está bien?). Estas controversias no siempre pueden ser resueltas, y en cualquier caso, la solución –si es que es posible– depende de la argumentación y de la persuasión.

### **E. La distinción entre motivos y razones**

Los motivos son hechos (o eventos) mentales o psíquicos: son impulsos, emociones, actitudes, sentimientos, etc. que inducen a tener una cierta creencia, a defender una tesis o a tomar una decisión. Las razones son, por el contrario, enunciados lingüísticos que se aducen públicamente para defender o justificar una tesis o una decisión, es decir, son las premisas de un razonamiento.

Un razonamiento es, precisamente, una secuencia de enunciados en la que al menos un enunciado funciona como conclusión (tesis o decisión), mientras que los restantes funcionan como premisa, argumentos, o razones a favor de la conclusión.

Ahora bien, regresemos a la explicación acerca de las dos formas diferentes de concebir y practicar la filosofía del derecho “positivo”: a) la filosofía del derecho (positivo) como meta-jurisprudencia; y, b) la filosofía del derecho (positivo) como construcción de conceptos.

Respecto a la primera, coincidiendo con Ross (citado por Guastini, 2016, p. 25), habría que distinguir tres planos diferentes: a) El derecho no es otra cosa, al menos desde un primer punto de vista, que el lenguaje (o discurso si así se lo prefiere llamar) de las autoridades normativas (los padres

constituyentes, el legislador, las autoridades reglamentarias, etc.), es decir, un conjunto de textos o documentos normativos (leyes, constitución, reglamentos, etc.); la jurisprudencia, es un metalenguaje –un lenguaje de segundo grado o nivel– cuyo lenguaje-objeto es precisamente el derecho: consiste en el análisis del lenguaje del derecho; y, la filosofía del derecho, es a su vez, un metalenguaje –un lenguaje de tercer grado o nivel– cuyo lenguaje objeto es lenguaje de la jurisprudencia.

En otras palabras: si la doctrina consiste en el análisis del discurso del “legislador material”, la filosofía del derecho consiste a su vez en análisis del discurso de los juristas. Bajo esta perspectiva, Bobbio (citado por Guastini, 2016, p. 25, nota al pie 17) expresa que: “La filosofía del derecho es metajurisprudencia, es decir, descripción y análisis de los discursos de las operaciones prácticas llevadas a cabo por los juristas y los jueces”.

Sin embargo, conviene precisar que los juristas no se limitan a analizar el discurso de las fuentes sino que lo plasman y modelan. En el primer caso, lo modelan mediante la interpretación obteniendo significados, es decir normas (esta norma en lugar de aquella otra) a partir de textos normativos. Por otro, lo modelan y lo enriquecen mediante la “construcción”, es decir, añadiéndole normas implícitas.

En relación a la segunda: la jurisprudencia es un trabajo (interpretativo y constructivo), que responde a cuestiones “de derecho” (¿qué dispone el derecho? ¿cuáles es el contenido normativo del ordenamiento?); y, la filosofía del derecho es una actividad eminentemente y meramente conceptual que responde a problemas de formulación y organización del conocimiento.

Más precisamente, la actividad de la filosofía del derecho consiste en modelar (no el derecho) sino los conceptos usados para describirlo. Los conceptos se modelan mediante definiciones estipulativas o mediante redefiniciones. En otras palabras: ofrecer diferentes soluciones a un problema filosófico-jurídico incide en el modo de describir el derecho, pero no incide de ningún modo sobre la identificación del contenido del propio derecho el cual, cuando se discute de filosofía del derecho, no es puesto en discusión.

A manera de ejemplo, Guastini (2016, p. 27-28) expone: si se discute si las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de una ley (una disposición de ley) son, o no, “fuentes del derecho”.

Se quiere saber, en síntesis, si en la enumeración de las fuentes del derecho vigente (Constitución, leyes, etc.) también hay que incluir o no a las mencionadas sentencia del juez constitucional.

No obstante, los efectos de dichas sentencias no son puestas en discusión: todos concuerdan sobre tales efectos. Lo que se discute no es el régimen jurídico de las sentencias constitucionales sino (solo) sobre el concepto de “fuente del derecho”.

#### **2.2.4. El método del derecho penal desde el punto de vista del positivismo jurídico**

Antes de relacionar el enfoque con nuestro problema de investigación, habiendo sustentado por qué nuestra investigación se enmarca dentro del positivismo jurídico, a continuación desarrollaremos, ya en el ámbito penal, el método del Derecho penal dentro de esta perspectiva.

Como se acaba de precisar, hay que distinguir entre el objeto de estudio y la disciplina que la estudia. Esta distinción epistemológica, tiene su origen en el Principio de legalidad y sirve para comprender: a) qué es la Dogmática; y, b) en qué consiste la labor de jurista al estudiar el Derecho penal objetivo y sistematizar los resultados de su trabajo (Hurtado Pozo, 2005, p. 5).

Respecto al primer punto, es necesario deslindar el objeto de estudio de la dogmática, respecto de otros saberes fácticos o normativos. “Si la ciencia jurídica no ha de disolverse en la Ciencia Natural, el Derecho tiene que ser distinguido de la Naturaleza con toda nitidez” (Kelsen, 2003, p. 26).

El jurista para conocer el Derecho penal positivo, desempeña una determinada actividad (método), indispensable para la posterior aplicación (Juez), enseñanza (Docencia) y reforma (Política Criminal) del Derecho penal positivo.

Sin saber qué es lo que dice el Derecho penal, qué es lo que está prohibido o permitido por él, no pueden aplicarse, enseñarse o criticarse las normas (Muñoz Conde, 2001, p. 211).

Por eso la finalidad de la “ciencia” del Derecho penal es el conocimiento de éste.

la dogmática jurídicopenal, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley, quiere castigar y como quiere hacerlo (Muñoz Conde, 2001, p. 212).

En este contexto la Dogmática penal viene a ser aquella “disciplina que abarca la interpretación, sistematización y perfeccionamiento las normas legales y los conceptos jurídicos en materia penal”. (Hurtado Pozo, 2005, p. 62)

Para llevar a cabo correctamente esta actividad de conocimiento utiliza un método (“actividad”) que se denomina método dogmático. En consecuencia, el jurista para conocer el Derecho penal positivo utiliza el método dogmático. La dogmática penal se desenvuelve en los siguientes momentos: a) Interpretación, b) Sistema; y, crítica del Derecho penal positivo.

### **A. Interpretación**

Es el descubrimiento y determinación del sentido de la ley para aplicarla a los casos concretos de la vida real. La Interpretación tiene relación con el problema de las fuentes del Derecho penal y con el de su aplicación en la realidad. En el Derecho penal, en virtud al Principio de legalidad, no hay más fuente que la ley. Para ello, se viene aplicando 4 criterios de interpretación: gramatical o literal, histórico, lógico–sistemático; y, teleológico.

Cuando se realiza esta actividad (“interpretación de las normas penales” a través de los criterios descritos), la investigación se denomina investigación doctrinal hermenéutica.

### **B. Sistema**

En este nivel no solo se interpretan las normas sino que se formulan teorías. La polémica más importante de los últimos cien años en el ámbito penal, es sobre el sistema de la teoría del delito. Constituye una instrumento indispensable para conocer el Derecho positivo.

Para lograr la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos de un delito ¿es un acto de ejecución de asesinato el comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿es un acto de ejecución de homicidio el

sacar la pistola de su funda para disparar? ¿es un acto de ejecución de hurto apoyar la escalera en el muro?

La misión consiste en formular teorías, partiendo de la solución legal. En las preguntas formuladas, su resolución han conllevado a la elaboración de teorías: Teoría Subjetiva.- determina el comienzo conforme al plan del autor. Teoría Objetiva.- atiende a la descripción del tipo penal. Estas teorías se distinguen por su mayor o menor fuerza de convicción, su comunicabilidad, verificabilidad y por la racionalidad de sus argumentos. Cuando se realiza esta actividad, la investigación se denomina investigación doctrinal teórica.

### **C. Crítica al Derecho penal positivo**

Este último nivel, a efectos de lograr el perfeccionamiento de las normas penales, se tiene que tener una actitud crítica frente a ellas (“Política Criminal”) y considerar que el saber dogmático es un “saber parcial” que tiene que ser completado con otros saberes.

El Derecho penal interpretado y sistematizado puede ser injusto, antidemocrático y perjudicial a la convivencia (puede atacar los derechos fundamentales). Debe estar presente en todas las fases de la dogmática.

Cuando los resultados vía interpretación o sistematización no sean los más convenientes para la convivencia pacífica y democrática, pasa la crítica a cumplir una misión de *lege ferenda*, procurando la reforma o el cambio del Derecho penal.

Las bases sobre las que se debe hacer esta crítica, parafraseando a Muñoz Conde (2001, p. 212), son las siguientes: por un lado, bases jurídicas: se parte del ordenamiento jurídico considerado como un todo: Programa

Penal Constitucional: Principio de legalidad, proporcionalidad, intervención mínima, culpabilidad, resocialización, etc.; y por otro lado, las bases político sociales: se sitúa en el ámbito extrajurídico. La Criminología ofrece datos necesarios para la crítica del Derecho penal vigente.

Por ello, acertadamente se ha señalado que:

La ciencia del Derecho penal debe elaborarse de un modo que transforme los conocimientos criminológicos, en exigencias político criminales, y éstas a su vez en norma jurídicas. (Roxin, 2010, p. 361)

En suma, de lo desarrollado hasta aquí, coincidiendo con la clasificación general elaborada por Sánchez Zorrilla (2011, pp. 317 y ss.), podemos decir que existen 3 tipos de investigación jurídico–penales, con un método jurídico (dogmático): Investigación doctrinal interpretativa (“*lege lata*”), Investigación doctrinal teórica, y la investigación político–criminal (“*lege ferenda*”). Son pertinentes e ilustrativos los consejos que nos brinda Atienza (2008) para escribir un trabajo en dogmática.

Además, conforme resaltamos precedentemente, se deben tomar en cuenta también las investigaciones que se realizan en las denominadas “ciencias penales”, que utilizan sus propios métodos, sobre todo: Investigación en Filosofía del Derecho penal, investigación en historia del Derecho penal, y la investigación en Criminología (“saber empírico”).

#### **2.2.5. Relación del enfoque con el problema y la contrastación de hipótesis**

Como se advierte del problema planteado, este tiene su fundamento en el positivismo jurídico con un método que incluye a la crítica.

En tal sentido, a partir del análisis del tipo penal 215 del Código Penal, que regula el delito de libramiento indebido, comprobamos que existe una

problemática, respecto a la forma como debe interpretarse sus dos componentes lingüísticos “constancia expresa de falta de abono” y “requerimiento de pago”, evidenciándose también la presencia de la filosofía analítica, pues conforme destacamos existe una estrecha relación entre positivismo metodológico y filosofía analítica. He aquí el fundamento *iusfilosófico* de nuestro problema.

En cuanto a la forma en que estas corrientes nos ayudaron a contrastar nuestras hipótesis, conviene precisar que estos enfoques nos permitieron considerar la “constancia expresa de falta de abono” y al “requerimiento de pago” como instrumentos de análisis lingüístico, ello con la finalidad de depurar los conceptos y las categorías jurídicas de las expresiones inútiles o equívocas, contribuyendo a una clarificación del lenguaje normativo, a definir y complementar sus reglas de transformación, así como a sistematizarlo de forma coherente.

Así respecto a nuestra primera hipótesis, nos ayudó a diferenciar entre las categorías: elemento de tipo, cuestión probatoria, requisito de procedibilidad y condición objetiva de punibilidad. Además, desde la perspectiva del positivismo crítico, se cuestionó la pertinencia de la regulación de la “constancia expresa de falta de abono”, en base al bien jurídico protegido así como a valoraciones extrapenales.

En relación a la segunda hipótesis, nos ayudó a clarificar las confusiones existentes sobre el elemento “requerimiento de pago”, pues la doctrina y jurisprudencia no distingue adecuadamente la expresión lingüística “requerimiento de pago” del “pago efectivo”, asignándoles efectos jurídicos idénticos. Del mismo modo, desde la perspectiva del positivismo crítico, se

cuestionó la pertinencia de la regulación del “requerimiento de pago”, en base al bien jurídico protegido así como a valoraciones extrapenales.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo desarrollado en el *ítem* el método del Derecho penal desde el positivismo jurídico, podemos decir que nuestra investigación, se ubica en el nivel doctrinal interpretativo (*lega lata*) y crítico (*lega ferenda*).

## **2.3. BASES TEÓRICAS**

### **2.3.1. La Teoría del delito**

#### **2.3.1.1. La Teoría del delito en el Estado Constitucional**

El papel de la dogmática penal, y dentro de esta a Teoría del delito, en un Estado Constitucional de Derecho (artículo 43 de la Constitución –CPP–), ha sido destacado de manera contundente por el jurista español Gimbernat Ordeig (2009, p. 9):

La dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite.

En este orden de ideas, la dogmática penal ha tratado de dar respuesta a tres preguntas fundamentales respecto de su objeto de

estudio llamado Derecho penal: ¿qué es el Derecho penal?, ¿qué es el delito?; y, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea el delito? La primera pregunta, ha sido abordada por la Teoría del Derecho penal, la segunda, por la Teoría del delito; y, la última por la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

Teniendo en cuenta los alcances y delimitación de nuestra investigación, desarrollaremos, en primer lugar, como parte de nuestras bases teóricas, la llamada Teoría del delito.

### **2.3.1.2. Concepto y necesidad de la Teoría del delito**

Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. (Zaffaroni, 1998, p. 389)

Esta noción se vincula al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, el cual consiste en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto. En efecto, cuando el Juez, fiscal, defensor o quien fuere, se encuentra ante la necesidad de determinar si existe delito en un caso concreto, como por ejemplo, la conducta de un sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería, incumbiéndole averiguar si esa conducta constituye o no delito; lo primero que debe saber es qué carácter o característica debe presentar una conducta para ser delito.

En este orden de ideas, puede señalarse que dicha conducta es delito pues se adecúa a lo prescrito en el artículo 185<sup>6</sup> del Código Penal; no obstante, puede suceder que pese a adecuarse a esta disposición, en el caso concreto, el sujeto hubiese tomado la joya por error, o que lo hubiese hecho porque necesitaba dinero para operar a su hijo en peligro de muerte, o que la alhaja fuese de él y él creyese que fuese del joyero, o que lo hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirla si no le entregaba una carta comprometedora con que el joyero le extorsionaba, exigiéndole entregas de dinero. En cualquiera de estos supuestos, igualmente habrá que dar respuesta: ¿el sujeto cometió un delito o no?

Para dar respuesta a esta interrogante, es imprescindible saber qué caracteres debe tener un delito, siendo necesario formularnos una serie de preguntas y no sólo una, como hemos visto. Estas preguntas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden, porque no tiene sentido que preguntemos algunas cosas cuando aún no hemos respondido otras. Las preguntas y su orden es precisamente lo que nos proporciona la teoría del delito, puesto que al explicarnos qué es el delito en general, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito, nos está revelando las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos la está dando en un orden lógico del mismo modo que en cualquier otro fenómeno complejo cuya naturaleza debemos esclarecer. (Zaffaroni, 1998, p. 390).

En conclusión, “la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto” (Zaffaroni, 1998, p. 390).

---

<sup>6</sup> Artículo 185 del CP.- “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.”

### **2.3.1.3. Necesidad de estratificar la Teoría del delito**

Como señalamos, son varias las preguntas que debemos responder para saber si en cada caso concreto hubo delito, por ello estas preguntas tienen que ser consecuencia de un análisis en que sea necesario proceder por pasos sucesivos. Esta asunción, nos lleva a asumir un concepto estratificado de delito, es decir, que se integra con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero “ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito: lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos vía análisis” (Zaffaroni, 1998, p. 392). Lo que hay que enunciar será los caracteres analíticamente obtenidos.

### **2.3.1.4. Niveles analíticos de la Teoría del delito**

Cuando queremos averiguar qué es el “delito”, aún sin necesidad de abrir el Código Penal, sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, pues carece hoy de sentido hablar de “delitos” que no sean conductas humanas. La conducta humana es entonces el “sustantivo” a la que hay que agregarle “adjetivos”.

Luego, sabemos que existen una infinidad de conductas humanas posibles, pero sólo algunas son delitos. Para poder distinguir las conductas que son delito de aquellas que no lo son, acudimos al libro segundo del Código Penal (artículo 106 y ss.), donde unos dispositivos legales describen las conductas prohibidas o mandadas a las que se asocia una pena como consecuencia jurídica. Habrá delito entonces, si es que en un caso concreto la conducta humana

se adecúa a alguno de estos dispositivos legales (Parte especial del Derecho penal).

Dentro de nuestra disciplina, técnicamente se llama “tipos” a estos elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe u ordena que se haga con relevancia penal. Cuando una conducta se adecúa a un “tipo penal”, decimos que se trata de una conducta típica o una conducta que presenta la característica de tipicidad. En otras palabras, el sustantivo conducta con su primer adjetivo denominada típica.

De este modo, hemos obtenido ya dos caracteres del delito: uno genérico (conducta) y otro específico (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie del género conducta.

Sin embargo, con la sola característica de tipicidad no basta, pues existen casos en los cuales no existe delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible), otros en que no hay tipicidad (supuestos de error), pero también hay casos en que para la ley penal (artículo 20 del Código Penal) no existe delito pese a haber una conducta plenamente típica.

En efecto; si reparamos en el listado del artículo 20 del Código penal, observamos supuestos en que operan permisos para realizar conductas típicas. Cuando la conducta típica no está permitida, diremos que, además de típica, será también contraria al orden jurídico. A esta característica (segundo adjetivo) de contrariedad al orden jurídico formando un conjunto armónico –que se comprueba

con la ausencia de permisos– se le llama antijuridicidad. Por ende, decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.

En suma, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica de tipicidad, sino que se requerirá que presente también un segundo carácter específico: la antijuridicidad. Pese a esto, si leemos nuevamente el artículo 20 del Código penal, veremos que hay supuestos de los que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es delito, porque se menciona supuestos en que la conducta es claramente típica, que no existe permiso legal alguno, y sin embargo, tampoco existe delito. Así, por ejemplo, el que por su incapacidad o anomalía psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su hacer (“loco”), no comete un delito pero su conducta es típica y no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación.

En la dogmática penal, se llama a la conducta típica y antijurídica, un “injusto penal”, reconociendo que el injusto penal no es aún delito, sino que para serlo, tiene que ser “atribuible” o “imputable” a su autor. A esta característica de atribuibilidad del injusto al autor es a lo que se denomina culpabilidad y constituye el tercer carácter específico (adjetivo) del delito.

De esta forma se habrá construido el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Esta definición, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto si hubo o no delito.

En suma, en primer lugar, debemos preguntarnos si hubo conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hallamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar más. Luego debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también allí debemos seguir el orden señalado, porque si concluimos que la conducta no se adecúa a un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es atribuible o imputable, puesto que jamás será delito, aunque las respuestas precedentes sean afirmativas.

En otras palabras, si nos encontramos ante una conducta típica, cabrá entonces preguntarnos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la atribuibilidad de conductas que no sean contrarias a él (que están justificadas). Por último, cuando tenemos una conducta típica y antijurídica, recién cobra sentido preguntarse si esa conducta le es atribuible al autor, es decir, si es culpable. En los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito.

(Zaffaroni, 1998, pp. 395-398)

Esta forma de razonar, se llama

concepción estratificada del delito, que consiste en requerir una serie de elementos del delito que están vinculados lógicamente entre sí, de tal manera que cada uno de ellos implica la presencia del que se menciona antes (la tipicidad supone la existencia de acción, la culpabilidad de antijuridicidad, etcétera). (Nino, 2012, pp. 180-181)

A continuación desarrollaremos, cada uno de estos caracteres genéricos y específicos del delito, o como también señalamos, el sustantivo con sus respectivos adjetivos.

## A. La conducta o comportamiento

Sin desmerecer la evolución del concepto de esta categoría jurídica<sup>7</sup>, podemos decir que no se concibe delito sin acción humana. La acción es el primer elemento en el concepto del delito<sup>8</sup>. De tal manera que, la acción es la conducta humana voluntaria, consistente en un hacer o en un no hacer. (Ure, 2010, p. 347)

De la noción antes expuesta se pueden deducir los elementos de la acción:

a) Debe tratarse de un comportamiento exterior, positivo (acción *strictu sensu*) o negativo (omisión). La volición interna que no se proyecta al exterior queda en posición de licitud para el Derecho penal: *cogitationis poena nemo patitur*<sup>9</sup>.

b) Puede manifestarse en dos formas, en un hacer, o un “no hacer”. Estas dos formas de la conducta originan la división en delitos de comisión y en delitos de omisión; respectivamente, y éstos últimos, a su vez, en delitos omisivos propios y omisivos impropios o de comisión por omisión.

c) El comportamiento además de humano deber ser voluntario. Quedan excluidos del concepto: 1) los movimientos reflejos, es decir, aquellos movimientos involuntarios que suceden

---

<sup>7</sup> Sobre la evolución del concepto de acción, en sentido crítico, véase las reflexiones del profesor Tomas S. Vives Antón (2011, pp. 121-156). De manera detallada sobre el concepto de acción, puede consultarse las reflexiones de Edgardo Gramajo (1975, pp. 19-144).

<sup>8</sup> Actualmente defiende esta posición Roxin (2010, pp. 252-265). En contra, y solamente la consideran como categoría independiente a efectos didácticos, entre otros: Muñoz Conde (2000, 241) quien expresa: “no hay una acción abstracta, pre jurídica, de robar o de agredir sexualmente, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los respectivos artículos del Código Penal”; y Mir Puig (2002, p. 153).

<sup>9</sup> “Nadie puede ser penado por sus pensamientos”. V. gr. Pensar en matar algo no es castigable, mientras que la comisión de un homicidio sí lo es.

inmediatamente a una irritación periférica. Si a consecuencia de un intenso y súbito dolor que produce el aguijón de una avispa, se mueve el brazo y se daña un cosa ajena, no existe acción, 2) los estados de inconsciencia absolutos que anulan la voluntad, como la embriaguez letárgica o aquellos producidos en estados epilépticos; y, e) cuando el movimiento corporal es determinado por una fuerza física irresistible, siendo que el agente es instrumento de la voluntad de otro<sup>10</sup>.

d) Debe producir un resultado en el mundo exterior, desde el prisma estrictamente jurídico y no en sentido físico o causal.

## **B. Tipicidad**

El primer adjetivo de la acción es la tipicidad. Esto quiere decir, que afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si ésta se encuentra descrita o tipificada por una ley –ley en sentido estricto o decreto legislativo–. Esta exigencia emana del principio de legalidad, al constituirse en una garantía de todo ciudadano de conocer previamente las conductas prohibidas. A estas descripciones legales, se les denomina en la “ciencia penal” tipos penales.

Por ello, con acierto Muñoz Conde y García Aran (1990, p. 40) señalan: “El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal” mientras que Zaffaroni (1998, p. 453) expresa: “es

---

<sup>10</sup> Debemos destacar aquí a los actos en corto circuito, que suelen confundirse con los actos involuntarios que como estamos desarrollando anulan la voluntad. Aquéllos se forman sin la total colaboración de la personalidad psíquica, pero en su origen son voluntarios, son capaces de inhibición y por ello no escapan del ámbito de la voluntad. En otras palabras, son actos en lo que no se ejerció el poder de inhibición que se pudo ejercer.

un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)”.

Desde un punto de vista material, el tipo penal cumple las siguientes funciones: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; es decir, a través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho penal, b) una función de garantía, pues da seguridad de los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se le denomina tipo garantía; y, c) una función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

Esta categoría –tipo penal– debe distinguirse del “juicio de tipicidad”, el cual consiste en la actividad intelectual para establecer si la conducta concreta se adecua o no al tipo penal. La subsunción es el resultado positivo del juicio de tipicidad o juicio de adecuación (correspondencia entre hecho de la realidad y lo descrito en el tipo penal). La tipicidad es entonces la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta del tipo penal.

En suma,

a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (*atípica* la que no la presenta); b) tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta). (Zaffaroni, 1998, p. 456)<sup>11</sup>.

Respecto a su estructura, su configuración nunca ha permanecido igual; así, desde su formulación inicial por Beling en el año 1906, fue concebido en forma objetiva, es decir como abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno. Todo ello dentro de la sistemática de un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva. Sin embargo, pronto esta concepción fue dejada de lado, pues al pretender abarcar solo aspectos objetivos o la exterioridad de la conducta, se terminaba aceptando que contenía meros proceso causales.

Ante ello, con el descubrimiento de elementos subjetivos del tipo y la concepción de una culpabilidad normativa, en la década del 30, irrumpe la figura de Welzel, quien construye una estructura compleja del tipo, es decir con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Es ésta estructura la que se mantiene hasta la actualidad sin cuestionamiento, salvo en relación a sus fundamentos

---

<sup>11</sup> “Tipo penal” es la fórmula legal que dice “el que mata a otro” (artículo 106 del Código Penal); “tipicidad” es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta del sujeto “A” que dispara cinco balazos contra “B”, dándole muerte (está en la realidad). La conducta de “A”, por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta “típica”.

filosóficos<sup>12</sup>. En este orden de ideas, veamos la vertiente objetiva y subjetiva del tipo penal, respectivamente.

#### **a. Elementos de la tipicidad objetiva**

El tipo objetivo, está compuesto por los siguientes elementos:

**i. Sujetos. Activo:** es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal. Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales pueden ser: a) comunes, si el autor puede ser cualquier persona; y, b) especiales, si sólo pueden cometer el delito personas con “cualidades” especiales por razones naturales (auto aborto) o requerimientos jurídicos (funcionario público). **Pasivo:** es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

**ii. Bien Jurídico Protegido:** “es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan” (Zaffaroni, 1998, p. 460). Los bienes jurídicos suele decirse que son, por ejemplo, la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etc. El “ente” que el orden jurídico tutela contra ciertas conductas que le afectan no es la “cosa en sí misma”, sino la “relación de disponibilidad”, del titular con la cosa. En otras palabras,

---

<sup>12</sup> Esta concepción del tipo penal (objetivo–subjetivo), permite ubicar el querer del resultado (dolo) en el tipo, resolviendo el problema de la causalidad, la tentativa se distingue claramente porque el querer pasa a ser un problema típico; y, el tipo prohíbe una conducta y no una causación.

los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos.

Citando a Roxin (2010, p. 56) podemos decir que:

Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales, pueden ser de lesión o de peligro, dependiendo si se requiere una efectiva lesión del mismo o solo su puesta en peligro. Los delitos de peligro a su vez, se dividen en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

- iii. Conducta típica:** es el comportamiento descrito en cada uno de los tipos penales de la parte especial del Código Penal, se le conoce también con la denominación de “verbo rector”. Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales, pueden ser de mera actividad o de resultado.
- iv. Medio empleado:** existen tipos que pueden ejecutarse utilizando cualquier medio, recibiendo la denominación de tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística, que requieren el empleo de un medio específico.
- v. Resultado:** Se entiende que este elemento es exigible sólo respecto de los delitos de resultado mas no de los de mera actividad. Resultado es el fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación al bien

jurídico. Por ejemplo, en el homicidio, se pueden distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte. Sin embargo, también se habla de resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro del bien jurídico.

**vi. Relación de causalidad:** esto significa que para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre acción y resultado existe relación de causalidad desde el punto de vista natural, para luego, determinar si existe vínculo jurídico entre ambos.

**vii. Imputación Objetiva:** No obstante existir abundante literatura al respecto, y dentro de ellas principalmente las controversias suscitadas sobre su ubicación sistemática<sup>13</sup> dentro de la Teoría del delito; a nuestro criterio, esta forma parte de la tipicidad objetiva (elemento objetivo del tipo) o en todo caso funciona como un “criterio correctivo”<sup>14</sup> de la imputación al tipo objetivo.

En este orden de ideas, la imputación objetiva

responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponde con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez afirmada el carácter típico de la conducta– si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es

---

<sup>13</sup> Sobre el contenido y extensión operativa de la Imputación Objetiva, puede consultarse las reflexiones del profesor español Mir Puig (2003, pp. 2-19). Para una visión crítica de la Imputación Objetiva, puede consultarse las reflexiones del profesor Luis Gracia Martín (2005, pp. 536-544).

<sup>14</sup> Esta frase es usada por el profesor argentino Zaffaroni (1998, p. 567) al desarrollar el ítem “tipicidad conglobante”, aunque con distinta connotación.

decir, si también el resultado es típico. (Cancio Meliá, 2010, p. 186)

Se trata entonces, de una teoría de aplicación operativa a nivel típico, de carácter bifronte, cuyas raíces ha dado lugar a lo que se denomina: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. Veamos los criterios que comprenden ambos planos.

#### **a) Imputación Objetiva del Comportamiento**

Esta vertiente de la imputación objetiva se debe a los aportes de las corrientes jurídico–dogmáticas funcionales de las últimas décadas, en cuyo nivel de análisis “ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo” (Cancio Meliá, 2010, p. 187), siendo tres los criterios a utilizarse: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Destacándose su funcionalidad como “escalones sucesivos de análisis” que van de lo más genérico a lo más específico<sup>15</sup>.

**Riesgo permitido:** Se acepta de manera unánime que

en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general. (Cancio Meliá, 2010, p. 187)

---

<sup>15</sup> Esta óptica brinda una aplicación más *coherente* de la mencionada teoría, pues en la doctrina e incluso en la jurisprudencia se usan estos criterios a veces de manera errada.

Por eso, no es necesario hurgar en el aspecto subjetivo del delito ya sea doloso o imprudente, pues legitima espacios generales de libertad de actuar en cuanto elemento del tipo objetivo. En ciertos casos se creará un “nuevo” riesgo jurídico penalmente desaprobado, y en otros simplemente se “incrementará” uno que aún es permitido.

**Prohibición de regreso:** este criterio ha sido desarrollado principalmente por Jakobs, señala:

el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral–arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. (Cancio Meliá, 2010, p. 189)

**Ámbito de responsabilidad de la víctima:** este criterio parte por reconocer el llamado “principio de autorresponsabilidad”, el mismo que tiene sustento constitucional<sup>16</sup>, que “consiste en el reconocimiento de la libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes” (Cancio Meliá, 2010, p. 193); en otras palabras, este criterio operará en supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende

---

<sup>16</sup> Artículo 2 de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]”. El énfasis es nuestro.

conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que pueda producir una lesión a ese bien jurídico, siendo que el riesgo debe ser imputado al ámbito de la víctima si es que la actividad permanece en el ámbito conjunto de organización, si la conducta de la víctima no ha sido instrumentalizada por el autor; y, si este último no tiene un deber de protección específico frente a los bienes jurídicos de aquella.

En definitiva, se trate de un delito de mera actividad o de resultado, en un caso concreto, en el plano objetivo, en un primer nivel de análisis, habrá que evaluar *ab initio* si la conducta incriminada puede ser imputada objetivamente al autor, para lo cual habrá que recurrir a los criterios expuestos. Si uno de ellos concurre, no habrá imputación al tipo objetivo. En tanto que en su ausencia se procederá con los siguientes niveles analíticos: si se trata de un delito de mera actividad se procederá con el imputación subjetiva y personal, en tanto que si se trata de un delito de resultado, en el plano objetivo, todavía corresponde recurrir a un segundo nivel de análisis, conocido como imputación objetiva del resultado, veamos qué criterios comprende esta segunda vertiente o plano de la imputación objetiva.

#### **b) Imputación Objetiva del Resultado<sup>17</sup>**

---

<sup>17</sup> Conocida también como “Imputación Objetiva en sentido estricto”.

En este nivel de análisis se desarrollan los criterios que nos permitirán averiguar, una vez que se ha dicho que la conducta es típica<sup>18</sup>, cuándo el resultado producido debe ser imputado a la conducta.

Así, se ha destacado que los criterios que hay que aplicar, para a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó, son los siguientes:

La creación de un riesgo no permitido [...] la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en el resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida. (Muñoz Conde y García Arán, 2000, p. 263)

Sin embargo, con la finalidad de brindar coherencia o concordancia a estas dos maneras de entender la imputación objetiva, previamente es necesario desarrollar el problema de la relevancia de las formulaciones hipotéticas para determinar la conexión entre la conducta y el resultado. En tal sentido, siguiendo a la doctrina clásica, se ha destacado que la fórmula hipotética más extendida es: ¿qué hubiera sucedido si el autor se hubiere comportado correctamente? Por ello, el resultado no es imputable cuando éste se hubiera producido con probabilidad rayana en la certeza, aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente

---

<sup>18</sup> Se entiende que hace referencia a la acción típica, la misma que, en los delitos de resultado, debe tener un nexo de causalidad e imputación con el resultado efectivamente producido.

(“comportamiento alternativo ajustado a derecho”). Ante las críticas a esta fórmula hipotética, se ha desarrollado la Teoría del incremento del riesgo (Roxin) que propone imputar el resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho hubiera evitado el resultado (“si el autor ya generó un riesgo desaprobado debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico”).

Ahora bien, en cuanto la problemática de la imputación de resultados en sí, es decir, la existencia de riesgos concurrentes junto al generado por la conducta típica, el profesor Cancio Meliá (2010, p. 197), desarrolla sólo dos criterios.

El primero, que soluciona los casos en los que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido (“fin de protección de la norma”), siendo que en estos casos concurre un riesgo general de la vida, a pesar de que causalmente el autor haya contribuido a la producción del resultado (casos de shock) o cuando el riesgo generado por autor se ve sustituido por otro riesgo concurrente que forma parte de los riesgos generales de la vida (caso de la ambulancia).

Y el segundo, que remedia los casos en que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en que se produce el resultado (no existe concurrencia de riesgo

vital), pero éste no se realiza porque la conducta de otro sujeto (puede ser la víctima) introduce un nuevo riesgo. En tal sentido tampoco el riesgo se ha realizado en el resultado.

En definitiva, desde la óptica aquí planteada, creemos que en este nivel de análisis solo deben resaltarse dos de los criterios reseñados por la doctrina –realización del riesgo en el resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida–, pues el primero (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) ya fue objeto de examen en el primer plano analítico (imputación objetiva del comportamiento). Debiendo precisarse que si bien los “casos de shock” se solucionan con el criterio del ámbito de protección de la norma, el “caso de la ambulancia”, y los casos en los cuales se introduce un nuevo riesgo, no se solucionan con este criterio sino con el de “realización del riesgo en el resultado”, siendo que en este caso existe fractura del nexo de imputación, por ello no se puede atribuir el resultado al autor.

#### **viii. Elementos descriptivos y normativos del tipo**

Tradicionalmente

Se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el Juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así p.ej. conceptos como “edificio” o “sustraer” son

descriptivos, mientras que el término “injuria” o “ajeno” son normativos. (Roxin, 2010, p. 306)

Sobre los elementos normativos se hacen distinciones, entre elementos con valoración jurídica (“ajeno”, “funcionario público”, “documento público”) y elementos con valoración cultural (“carácter obsceno”). Del mismo modo, se diferencia, según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de aplicación especialmente amplio y esté “necesitado de complementación valorativa” (“buenas costumbres”) o que las valoraciones le vengan preestablecidas totalmente o en gran medida al juez (“conceptos valorativamente plenos”), como p. ej. ocurre en el concepto de “ajenidad”, referido a la regulación civil de la propiedad. (Roxin, 2010, p. 306)

En la actualidad, se ha señalado que: “la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro” (Roxin, 2010, p. 307). De manera que, términos como “ajeno”, “buenas costumbres”, “documento”, “injuria”, serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, en tanto que los conceptos como “ser humano”, “cosa”, “edificio” o “sustraer” existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se los llama descriptivos.

## b. Elementos de la Tipicidad Subjetiva

La estructura subjetiva de tipo penal puede asumir dos formas: dolosa y culposa. Esta última debe estar expresamente prevista en la ley para ser reprimible<sup>19</sup>.

Respecto al dolo, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica. De esta definición se aprecia que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo. En relación al primero, el sujeto debe saber qué es lo que hace y debe conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Respecto al segundo, es necesario además de conocer el tipo objetivo, de realizarlo.

La doctrina ha realizado una clasificación del dolo en: a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual. Asimismo, en ciertos tipos penales, existen elementos subjetivos distintos al dolo.

Respecto a la culpa<sup>20</sup>, el Derecho penal puede asumir como función no solo evitar decisiones conscientes de lesionar a terceros, sino garantizar un mínimo cuidado con bienes ajenos. Ahora bien, igual que se admite, en general, que el dolo debe abarcar la producción del resultado típico para que exista un injusto doloso consumado; la *falta de cuidado o diligencia*,

---

<sup>19</sup> Artículo 12 del CP.: “[...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

<sup>20</sup> Para un desarrollo detallado de delito culposo o imprudente, puede consultarse las reflexiones de Donna (2012).

debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar este a título de imprudencia.

### c. Clases de tipos penales

Antes desarrollar la siguiente categoría del delito, teniendo en cuenta los fines de nuestra investigación, explicaremos y profundizaremos en la clasificación de los tipos penales o “delitos”, considerando la modalidad de la acción o conducta típica. En tal sentido, los “delitos” se clasifican en “delitos” de mera actividad y de resultado.

Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de mera actividad no es necesario [...] no será “resultado” ni la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico. (Mir Puig, 2002, p. 200)

Dentro de esta clasificación, los delitos de mera actividad o de resultado, pueden ser a su vez instantáneos, permanentes y de estado, ello en atención a que

la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera (la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre). Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 del Código Penal); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (*ejemplos:*

falsificación de documentos [...], matrimonios ilegales).  
(Mir Puig, 2002, p. 202)

Aclarando un poco más, se debe considerar que

Hay delitos que son necesariamente permanentes y otros que lo son eventualmente. La permanencia es necesaria, si la duración indefinida de la acción es un supuesto legal (conspiración, secuestro, asociación ilícita) y es eventual cuando se la prolonga indefinidamente “en algunas circunstancias” (violación de domicilio, usura, usurpación de funciones). (Goldstein, 1978, p. 219)

#### **d. Distinción entre delitos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes**

Sobre estas distinciones, sostiene Soler (1963, p. 160), que a diferencia del delito instantáneo, sólo puede hablarse de delito permanente

cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

De manera que la definición de delito permanente hace referencia a una nota de continuidad en tanto que se mantiene en el tiempo. De igual criterio, Ranieri (1975, p. 325), para quien son delitos permanentes:

aquellos en que al comienzo de la consumación le sigue un estado antijurídico duradero por la prolongación de la conducta voluntaria del sujeto, de modo que el delito se *agota* solo cuando aquella se suspende [...] en estos delitos el hecho lo caracteriza el estado antijurídico duradero que lo prolonga en el tiempo la conducta del sujeto, quien puede hacerlo cesar, y que, en la estructura del delito, se pone como requisito necesario.

Por tal razón se sustenta, que en el delito permanente todos los momentos constitutivos de la continuidad o permanencia se entienden como su consumación, en tanto que en los delitos

instantáneos, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, debiendo destacarse que el carácter de instantáneo no se lo da el efecto que causa ni la forma como se realiza, sino que ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector (Soler, 1963, p. 159).

En tal sentido se afirma: “[...] existe delito permanente cuando ‘todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación y, cuando eso no pueda hacerse, se tiene, en cambio un delito de efectos permanentes.’ ” (Soler, 1963, p. 160). Así, se entiende por delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, aquellos que se consuman de manera instantánea con el primer acto de ejecución manteniéndose la situación antijurídica, la cual se prolonga en el tiempo. De manera mucho más precisa, como sostiene Fontán (1966, p. 461), no debe confundirse los delitos permanentes con los de efectos permanentes, ya que estos últimos:

son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo. Tal cosa ocurre, v. g., en el matrimonio ilegal del artículo 134 del Código Penal. La bigamia se comete al suscribir el acta del registro civil, pero la situación antijurídica que con ello se crea, se prolonga en el tiempo.

Como podrá deducirse, la divergencia principal entre los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, se encuentra relacionada con el momento de la consumación, puesto que en los primeros se entiende que éste se mantiene durante la permanencia de la

acción delictiva, mientras que en los segundos, lo que persiste es la situación antijurídica, en el sentido de que su consumación es instantánea. Delitos permanentes lo serían el secuestro y la desaparición forzada de personas, cuya consumación se realiza, con relación al primero, hasta que acaba el cautiverio del secuestrado, y con relación al segundo, mientras no aparezca la víctima; delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por ejemplo, aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico ilegal, tales como: drogas, armas, explosivos, entre otros.

No obstante, tal criterio distintivo no es unívoco en la doctrina<sup>21</sup>, ya que algunos autores al tratar los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, se refieren a los efectos permanentes en cuanto a las secuelas y a los efectos dañosos del delito, no así al mantenimiento de la situación antijurídica, así Romero (1969, p. 327):

algunos delitos instantáneos tienen efectos que se prolongan indefinidamente en el tiempo: son los llamados “delitos instantáneos de efectos permanentes” [...] En estos no es la acción consumativa la que se prolonga, como en los permanentes, sino solo los efectos del delito.

En este sentido,

Algunos tratadistas suelen distinguir, entre los delitos permanentes y los delitos instantáneos, una tercera clase: los delitos instantáneos de efectos permanentes, en los cuales se incluirán aquellas infracciones que, aunque consumadas en un solo momento, sus efectos persisten posteriormente al perfeccionamiento de ellas, como en los casos de bigamia, falsificación de documentos, lesiones, etcétera.

---

<sup>21</sup> Para un análisis detallado de estas teorías, puede consultarse las reflexiones del profesor Ivan Montoya (2009, pp. 4-8).

En el delito de efectos permanentes no se prolonga la acción consumativa, sino los efectos materiales dañosos por la consumación instantánea. Estos efectos no suponen, como la permanencia de la consumación, que el autor siga actuando o dejando de actuar, de manera que de su voluntad dependa la persecución o no de la continuidad. (Goldstein, 1978, p. 211)

Como se aprecia de las definiciones anteriores, lo que para Mir Puig es un delito de estado, para Soler, Fontán y Goldstein se denomina delito instantáneo con efectos permanentes. En suma, son dos categorías con reconocimiento y respaldo doctrinal.

#### **e. Delitos permanentes y delitos de estado**

En nuestro medio, se brinda como ejemplos de delitos permanentes a los siguientes: secuestro –artículo 152 del CP. –, violación de domicilio –artículo 159 del CP. –; y, de delitos de estado a la bigamia –artículo 139 del CP. –, omisión de declaración en documento público o privado –artículo 429 del CP. –; y, falsificación de documentos –artículo 427 del CP. –. (Villavicencio Terreros, 2006, p. 311). Por su parte, nuestra jurisprudencia ha señalado: “Se denomina delito de comisión permanente a aquel en el cual el estado de antijuridicidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente” (Prado Saldarriaga, 1999, p. 445), asimismo,

Estamos ante un delito de estado, que no se diferencia del delito comisión instantánea para los efectos de determinar el momento de su comisión, pues en ambos se crea un estado antijurídico consumado desde el momento de su aparición, salvo que en el caso de los delitos de estado la antijuridicidad creada tiene efectos permanentes”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ejecutoria del 19 de enero de 1998, Exp. 4133-97, citada por Villavicencio Terreros (2006, p. 311).

### C. Antijuridicidad

La realización del tipo, tanto en su estructura objetiva y subjetiva, no es suficiente, se requiere además que la realización del tipo no esté autorizada, es decir, que sea antijurídica. En otras palabras, la antijuridicidad no es otra cosa que, saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación.

Entonces, una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación. Junto a los mandatos y prohibiciones encontramos otras proposiciones que se caracterizan porque conceden una autorización o un permiso para realizar la acción prohibida por la norma o para omitir el comportamiento que ésta impone.

De la misma manera que la infracción de la norma se expresa en un conjunto de elementos que se denomina tipo de lo injusto, las circunstancias en las que opera una autorización o un permiso podrían expresarse en un tipo de la justificación. De esta manera, la comprobación de lo ilícito requeriría, en la práctica, dos operaciones de subsunción: ilícita es la acción que se subsume bajo el tipo penal –lesiona una norma– y no se subsume bajo el tipo de una causa de justificación.

La manera de distinguir las causas de justificación de otras que también excluyen la pena, pero no lo ilícito (causas de exculpación e inculpabilidad), es recurriendo a los principios de la justificación. Estos principios son pre-legales, deducidos de

una determinada concepción de la justificación que no es posible deducir de la ley, sino que es necesaria para interpretarla.

En la actualidad, se admiten dos principios: a) el interés preponderante, que apoya el carácter justificante del estado de necesidad y la legítima defensa; y, b) la ausencia de interés, que determina el efecto justificante del consentimiento.

Los caracteres generales de las causas de justificación son los siguientes: i) provienen de todo el ordenamiento jurídico (sobre todo del derecho civil y derecho administrativo), ii) contienen una autorización o permiso para la realización de la acción típica, iii) sus efectos no solo alcanzan al autor, sino también a los demás partícipes –instigador y cómplice–, iv) excluyen tanto la responsabilidad penal, como la civil, la administrativa, etcétera, v) la creación intencional de la situación en la que procede el amparo de una causa de justificación no da lugar a justificación; y, vi) sólo obra justificadamente el que tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación –elemento subjetivo de la justificación–, de la misma manera que el tipo de lo injusto, se pueden distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el tipo de justificación no solo requiere la concurrencia de ciertos elementos objetivos sino también un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de los elementos objetivos (v.gr. no existe legítima defensa sin voluntad de defenderse, ni estado de necesidad sin voluntad de salvar un interés jurídico).

Por lo demás, resta señalar que el desarrollo de las particulares causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el consentimiento, etcétera, exceden los límites de la presente investigación.

#### **D. Culpabilidad**

La comprobación de la realización de un injusto penal (conducta típica y antijurídica) todavía no es suficiente para determinar la responsabilidad del autor. La responsabilidad requiere tener culpabilidad jurídica.

Culpabilidad es reprochabilidad jurídico-penal. Culpable es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella. La culpabilidad es entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad, en la que se funda la culpabilidad son: a) la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto, b) la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación), en otras palabras, una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo a ese conocimiento; y, c) la exigibilidad, que se vincula con la exigencia al sujeto de actuar de diferente forma a como se comportó, a fin de que su conducta coincida con las exigencias del ordenamiento jurídico y de esa manera no lesionar o poner en

peligro bienes jurídicos penalmente protegidos (no es un tema de comportamiento, porque el sujeto cuenta con voluntad de actuar).

### **Elementos de la culpabilidad**

Teniendo en cuenta los elementos reseñados precedentemente, los trataremos separadamente.

#### **a. La conciencia (potencial) de la desaprobación jurídico-penal del acto**

Se exige que el autor haya tenido conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. En la práctica, esto significa que el autor no debe haber pensado en el momento en que realiza el hurto en que es un hecho para el que se amenaza una pena, sino que es suficiente con que haya podido pensar, o sea, actualizar en su conciencia el conocimiento de la punibilidad –conciencia potencial de la desaprobación–.

El desconocimiento (error) sobre la desaprobación jurídico-penal, asume diversas formas: a) ignorancia de la desaprobación jurídico-penal del hecho: el autor ignora que el hecho está prohibido o, sabiendo que está prohibido, ignora que es punible; b) suposición errónea de una causa que excluya la antijuridicidad que el ordenamiento jurídico no contiene; y, c) suposición errónea de las circunstancias que de haber concurrido habrían determinado la exclusión de la punibilidad –causas de justificación o exculpación–; es decir, las llamadas eximentes putativas.

Si el error es invencible excluirá la culpabilidad y con ella la responsabilidad penal. Por el contrario si es evitable, solo cabe la atenuación de la pena.

**b. Capacidad de motivación en sentido estricto (capacidad de culpabilidad)**

Requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y haya podido comportarse de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de motivación hacen referencia a dos momentos: por un lado, fijan los presupuestos biológicos –por ejemplo: enfermedad mental– que condicionan la exclusión de la capacidad, y por el otro, establecen las consecuencias normativas que deben producir tales presupuestos psicológicos, incapacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y de dirigir el comportamiento de acuerdo con su comprensión.

Las circunstancias que excluyen la capacidad de motivación son las siguientes:

**i. Enfermedad mental**

Dentro de este concepto cabe ante todo las psicosis en sentido médico, tanto endógenas –esquizofrenia y manías depresivas– como exógenas –delirium tremens, psicosis provenientes de tumores o lesiones cerebrales, esclerosis, etcétera–. Pero, además, se consideran incluidas en este concepto las psicopatías graves y las neurosis en la medida que sean equiparables en sus efectos a la psicosis.

**ii. Desarrollo mental insuficiente**

Esta categoría se refiere a los casos de insuficiente desarrollo de la inteligencia, como son las oligofrenias: debilidad mental, imbecilidad e idiocia, según el grado de desarrollo alcanzado.

**iii. Grave perturbación de la conciencia**

Puede ser patológica o fisiológica. Entre estas últimas entra el sueño. De especial importancia en esta categoría son la ebriedad y las intoxicaciones con drogas. La minoridad no constituye en sentido estricto una causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad, porque no afecta a la capacidad de comprender ni de dirigir las acciones según esa comprensión. Por el contrario, los menores son sujetos de un “Derecho penal especial” (“Derecho penal juvenil”) y por lo tanto no son sujetos del Derecho penal común.

**c. La exigibilidad**

Es el último elemento de la culpabilidad y tiene su fundamento en la deformación en el contenido de la voluntad que experimentó el sujeto activo, al igual que la antijuridicidad respecto a las causas de justificación, la doctrina más en que su concepto ha centrado su atención en las causales que excluyen tal elemento, las cuales son agrupadas dentro de las causales de inexigibilidad, veamos.

**i. Estado de necesidad exculpante**

Se presenta cuando el conflicto de bienes jurídicos son de igual naturaleza o “jerarquía”. Al presentarse se da una exención de la pena, pues la pena no resulta necesaria en este tipo de casos, porque ante la situación de peligro de bienes jurídicos propios o de personas cercanas (vida, integridad), la capacidad de motivación ante la norma se dificulta en gran manera; por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el derecho.

**ii. Miedo Insuperable**

Esta figura es una causa de inexigibilidad, donde el foco de la valoración no se proyecta sobre los efectos anímicos o psicológicos que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se halla sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un “ciudadano medio”, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo.

**E. Punibilidad**

En la doctrina se ha establecido que:

(...) hay casos en los cuales el legislador procura no aplicar la amenaza penal sino cuando el delito va acompañado de alguna otra circunstancia, sin la que faltaría un fundamento político-criminal suficiente para justificar la sanción. Tal fundamento es a veces motivado por razones personales (excusas absolutorias) o bien se refiere en general a la punibilidad del hecho (condiciones objetivas de punibilidad). (Bacigalupo, 1978, p. 95).

La categoría que engloba estas circunstancias se ha denominado punibilidad. Respecto a las excusas absolutorias, “son fundamentos personales que o bien excluyen la punibilidad o bien levantan la punibilidad (...)”(Bacigalupo, 1978, pp. 95, 96), las primeras

(...) están en relación al propio autor o partícipe del delito y tienen una vigencia estrictamente personal; únicamente producen efectos en la persona en la cual concurren, y no benefician por lo tanto, a ningún otro partícipe del delito (...) De manera, entonces, que en ciertas circunstancias la comisión del delito no es suficiente, sino que se requiere para que sea punible, que además no se dé ninguna de estas excusas absolutorias (Bacigalupo, 1978, p. 97);

mientras que las segundas “(...) son circunstancias que ocurren con posterioridad a la realización del hecho” (Bacigalupo, 1978, p. 98).

En relación a las condiciones objetivas de punibilidad, son “circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable” (Roxin, 2010, p. 970) y no se refieren directamente “a la persona del autor o partícipes, sino que se refieren al hecho mismo en sí” (Bacigalupo, 1978, p. 99). “Entre ellas se cuentan, ante todo, determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran al dolo o a la imprudencia del autor” (Roxin, 2010, p. 970). “Pero no solo resultados que fundamentan la punibilidad y son independientes de la punibilidad, sino también otras circunstancias se consideran condiciones objetivas de punibilidad” (Roxin, 2010, p. 971).

### **2.3.2. El Delito de libramiento y cobro indebido**

Este acápite está dividido en dos partes, en la primera se desarrolla la regulación del cheque en la LTV; luego de ello, en base a la concepción de teoría del delito defendida, se procede al análisis dogmático del delito *sub materia*.

#### **2.3.2.1. La protección jurídica del cheque**

El cheque es un título valor que supone una orden de pago, el cual refleja de dos actos jurídicos, por un lado, el contrato de cuenta corriente celebrado entre el librador del cheque y el Banco girado, que le permite contar con fondos disponibles para el uso de cheques; y, por otro lado, el pago de una obligación dineraria al beneficiario o tenedor del cheque, quien puede cobrar directamente el cheque o pagar una deuda propia con el endoso del mismo a su acreedor.

Parafraseando al profesor Echaiz Moreno (2010, p. 284), se trata de un valor que representa el derecho patrimonial del beneficiario, está destinado a la circulación (pudiendo hacerlo a través, por ejemplo, del endoso) y debe reunir los requisitos formales esenciales. Asimismo, supone una orden de pago puesto que, según lo dispone el artículo 174 inciso c) de la LTV, el cheque debe contener “la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en números, o en letras, o de ambas formas”, de modo tal que el banco girado recibe una orden de su cliente para el pago del cheque, la cual no podrá rehusar, siendo esta orden pura y simple; por lo que no podría estar sujeta a un plazo convencional (salvo tratándose del cheque de pago diferido, regulado en el artículo 199 de la misma norma cambiaria), ni a una condición (suspensiva o resolutoria).

En suma, glosando a García Navarro (2006, p. 78), los sujetos que intervienen en este título valor son tres: a) el emisor (girador) que es la persona que gira el cheque (titular de la cuenta y que debe contar con los fondos suficientes), b) el girado, que es la empresa del sistema financiero, quien descontando los fondos del titular de la cuenta corriente, debe pagar el importe del cheque; y, c) el tenedor, titular a favor del quien se emite el cheque.

#### **A. Formalidades**

Enunciando al profesor García Caveró (2007, p. 235 y ss.), el artículo 172 de la LTV establece que los cheques serán emitidos sólo a cargo de las entidades financieras (bancos), ésta orden de pago deberá constar en formularios impresos, desglosables de talonarios numerados en serie o con claves u otros signos de identificación y seguridad; aunque pueden ser impresos bajo cuenta y responsabilidad del girador, previa autorización del banco. Si las órdenes de pago son giradas en contravención de estos requisitos formales carecerán de la calidad de cheques.

#### **B. La emisión, endoso y pago del cheque**

En este punto parafraseando a García Caveró (2007, p. 235 y ss.) podemos decir que para la emisión de un cheque se deben observar los requisitos establecidos en el artículo 174 de la LTV:

- a) El número o código de identificación que le corresponde, b) La indicación del lugar y de la fecha de su emisión, c) La orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en números, o en letras, o de ambas formas; d) El nombre

del beneficiario o de la persona a cuya orden se emite, o la indicación que se hace al portador. Si el emitente gira el cheque a la orden de sí mismo, puede poner su nombre o la cláusula “a mí mismo”, e) El nombre y domicilio del banco a cuyo cargo se emite el cheque, f) La indicación del lugar de pago, g) El nombre y firma del emitente, quien tiene la calidad de obligado principal. En el caso de personas jurídicas será el nombre y firma de los representantes autorizados para girar cheques con cargo a las cuentas corrientes de la persona jurídica.

Si al documento le falta alguno de estos requisitos no tendrá validez como cheque.

En este orden de ideas, el artículo 178 de la LTV prescribe que el cheque no puede ser emitido, endosado o transferido en garantía, siendo que, si se prueba que el tenedor recibió el cheque a sabiendas de que se infringía esta prohibición, el título no producirá efectos cambiarios y tampoco penales, por que precisamente se “desnaturaliza” su “esencia” de orden de pago. Tampoco puede emitirse un cheque postdatado. Si se emite un cheque con infracción de esta prohibición, la fecha postdatada o la cláusula que consigne un plazo para la negociación o pago del cheque se considerará no puesta, teniéndose como fecha de emisión el día de su primera presentación a cobro.

En relación al endoso, es el acto jurídico unilateral mediante el cual se transmite la propiedad del documento y la titularidad del derecho contenido en el cheque, lo cual autoriza al endosatario

para ejercer todos los derechos resultantes del título. El endoso puede ser realizado a favor del propio girador o de cualquier obligado, quienes, a su vez, pueden endosar nuevamente el cheque.

Por último, en relación al pago, el cheque es pagadero a la vista el día de su presentación, aunque tuviere fecha postdatada. Cualquier estipulación contraria, con la única excepción del cheque de pago diferido, se considerará inexistente. El artículo 207 de la LTV señala que el plazo de presentación de un cheque para su pago, sea que haya sido emitido dentro o fuera del plazo, es de 30 (treinta) días desde su fecha de emisión o giro.

No obstante, la propia ley establece que el banco girado puede pagar el cheque, aun expirado dicho plazo, hasta un año de emitido el cheque si hay fondos disponibles; salvo si el cheque es revocado luego de vencido el plazo de su presentación.

Dentro del plazo de presentación para el pago, el emitente o el beneficiario o, de ser el caso, el último endosatario a tenedor legítimo del cheque, podrán solicitar por escrito la suspensión de su pago a la empresa o al banco girado. Este procedimiento está regulado de manera general en el artículo 107 de la LTV, según el cual quien pretenda solicitar la declaración judicial de ineficacia de un título valor (cheque), bajo su responsabilidad, podrá dirigir comunicación de fecha cierta y recepción comprobable a los obligados a pagarlo o a cumplir las obligaciones inherentes al título valor, requiriéndoles suspender

el cumplimiento de dichas obligaciones y señalando la causa de esta medida. Esta causa solamente puede ser alguna de las indicadas en el artículo 102 de la LTV.

En caso que el banco no pague el cheque, el tenedor podrá protestar el título valor conforme a la regulación mercantil correspondiente, aunque el protesto puede sustituirse por la comprobación puesta por el banco girado (“constancia expresa de falta de pago”).

Conforme a la ley cambiaria, el banco que se niegue a pagar un cheque dentro del plazo de su presentación, a simple petición del tenedor, queda obligado a dejar constancia de ello en el mismo título, con expresa mención del motivo de su negativa, de la fecha de su presentación y con la firma de funcionario autorizado del banco. Esta comprobación acredita por sí sola el rechazo del cheque y surte todos los efectos del protesto, asumiendo el banco girado responsabilidad por los perjuicios que cause al interesado si injustificadamente no señala en forma expresa el motivo o causa de su rechazo.

### **C. Las acciones cambiarias derivadas del cheque**

Como anota García Caveró (2007, pp. 245-246), la falta de pago de un cheque da lugar a un conjunto de acciones cambiarias. Para poder iniciar estas acciones judiciales es necesario que la falta de pago esté acreditada por el protesto o por la constancia de falta de pago emitida por el banco girado. La acción directa cabe ejercitarla contra el libramiento como obligado principal y su

avalista, mientras que la acción de regreso procede contra los endosantes y sus avalistas.

No obstante, la falta de pago de un cheque también puede traer consigo consecuencias jurídico-penales; por lo que, corresponde desarrollar los elementos constitutivos del delito de libramiento y cobro indebido tipificado en el artículo 215 del CP.

### **2.3.2.2. Análisis dogmático del delito de libramiento y cobro indebido**

#### **A. Antecedentes legislativos**

Como expresa Hugo Álvarez (2009, pp. 35 y ss.), el tipo penal *sub materia*, en sus orígenes fue comprendido por interpretación “jurisprudencial” como modalidad del delito de estafa, tipificado en el artículo 244 del Código Penal derogado de 1924.

El antecedente legislativo de esta figura penal viene a ser el artículo 725 del Código Penal español de 1928, que sancionaba la conducta como una forma de defraudación, en el contexto de expedición de un cheque o letra de forma engañosa. Posteriormente en la reforma del mencionado Código (1961-63), mediante el artículo 563, se criminalizó de manera más específica –autónoma– la conducta de girar un cheque sin fondos, bajo el *nomen iuris* “cheque en descubierto”, aunque ahora sí restringido solo al cheque.

Este artículo, que castiga la conducta del que libra “(...) con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente, sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para

hacerlo efectivo”, sirvió de antecedente, entre otros, a los legisladores del vigente CP para regular de manera autónoma esta figura penal.

Deben considerarse además como antecedentes: el artículo 302 del Código Penal argentino, el cual bajo la denominación “Del pago con cheques sin provisión de fondos” regula cuatro conductas punibles:

La primera, que reprime la conducta del sujeto que da en pago o entrega por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

La segunda, cuando se da en pago o entrega, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

La siguiente conducta, cuando se libra un cheque y da contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

Y la última, cuando se libra un cheque en formulario ajeno sin autorización.

Del mismo modo, debe tomarse en consideración como fuente directa al artículo 217 del Proyecto de Código penal peruano de 1986 y al artículo 215 del proyecto de 1991.

En definitiva, la ubicación actual del artículo 215 del CP permite inferir que se trata de una figura penal autónoma en contraste con el artículo 244 del CP derogado que regulaba esta figura como una forma de estafa.

Como anota Hugo Álvarez (2009, p. 37) para la regulación de esta figura penal de manera autónoma se invocaron:

razones de política criminal expresadas en el creciente incremento de estos hechos en la necesidad de mantener y fortalecer la confianza en el cheque como medio de pago con la finalidad de generar su uso dada la utilidad beneficiosa para la economía nacional. También se adujeron dificultades de orden procesal y sustantivas de encuadramiento de estos hechos ilícitos en el ámbito de la estafa.

## **B. El bien jurídico protegido**

### **a) Las posiciones doctrinales**

En la doctrina nacional se han diseñado tres posturas: la confianza y a buena fe en los negocios, la seguridad del tráfico mercantil; y, el sistema de pagos. Veamos.

Peláez Bardales manifiesta que con la introducción en el CP de esta figura “se expresa su voluntad protectora del prestigio mercantil y de la confianza que debe existir en relación a este título valor” (2001, p. 163), que

La comisión de este delito, no solo afecta el patrimonio individual de las personas, sino también, en términos generales, atenta contra la colectividad en su conjunto al generar desconfianza con respecto a este instrumento importante de pago (2001).

Hugo Álvarez, señala que el bien jurídico protegido de manera general es la confianza y la buena fe en los negocios; y, de manera específica la seguridad del tráfico mercantil

(2009, p. 17). Bramont–Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen (1996, p. 390) exponen: “el verdadero bien jurídico es el sistema de pagos”. Entendiendo el bien jurídico en términos generales, Peña Cabrera (1993, pp. 482-483) expresa:

en el (...) Código penal se le ha ubicado en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, estableciéndose de esta manera, la preeminencia de este bien, sobre los otros. Es indudable que si no existe la confianza no se darían las operaciones crediticias, quebrantándose la buena fe que se puso en los negocios.

Salinas Siccha (1997, p. 154) expone:

(...) de modo principal, se destaca la lesión o puesta en peligro de la buena fe en los negocios y con ello la deslegitimación del cheque, pues ante su repetible incumplimiento ya nadie va a aceptarlo como orden o mandato de pago.

Por su parte García Navarro (2006, pp. 77-78) expresa:

Nuestra posición identifica al orden socioeconómico como el bien jurídico protegido primordial, pero, a la vez, consideramos que, de forma indirecta, se afecta al patrimonio individual del girado y se crea también desconfianza a la sociedad en la utilización del cheque; comprendemos esto solo en un segundo plano, ya que la protección específica y primordial se dirige a favor del buen funcionamiento del sistema crediticio traducido en el tráfico jurídico comercial. El sistema crediticio no es más que el género detentor de la circulación de pagos en el ámbito comercial; dicho tráfico se ve afectado cuando el agente decide aprovecharse del cheque para lograr disponer el patrimonio de su víctima.

Bustos Ramírez citado por Peña Cabrera Freyre (2010, p. 591) expresa:

El bien jurídico es el sistema de pagos en el mercado económico, que toma lugar con el empleo específico del cheque como título valor, afectándose la confiabilidad de los agentes hacia dicho mecanismo de valor.

Por último, García Cavero (2007, p. 250) manifiesta que:

“(...) la realización de una conducta típica no podrá afectar estos intereses generales, pues un solo libramiento indebido no desestabiliza, por ejemplo, el sistema de créditos (...)”.

Este autor expresa:

(...) el delito de libramiento indebido y cobro indebidos tiene como bien jurídico protegido la expectativa normativa de conducta de los agentes económicos referida al uso regular del cheque tanto por parte del girador, como de los endosatarios y tenedores. Esta expectativa se defrauda con un solo libramiento o cobro indebido, con absoluta independencia de su repercusión en el funcionamiento del sistema de créditos o los negocios. Con esta formulación procuramos no caer en el error naturalista de definir el patrimonio como bien jurídico y decir que el delito lesiona este bien jurídico. Si bien la expectativa penalmente protegida tiene un carácter patrimonial, la defraudación de esta expectativa no precisa necesariamente la lesión efectiva de intereses patrimoniales.

**b) Toma de posición**

Nosotros consideramos que delimitación del bien jurídico pasa por diferenciar entre las razones por las cuales el legislador decidió incorporar una figura penal, y aquello que se pretende concretamente proteger.

Como ha destacado Castillo Alva (2001, p. 30)

Nadie puede poner en tela de juicio que un bien jurídico protegido para encontrar y justificar su legitimidad político-criminal debe albergar un mínimo de respaldo social, pero ello no nos puede conducir a pensar que ambos elementos son lo mismo.

Este último aspecto, si no se quiere esbozar sólo un discurso genérico, es determinante para una adecuada interpretación de la figura penal en estudio y sus respectivas modalidades

típicas. Sólo de esta manera se puede reducir –no eliminar– racionalmente el arbitrio del intérprete.

Ahora bien, si bien es verdad, afirmar que el bien jurídico es la confianza o buena fe en los negocios, el sistema de pagos, la seguridad del tráfico mercantil o el sistema crediticio, nos puede servir de punto de partida en la tarea interpretativa; sin embargo, estos conceptos siguen siendo generales. He allí la necesidad de concretizar el bien jurídico protegido.

En la presente tesis, proponemos –en similar sentido a lo que ocurre en los delitos contra la fe pública–, que el bien jurídico concreto que se protege en esta figura penal viene a ser la funcionalidad del cheque en el tráfico mercantil, siendo el cheque un instrumento (al igual que un documento) necesario para la fluidez del tráfico económico.

Esta asunción, tiene la ventaja de que posee una mayor concreción que su pares (confianza o buena fe en los negocios, el sistema de pagos, la seguridad del tráfico mercantil o el sistema crediticio), pues se parte del objeto material del delito *sub materia* y la función que desempeña en el tráfico mercantil.

Decir que el bien jurídico es la seguridad del tráfico mercantil, es confundir el “objeto de protección” con lo que se pretende conseguir o lograr al criminalizar esta conducta; esto es, facilitar el tráfico mercantil. En tanto que, respecto al sistema crediticio, la objeción de García Caveró (2007, p.

250), es contundente, pues con un solo libramiento indebido no desestabiliza el sistema crediticio.

Si el punto de partida es el objeto de protección (“cheque”), conviene delimitar el rol y función que desempeña el cheque en el tráfico mercantil, no sin antes precisar que este punto de vista no confunde el bien jurídico (funciones) con el objeto de la acción (cheque), pues no se plantea que el bien jurídico sea el cheque, sino las funciones o roles que cumple este dentro del tráfico mercantil.

En lo que sigue elaboraremos un discurso argumentativo que tiene como punto de apoyo la teoría objetiva del Derecho penal del documento (se concentra en sus funciones), pues que duda cabe, el cheque también es un documento, pero en ese *iterín* desarrollaremos las especificaciones o peculiaridades que el caso amerita.

i) La función de perpetuación

Como sostiene Castillo Alva (2001, pp. 46 y ss), consiste en fijar sobre un soporte determinado la declaración del pensamiento que implica el reconocimiento de determinados hechos dentro de una relación jurídica. El documento posee ventaja y superioridad sobre las declaraciones orales. La perpetuidad del documento permite que este instrumento tenga una preeminencia y un valor especial dentro de los medios de prueba.

Esta función legitima de por qué el documento recibe una protección jurídico penal al prestar un valioso servicio en el tráfico jurídico. El Derecho penal sólo puede intervenir cuando se pretenda menoscabar dicha función, vinculada al mérito probatorio del documento, siendo que la confianza del documento en el tráfico jurídico es sólo una consecuencia y derivación de la función de perpetuidad de las declaraciones fijadas en él.

Continua precisando Castillo Alva (2001, p. 41) esta función está compuesta por dos elementos: Por un lado, el aspecto tradicional, que consiste en la permanencia o fijeza en el tiempo de la declaración (captación en sentido físico). Por otro lado, la estabilidad clave o permanencia en el tiempo del significado de los signos. Por otro lado, se distingue entre documento dispositivo y testimonial, según el contenido de la declaración. Por el primero, se constituye o modifica las relaciones jurídicas, adquiriendo importancia en el tráfico jurídico-económico ya que permite el rápido y necesario flujo de bienes; mientras que, por el segundo, se informa sobre lo acontecido en hechos de relevancia jurídica, generando en el destinatario confianza en el contenido de la declaración.

Ahora bien, no puede discutirse seriamente que el cheque (emitido) cumpla esta función de perpetuidad constitutiva de una relación jurídica.

ii) Función de garantía

Por esta función el documento permite plasmar o materializar una declaración de voluntad que puede ser atribuida a una persona determinada, la cual asume las consecuencias o implicancias de la misma (Castillo Alva, 2001, p. 48).

Indica Castillo Alva (2001, p. 49), el documento no garantiza que una declaración sea fiel a la verdad, ni una correspondencia entre la declaración y los hechos que se describen. Lo que interesa a esta función es la posibilidad de atribuir o imputar la declaración a un autor determinado o a quien figura en el documento. La declaración vale en el tráfico jurídico justamente por la voluntad del declarante.

En el caso del cheque, también se le puede atribuir esta función, pues con su emisión se “garantiza” la atribución o imputación de la declaración (orden de pago) al girador quien figura en el documento.

iii) Función probatoria

Como sostiene Castillo Alva (2001, p. 50), el punto de partida es tomar al documento como medio de prueba, siendo su alcance más amplio que el de la sola

utilización en un proceso judicial o administrativo para acreditar relaciones jurídicas y declaraciones de voluntad. El documento sólo prueba que la declaración se ha hecho. El documento como soporte material es relevante para el Derecho penal en cuanto se repara en las funciones que presta, las cuales pueden restringirse a la función de garantía y la función de perpetuidad pero que se sintetizan en la función probatoria. El documento entendido como prueba no sólo se dirige a demostrar una declaración atribuible a una persona, sino que a ello se agrega la finalidad de acreditar que la mencionada declaración posee un determinado contenido.

En el caso del cheque, también se le puede atribuir esta función, pues con su emisión se acredita la declaración (orden de pago) atribuible al girador y que dicha declaración posee un contenido patrimonial.

iv) Función de medio de pago

En atención a la naturaleza especial de este documento (título valor), postulamos que a estas funciones (que como vimos no son incompatibles) debe agregarse una principal y determinante, que explica la peculiaridad y autonomía de esta figura delictiva; esto es, la función de medio de pago que cumple el cheque en el tráfico mercantil.

La “emisión” del cheque implica una orden de pago (título valor pagadero “a la vista”) que facilita enormemente el tráfico económico o mercantil, permitiendo que el mismo sea mas rápido y fluido.

Este criterio funcional (función de “medio de pago”) debe guiar la labor interpretativa del tipo penal y sus modalidades típicas; sin dejar de lado las otras funciones que servirán de complemento.

En definitiva, podemos decir que el bien jurídico protegido en el delito *sub materia*, es la funcionalidad del cheque en el tráfico mercantil.

Las ventajas de asumir esta posición radica en que se salvan las siguientes críticas: a) sobre el carácter vago y genérico de los bienes jurídicos como la confianza y buena fe en los negocios o la seguridad del tráfico mercantil, constituyéndose en un criterio mas concreto; y, b) se salva la crítica del profesor García Caveró (2007, p. 250), pues un solo libramiento indebido ya atenta contra la funcionalidad del cheque en el tráfico mercantil.

### **C. De los comportamientos típicos generales**

El legislador peruano ha utilizado tres verbos rectores: girar, transferir o cobrar, constituyéndose en las conductas típicas generales. Conforme se evidenciará la interpretación gramatical

servirá de poca ayuda para delimitar su contenido, pues tendremos que recurrir a la LTV.

En cuanto al desarrollo de los tres verbos rectores a continuación parafraseamos a Hugo Álvarez (2009, p. 37). En relación al primer verbo rector –girar–, debe interpretarse en un sentido restringido referido a la suscripción formal y entrega del cheque porque es el momento en el que se pone en circulación al tráfico mercantil. Sólo cuando el cheque ingresa al tráfico mercantil a través de la entrega cobra relevancia penal. Como sostiene Balsa Antelo citado por Hugo Álvarez (2009, p. 37): “El lugar donde se consuma este delito es aquel donde ocurre la entrega del cheque por su obrador al primer tenedor”.

Al respecto García Caverro (2007, p. 252) establece que sujeto activo solamente podrá ser aquel que tiene la calidad de cuentacorrentista, pues solamente esta persona tiene la facultad de girar cheques con cargo a los fondos disponibles en una cuenta corriente.

En cuanto a la conducta transferir, para efectos penales, este vocablo debe entenderse en el sentido referido al derecho del endosado del derecho de ceder el derecho a otra persona. Mas precisamente, se refiere al endoso (firma al dorso), que es la forma de transferir el cheque, reprimiéndose la conducta del agente que endosa, a sabiendas, que no tiene fondos.

García Caveró (2007, p. 253) señala que el delito sólo puede ser cometido por el legítimo tenedor del cheque que puede endosarlo o cederlo a otra persona.

Por último, por cobrar se entiende como recibir dinero como pago de una deuda. El legislador utilizó este verbo rector para referirse al cobro indebido, cuando no se tiene derecho a ello.

García Caveró (2007, p. 253) indica que en estos supuestos el autor del delito podrá ser cualquiera, sea o no beneficiario real del cheque, que lo cobre indebidamente.

Como se aprecia, la delimitación de los contornos típicos de las conductas típicas generales implican recurrir a la ley extrapenal (LTV), sin la cual quedarían vacías de contenido, lo que evidencia su calidad de auténticos elementos normativos de carácter jurídico.

A nuestro criterio, resulta “redundante” la referencia a estas conductas típicas generales, pues las mismas son repetidas en las conductas específicas.

Ahora bien, habiendo delimitado las conductas típicas generales (girar, transferir y cobrar), a continuación desarrollaremos las modalidades de conductas específicas, debiéndose precisar que el legislador peruano ha establecido seis “modalidades” típicas específicas de carácter alternativo.

#### **D. De los comportamientos típicos específicos**

- a) Primera conducta específica: Girar sin tener provisión de fondos suficientes

El verbo rector (“girar”) ya delimitado en el acápite precedente, tiene alcance en dos niveles: el primer, cuando se gira el cheque sin tener provisión de fondos suficientes, y el segundo, cuando se gira el cheque sin tener autorización para sobregirar la cuenta corriente.

Como sostiene García Caveró (2007, p. 254) citando a Reyna Alfaro,

la prohibición penal se sustenta en el deber legal establecido en el artículo 173 de la LTV, según el cual, para la emisión de un cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta.

Sobre el primer nivel, conviene indicar que es acertada la redacción del legislador, pues si la misma se hubiese construido precisando solo el “giro de cheques sin fondos”, se podría cuestionar la tipicidad de la conducta del girador que gira el cheque pero los mismos son insuficientes. Duda que es disipada por la forma como ha sido construida la redacción de este “primer nivel”; no evidenciándose problema interpretativo alguno respecto a la subsunción de la conducta de girar un cheque “sin tener provisión de fondos”, pues si es punible la conducta de girar un cheque cuando los fondos son insuficientes con mayor razón lo será

el girar un cheque cuando no existan fondos (argumento *a maioris ad minus*).

Comentando ese supuesto específico, coincidimos con la afirmación de García Cavero (2007, p. 254) de que “el delito solamente se configurará cuando se emite un cheque como pago de una obligación”, esta afirmación guarda perfecta concordancia con la posición que hemos asumido respecto al bien jurídico protegido, esto es, la funcionalidad del cheque en el tráfico mercantil (“como medio de pago”). Bajo esta premisa, quedan fuera de los alcances del tipo, la emisión de cheques con causa ilícita, el giro de cheques en garantía y los casos en los cuales la causa ha sido una donación.

Se plantea en la doctrina la discusión de si la obligación de contar con fondos debe exigirse al momento del giro del cheque o al momento de su presentación para su cobro; aspecto que tiene relevancia para determinar el momento de la consumación de este supuesto específico. García Cavero (2007, p. 255) y Hugo Álvarez (2009, p. 42) se adhieren a la primera posición, mientras que Peláez Bardales (2001, p. 165) defiende la segunda posición.

Al respecto, nosotros consideramos que la primera posición es la correcta, pues del tenor expreso del tipo penal (“girar”), se aprecia que hace referencia a una “acción” presente y además guarda concordancia con el deber legal establecido en el artículo 173 de la LTV. Asumir la segunda posición

implicaría realizar una interpretación de *lege ferenda*, por cierto prohibida al menos en este nivel de análisis.

En este punto se plantea la problemática del supuesto en el cual el librador al momento de la emisión del cheque la cuenta corriente no contaba con fondos, mientras que al momento de su presentación se ha hecho el abono suficiente para la satisfacción del pago. Sobre este extremo consideramos que la conducta es típica (“girar”); sin embargo, desde la perspectiva de bien jurídico (funcionalidad el cheque como medio de pago), no habrá antijuridicidad material, pues no se ha afectado la funcionalidad del cheque dentro del tráfico mercantil<sup>23</sup>. A similar conclusión llega García Caveró (2007, p. 255) pero desde la perspectiva del tenedor del cheque, de quien su expectativa de cobro se habría visto cumplida, lo cual elimina la antijuridicidad material, pese a que la conducta es típica formalmente.

En esta misma línea, se discute en la doctrina penal si el cheque con pago diferido calza o no en los contornos típicos de la figura penal materia de comentario. Bramont Arias (2000, p. 54) se manifiesta a favor de su inclusión, mientras que García Caveró (2007, p. 257) pese a considerar su protección penal resultaría plenamente justificada, sustenta

---

<sup>23</sup> La funcionalidad del cheque como medio de pago se verifica cuando el tenedor recurre al Banco girado para su cobro.

que son consideraciones formales las que obligan a excluir a este cheque especial de la protección penal actual; pues el supuesto específico materia de comentario, “se ajusta únicamente a los cheques que deben estar cubiertos al momento del giro”.

Nosotros consideramos que el cheque con pago diferido se subsume dentro de los alcances del tipo, pues este cheque especial no pierde la naturaleza de medio de pago, sólo que la funcionalidad del mismo se da en un momento posterior, la provisión de fondos no es exigible en el momento del giro sino a partir de la fecha consignada para el pago, una interpretación correctora –extensiva– de la ley (sin incurrir en analogía) viene a corregir la insuficiencia de la interpretación literal, en base al criterio de interpretación teleológico que tiene como base el bien jurídico (funcionalidad del cheque).

Por otro lado, no existe discrepancia para establecer que los pagos parciales con el cheque se subsumen en el tipo penal, pues como expresa García Caveró (2007, p. 257) “la expectativa de pago es por el monto global del cheque, no por montos parciales”. No obstante, desde la perspectiva “funcional” del bien jurídico aquí defendida, deben descartarse la tipicidad del delito, cuando el monto no

pagado sea ínfimo<sup>24</sup>, pues no se afecta gravemente la funcionalidad del cheque como medio de pago.

Por último, esta modalidad, al igual que las demás modalidades, sólo se configuran a título de dolo, el cual admite dolo directo y también dolo eventual (conocimiento respecto de la falta de fondos suficientes para el pago del cheque). En este último supuesto, “el conocimiento de la alta probabilidad de que el cheque no se encuentra provisto de fondos (...) resulta suficiente para la imputación subjetiva” (García Caverro, 2007, p. 258).

Este supuesto específico, al configurarse con el simple giro del cheque, se trata de una modalidad típica de comisión instantánea; los momentos posteriores formarán parte del agotamiento del delito, irrelevantes a efectos de consumación, pero que pueden tener relevancia para la dosificación de la pena.

Conforme a la modalidad de la acción, y concordando con Hugo Álvarez (2009, p. 39) se trata de una hipótesis delictiva de mera actividad, pues se consuma desde el momento en que se gira el cheque sin tener la provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta, no se requiere alguna circunstancia adicional; es mas, no existe

---

<sup>24</sup> A manera de ejemplo, véase el R. N. 1336-2012, Apurímac, fundamento cuarto: “(...) dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación.”

una separación en tiempo y espacio entre la acción desplegada y el resultado.

De acuerdo al grado de afectación del bien jurídico, se trata de un supuesto de lesión mas no de peligro abstracto como precisa Hugo Álvarez (2009, p. 39), pues con la conducta desplegada (“girar”) ya se lesiona la funcionalidad del cheque en el tráfico jurídico. El error de la posición de Hugo Álvarez, radica en entender que el bien jurídico es el patrimonio del tenedor del cheque, el cual efectivamente no necesita ser lesionado para la configuración del delito. No obstante, si el bien jurídico es la seguridad del tráfico mercantil (posición que este autor defiende) o la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil (que se defiende en esta tesis), con la conducta desplegada no se pone en peligro sino que efectivamente se lesiona el bien jurídico.

En cuanto a la cualidad del sujeto activo, convenimos con García Caveró (2007, p. 252) de que se trata de un delito especial, pues sólo podrá ser autor aquel que tiene la condición de cuentacorrentista, quien tiene la facultad de girar cheques con cargo a los fondos disponibles en una cuenta corriente.

En cuanto al sujeto pasivo, Hugo Álvarez (2009) no es categórico al momento de abordar este tema, pues indica que sujeto pasivo sería el tenedor del cheque; sin embargo,

también indica que “sujeto pasivo es la sociedad y subsidiariamente el individuo” (p. 61); en tanto que García Cavero (2007) no aborda esta problemática.

Al respecto, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido que hemos postulado y defendido en la presente tesis, es la funcionalidad del cheque como medio de pago; consideramos que el sujeto pasivo es el tenedor del cheque.

**b) Segunda conducta específica: Frustración del pago**

Hace referencia a la frustración del pago, el cual puede ser por cualquier medio indebido, en tanto la redacción lingüística de este supuesto no hace referencia a ninguno en especial, en todo caso, el medio debe ser idóneo para causar el “resultado”.

Parafraseando a García Cavero (2007, p. 258) la acción de frustración del pago mas usual es el retiro o uso de los fondos para evitar el pago del cheque al momento de la presentación, deber que surge del imperativo legal de que el girador está obligado a mantener los fondos en la cuenta para el cobro efectivo del cheque, y con ello, como ya precisamos al momento de desarrollar los contornos del bien jurídico, no perjudicar la funcionalidad del cheque como medio de pago.

Como precisa Hugo Álvarez (2009, p. 55):

A la acción dolosa (frustrar maliciosamente el pago) le precede un acción formal-legal de girar el cheque teniendo fondos suficientes en la cuenta corriente o la autorización expresa del banco para sobregirarse.

En cuanto al tiempo que el Girador está obligado a mantener los fondos, coincidimos con García Caveró (2007, p. 258), de que debe limitarse a los 30 días que establece el artículo 207 de la LTV, considerando que si bien es verdad la legislación comercial autoriza al Banco girado a pagar el cheque hasta dentro de un año después de su emisión, siempre que no haya sido revocado, dicho plazo es irrazonable; pues es poco compatible con la movilidad que el dinero debe tener el tráfico mercantil.

En este escenario, transcurrido los 30 días después de la emisión del cheque, la insuficiencia de fondos producida de manera intencional por el girador no configura este supuesto típico.

Debe tomarse en cuenta, como destaca Hugo Álvarez (2009, p. 55), la orden de no pago o retiro de fondos dentro del plazo destacado precedentemente, no constituirá delito si existe una justificación razonable o justificante, como haber sido víctima de hurto o robo de cheques firmados, o cuando el girador se da cuenta de que ha sido estafado por el tenedor del cheque, o cuando se extiende un cheque firmado en blanco por presión.

Este supuesto típico es concordante con el artículo 208 de la LTV que prescribe que si la suspensión (“frustración”) solicitada resulte ser por causa falsa conlleva además a responsabilidad penal.

En esta modalidad típica no requiere del protesto o de la formalidad sustitutoria, tampoco se exime si el agente cancela o paga el monto indicado en el cheque.

Este supuesto se consuma en el momento en que el Banco girado recepciona formalmente la contraorden de “no pago”, por lo que, se trata de una modalidad típica de comisión instantánea.

Conforme a la modalidad de la acción, se trata de una hipótesis delictiva de mera actividad, pues no es posible separar espacio-temporalmente la acción encaminada al no pago del cheque con la frustración del mismo. Sin embargo, Hugo Álvarez (2009, p. 53) considera que se trata de una hipótesis delictiva de resultado, pues si no existe frustración de pago no se configura el tipo.

De acuerdo al grado de afectación del bien jurídico, se trata de un supuesto de lesión, pues con la conducta desplegada (“frustrar”) se lesiona la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil.

En cuanto a la cualidad del sujeto activo, se trata de un delito especial, pues sólo podrá ser autor aquel que tiene la condición de Girador, quien dirige la contraorden de “no pago” al Banco girado.

Por último, coincidimos con la reflexión de Hugo Álvarez (2009, p. 57) en el sentido de que:

Es interesante preguntarse por qué no otorgar la misma facilidad al agente para que pueda ser requerido dentro del

tercer día a efectos de que haga efectivo el pago bajo apercibimiento de formular denuncia penal, como se exige para el primer supuesto (...) creemos que el supuesto descrito en el inciso 1) del artículo 215 del Código Penal tiene un mayor contenido del injusto en relación al hecho punible en comentario y se evidencia con mayor intensidad la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal.

c) Tercera conducta específica: imposibilidad de pago

Se configura cuando el girador emite un cheque, a sabiendas, que al momento de su presentación, no podrá ser pagado.

Parafraseando a García Caveró (2007, p. 260 y ss.) se trata de una ley penal en blanco, pues hay que recurrir a la regulación extrapenal para determinar las causales que impiden el pago de un cheque, tenemos así: al giro de cheques sobre cuenta cerrada, el inicio de un procedimiento concursal, el embargo de las cuentas, la utilización de una firma diferente a la real o la utilización de una sola firma cuando son necesarias dos.

A diferencia del segundo supuesto típico, aquí no se

requiere que el emitente del cheque realice actos posteriores dirigidos a impedir el pago del cheque, sino que el autor solamente conozca la existencia de ciertas circunstancias especiales que impedirán el pago legal del cheque al momento de su presentación. Si es el emitente el que luego de girado el cheque realiza actos dirigidos a evitar el pago, estaremos ante un supuesto regulado en el inciso anterior. (García Caveró, 2007, p. 261)

Conforme puntualiza Hugo Álvarez (2009, p. 59) la preexistencia de fondos o autorización para sobregirar es irrelevante, pues para el caso de que al cheque le falten los

requisitos legales formales, estos vienen predeterminados por la LTV.

En cuanto a la vertiente subjetiva se requiere necesariamente la presencia de dolo directo (“a sabiendas”). Sobre este aspecto, parafraseando a Hugo Álvarez (2009, p. 59), en este inciso se exige el conocimiento certero por parte del sujeto activo expresado a través la locución “a sabiendas” de la imposibilidad legal de su pago. Como ejemplo tenemos el caso del Girador que libra un cheque cuando ya se ha iniciado un juicio de quiebra en su contra.

En cuanto a la consumación, se produce cuando el agente gira el cheque, a sabiendas, de que existe una causal que impide el pago del cheque. Por ello, se trata de una modalidad típica de comisión instantánea.

Conforme a la modalidad de la acción, y concordando con Hugo Álvarez (2009, p. 58) se trata de una hipótesis delictiva de mera actividad, no siendo posible la separación espaciotemporal de la acción.

De acuerdo al grado de afectación del bien jurídico, se trata de un supuesto de lesión, pues con la conducta desplegada se lesiona la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico jurídico.

En cuanto a la cualidad del sujeto activo, se trata de un delito especial, pues sólo podrá ser autor aquel que tiene la

condición de Girador, quien a sabiendas de que existe una causal que impide el pago del cheque lo emite.

Respecto a la exigencia del “requerimiento de pago” para esta modalidad típica, García Caveró (2007, p. 262) expresa que:

Si bien la exigencia legal de un requerimiento de pago al girador para poder iniciar el proceso penal implicaría necesariamente que el afectado haya presentado el cheque para su cobro, hay que tener presente (...) que este aspecto no afecta la configuración típica del injusto penal, sino la categoría de la punibilidad. En este sentido, la consumación del delito no depende de que en el caso se presente un supuesto de exclusión de la punibilidad legalmente previsto.

Sobre el requerimiento de pago, Hugo Álvarez (2009, P. 60)

realiza la siguiente observación crítica:

que el agente no puede librar un cheque sin los requisitos formales (...), pero si lo hace, no hay problema, tiene solución por cuanto tiene que ser requerido para el pago del monto consignado, dentro de tercer día, entonces abona el monto y asunto concluido. No paso nada, puede volver a incurrir en el mismo hecho punible sin problema alguno ¿Acaso esta es la forma de proteger el bien jurídico tutelado puesto en peligro?

Sobre esta observación crítica, la cual compartimos, regresaremos en la contrastación de hipótesis.

**d) Cuarta conducta específica: Revocación encubierta del pago**

Esta hipótesis delictiva regula la revocación del cheque durante su plazo legal de presentación a cobro por causa falsa.

Parafraseando a García Caveró (2007, p. 262 y ss.) se debe observar que según el artículo 208 de la LTV, el emitente solamente puede revocar la orden pago una vez vencido el

plazo legal de 30 días, salvo mandato judicial; siendo que dentro del plazo legal solamente cabe la suspensión no la “revocación” del cheque al amparo de alguna de las causales establecidas en el artículo 102 de la LTV, es mas, el artículo 208.3 de la LTV establece que la suspensión del cheque conlleva responsabilidad penal.

No obstante precisa este autor, que esta modalidad típica no hace referencia a la suspensión, pues el tipo penal no utiliza el término suspensión sino revocación, siendo que la suspensión tiene carácter temporal, mientras que la revocación apunta a ser definitiva, por lo que una interpretación que lleve a asimilar ambos conceptos vulneraría el principio de legalidad. Por ello,

Solamente podrán incluirse en esta modalidad del delito de libramiento indebido los casos en los que cabe una revocación del pago del cheque (...) en los casos en los que es el juez quien ordena que no se pague el cheque, sea porque se ha iniciado una acción de ineficacia del título valor o porque se ha denunciado la comisión de un delito en la emisión del cheque (coacciones o estafa, por ejemplo). (García Caveró, 2007, p. 263)

De otro parecer es Hugo Álvarez (2009, p. 64) para quien la “norma” (enunciado lingüístico) “revocatoria” engloba tanto la revocatoria en sentido estricto como la “suspensión”, por lo que se debe asumir una interpretación extensiva. Nosotros consideramos que no se trata de una interpretación extensiva, sino de un supuesto de analogía *in malam partem*; en tal sentido, compartimos la postura de García Caveró (2007) de

que realizar una interpretación en este sentido, vulnera el principio de legalidad penal (“*lex stricta*”).

García Caveró (2007, p. 263) considera que no era necesaria su positivización, pues tales casos pueden ser abarcados por el supuesto de frustración del pago, recogido en el inciso 2 del artículo 215 (segundo supuesto típico) del CP, precisando que “esta reiteración específica no genera ningún problema de persecución penal”; en tanto que Hugo Álvarez (2009, p. 65) considera que si bien ambas hipótesis son bastantes similares la diferencia estriba en que el supuesto de la “revocatoria” es mas restrictivo, mientras que el supuesto de la “frustración de pago” es mas amplio.

Al respecto, nosotros consideramos que a efectos de evitar redundancia o reiteración lingüística en la regulación de conductas punibles y por técnica legislativa, se debería derogar este supuesto.

Por esta razón, respecto al aspecto subjetivo, consumación, clasificación según la cualidad de los sujeto, modalidad de la acción y grado de afectación al bien jurídico; nos remitimos a lo desarrollado en el segundo supuesto típico.

e) Quinta conducta específica: cobro indebido

Esta hipótesis delictiva puede configurarse de dos formas: por actos de suplantación o por actos de modificación. Como expresa García Caveró (2007, p. 264 y ss.) los primeros tienen lugar cuando el autor utiliza cualquier medio de pago

para suplantar beneficiario o endosatario real del cheque, sea en su identidad o firma, logrando cobrar de esta forma el cheque; mientras que, por los segundos, el agente altera las cláusulas (“intransferible” o “no negociable”), líneas de cruzamiento (en el caso del “cheque cruzado”<sup>25</sup>) o cualquier otro requisito formal (artículo 174 de la LTV: cantidad a pagar, nombre del beneficiario), siendo que, en ambos supuestos el delito se consuma con el cobro del cheque.

Precisa este autor que esta figura penal presenta serios cuestionamientos, pues estas conductas ya se encuentran abarcadas por los delitos de estafa y falsificación de documentos, en donde se contemplan penas mayores. Ante esta incoherencia generada por el legislador, este autor plantea como solución considerar que este supuesto debe operar la figura de concurso ideal sustentado en la afectación de bienes jurídicos distintos.

Por su parte Hugo Álvarez (2009, p. 66 y ss.) considera que esta figura delictiva deviene en innecesaria, pues estos supuestos ya se encuentran comprendidos en los artículos 427 y 438 del CP como modalidades de falsificación y adulteración de documentos, y falsedad genérica; así, señala

---

<sup>25</sup> El cheque cruzado es aquel en el que el emitente o el tenedor limita el cobro del cheque mediante el cruzamiento de dos líneas paralelas trazadas en el anverso del título, en el sentido de que solo podrá ser cobrado a través de una institución bancaria. La finalidad de esta medida es evitar cobros indebidos por pérdidas o robos, ya que su negociación a través de bancos permite que, en todo momento, el cheque este controlado. El cruzamiento puede ser general o especial. El cruzamiento es general cuando no contiene entre las dos líneas designación alguna, o constare solo la mención “banco”, o una denominación equivalente. En estos casos, el cheque solo puede ser pagado por el banco girado a otro banco o a su propio cliente. El cruzamiento es especial cuando entre las líneas se escribe el nombre de un banco determinado. (García Caveró, 2007, p. 241)

este autor, el legislador en la configuración del tipo descrito en el artículo 427 del CP utiliza la frase: “o cualquier otro transmisible por endoso o al portador”.

Al respecto, nosotros consideramos que en atención a la postura que hemos postulado de que el bien jurídico protegido es la funcionalidad del cheque como medio de pago, y en tanto las otras funciones del documento (cheque) se ven mermadas en la misma intensidad (perpetuidad, garantía y probatoria); consideramos que la solución brindada por García Cavero, es la mas razonable y permite salvar la interpretación desde una perspectiva de *lege lata*, sin necesidad de recurrir a la propuesta de *lege ferenda*, la cual opera cuando se han agotado los mecanismos interpretativos sin rebasar los límites impuestos por la ley.

Ahora bien conviene reflexionar sobre la posibilidad de alegar que en el presente caso, al tratarse de un supuesto de duplicidad de conductas, se debería optar por la “ley” mas favorable; en este caso, por el delito materia de comentario. Al respecto, debe refutarse que en el delito de libramiento indebido se encuentra el plus, con la afectación a la funcionalidad del cheque como medio de pago<sup>26</sup>, lo que hace que opere el concurso ideal, mas no la “favorabilidad”.

---

<sup>26</sup> Esta funcionalidad debe entenderse dentro de un contexto de licitud, por ello se reprime el cobro indebido, pues si bien es verdad se realiza un “pago” y con ello podría alegarse que el cheque estaría cumpliendo su función; sin embargo, en el presente caso, la conducta se despliega en un escenario ilícito.

Por otro lado, en cuanto a la consumación, como ya se precisó, en ambos supuestos el delito se consuma con el cobro del cheque. Por ello, se trata de una modalidad típica de comisión instantánea.

Conforme a la modalidad de la acción, discrepamos de la postura defendida por Hugo Álvarez (2009, P. 69) de que se trataría de una hipótesis delictiva de mera actividad, pues en este caso, si es factible la separación espacio-temporal de la acción y el resultado; mas precisamente, esta figura penal sí requiere un resultado lesivo diferenciable de la acción, esto es, el cobro indebido del cheque.

De acuerdo al grado de afectación del bien jurídico, se trata de un supuesto de lesión, pues con la conducta desplegada se lesiona la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico jurídico. Este punto es necesario precisar que aquí las otras funciones del documento (cheque) también se ven afectadas en el mismo nivel que la funcionalidad como medio de pago; esto es, la función perpetuación, garantía y probatoria.

En cuanto a la cualidad del sujeto activo, para el caso de los “actos de suplantación” pueden ser cometidos por cualquier persona imputable, por lo que se tratará de un delito común; mientras que respecto a los “actos de modificación” sólo pueden ser cometidos por el Girador del cheque, siendo un delito especial. Sobre el sujeto pasivo, además del tenedor

del cheque, puede recaer también la acción típica en el endosatario.

**f) Sexta conducta específica: endoso indebido**

Este supuesto comprende la conducta en el cual el beneficiario de un cheque lo endosa sabiendo (“a sabiendas”) que no tiene provisión de fondos.

Parafraseando a García Caveró (2007, p. 266) el desvalor penal de esta conducta no cabe duda; no obstante, la discusión se presenta respecto a las razones por las que el legislador limitó el ámbito de endosos punibles sólo a los casos de cheques sin fondos, siendo perfectamente posible la hipótesis del endoso, a quien endosa un cheque que sabe no podrá ser pagado legalmente, a pesar de que el fundamento es el mismo, no obstante, en aras de no vulnerar el principio de legalidad, este último supuesto no podrá ser castigado en base a esta modalidad típica, apreciación crítica con la cual coincidimos plenamente.

Sobre el aspecto subjetivo, no cabe duda que se requerirá el dolo, Hugo Álvarez (2009, p. 76) considera que el sintagma “a sabiendas” indica que la figura materia de análisis solo puede cometerse con dolo directo. García Caveró (2007, p. 266) precisa que “la única manera de tener certeza es que el endosante haya intentado cobrar el cheque, pero el banco se lo haya denegado por falta de fondos”; sin embargo, al tratarse de una cuestión probatoria no cabe negar la

posibilidad de acreditar este conocimiento con otros medios probatorios en virtud al principio de libertad probatoria.

A semejanza de lo que sucede con el delito de receptación, en este supuesto típico también se requiere la comisión de un delito previo o precedente, esto es, la figura penal del giro de cheques sin fondos, pues “(...) el afectado por el primer delito quiere trasladar el perjuicio a otra persona endosándole el cheque” (García Caveró, 2007, p. 266).

Esta modalidad típica se consuma con la acción del sujeto agente de endosar (“transferir”) el cheque, constituyéndose así en un tipo penal de consumación instantánea.

Conforme a la modalidad de la acción, y concordando con Hugo Álvarez (2009, p. 78) se trata de una hipótesis delictiva de mera actividad, no siendo posible la separación espacio-temporal de la acción.

De acuerdo al grado de afectación del bien jurídico, se trata de un supuesto de lesión, pues con la conducta desplegada se lesiona la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico jurídico.

En cuanto a la cualidad del sujeto activo, se trata de un delito especial, pues sólo podrá ser autor aquel que tiene la condición de endosante del cheque, quien a sabiendas de que el cheque no tiene fondos o son insuficientes lo endosa o transfiere a otra persona. Sobre el sujeto pasivo, conviene

precisar que sujeto pasivo será el “nuevo” librado o endosatario del cheque.

### **E. Sobre el resultado**

Conforme hemos desarrollado en cada modalidad típica, se trata de un delito de mera actividad, en tanto no se puede establecer una separación entre la acción y el resultado, aspecto que también ha sido recalcado por García Caveró (2007, p. 266). Por ello este autor, a quien a continuación parafraseamos, precisa que el delito de libramiento indebido produce un resultado de perjuicio patrimonial aunque no se diferencia de la acción típica, siendo innecesario echar mano de los criterios de imputación objetiva del resultado, aunque nosotros consideramos que son totalmente aplicables (dependerá del caso concreto) los criterios de la imputación objetiva del comportamiento desarrollados precedentemente (Riesgo permitido, prohibición de regreso, imputación al ámbito de competencia a la víctima<sup>27</sup>; y, el principio de confianza).

Este autor puntualiza que esta reflexión vale para todas las modalidades típicas, excepto para el supuesto de cobro indebido, pues en esta figura penal sí se requiere un resultado lesivo diferenciable de la acción, esto es, en el cobro indebido del cheque.

---

<sup>27</sup> García Caveró (2007, p. 264) al comentar el inciso 5 del artículo 215 del CP, plantea un supuesto en el cual se puede aplicar este criterio: en el caso de que el cobro indebido se haya producido por actuación negligente del banco girado o del girador; el autor considera que por la acción fraudulenta con la cual actuó el sujeto agente, la conducta “imprudente” solo puede ser valorada al momento de individualizar la pena, mas no tiene efecto eximente.

**F. Sobre la concurrencia de causas de justificación**

Conforme a lo desarrollado en el marco teórico, salvo la legítima defensa, no vemos inconvenientes en admitir la posibilidad de la concurrencia de las otras causas de justificación.

García Caveró (2007, pp. 267-268) nos da cuenta de un caso de esta naturaleza que se presentó en la jurisprudencia extranjera, referida a una operación de préstamos mediante un “descuento de cheques”, en donde el dinero no fue entregado al girador del cheque, por lo que éste se aprestó inmediatamente a frustrar el pago del cheque. Es posible entonces, en estos casos, alegar una situación de justificación capaz de excluir la antijuridicidad del hecho, siempre que la defensa sea necesaria para alejar el peligro de lesión patrimonial que amenaza al girador de un cheque.

**G. Del concurso con otras figuras penales**

En relación con el delito de estafa, debemos precisar que la relación concursal que se puede presentar entre estas dos figuras delictivas, será la de un concurso aparente de leyes, pues si bien existen similitudes se diferencian en lo siguiente: la estafa es un delito de resultado mientras que el delito de libramiento indebido es de mera actividad (salvo el supuesto de cobro indebido), el bien jurídico protegido en el primer delito es el patrimonio, mientras que en el segundo es la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil. Por lo que se deberá tomar en cuenta estos criterios a efectos de una adecuada calificación jurídica.

Sobre este punto es ilustrativo lo que postula García Cavero (2007, p. 268) quien señala que efectivamente existe concurso de leyes (“aparente”) entre estas figuras penales, por lo que se debe recurrir al principio de subsidiaridad para su solución; así, el tipo penal de libramiento indebido sólo se deberá aplicar en caso no se presentes los elementos constitutivos del delito de estafa.

Es factible la presencia de un delito continuado de libramientos indebidos cuando se emitan varios cheques para pagar a un mismo acreedor o a varios. En el primer caso, pese a la pluralidad de acciones se considerará un solo delito continuado no afectándose la pena marco establecida, mientras que en el segundo caso (mas conocido como delito masa) el marco de la pena podrá incrementarse hasta en una tercera parte, de conformidad con lo regulado por el artículo 49 del CP.

## **H. Sobre la autoría y participación**

### **a) La autoría**

La autoría directa es la menos problemática, pues será el propio emitente quien de manera directa realice los supuestos típicos establecidos en la ley penal.

En relación a la coautoría, Hugo Álvarez (2009, pp. 24-25), indica que en determinadas condiciones es posible la coautoría por que los agentes pueden realizar actos que caen dentro del tipo penal, como por ejemplo, en el caso de un alcalde y un tesorero de una municipalidad autorizados para girar cheques a sabiendas de que no existen fondos suficientes o sin tener

autorización para sobregirar, emite cheques en estas condiciones a favor de un tercero (deudor); del gerente general y del gerente de administración y finanzas de una empresa; a los que debe agregarse la intención común de realizar el hecho punible y que sus intervenciones constituyan actos ejecutivos que caigan dentro del hecho descrito en el tipo penal.

Es esta comunidad de intención real la que es fundamental para establecer coautoría y diferenciarla de la complicidad.

En relación a la autoría mediata, ya sea por error, por coacción, o a través de aparatos organizados de poder (instrumento doloso). Salvo el último supuesto, no cabe descartar la posibilidad de que se pueda presentar estos supuestos; así, en relación a la primera forma de autoría mediata, cuando un Funcionario Público coacciona a un tesorero a efectos de que éste emita un cheque sin fondos a favor de un tercero, en esta hipótesis es factible atribuir la calidad de autor mediato al “Funcionario Público”.

**b) Participación: complicidad e instigación**

En relación a la complicidad, parafraseando a Hugo Álvarez (2009, p. 23) podemos decir que esta forma de participación (ya sea en forma de complicidad primaria o secundaria) se puede presentar en todas las modalidades del hecho punible del delito sub materia. La complicidad a diferencia de la instigación no admite la represión de la tentativa de complicidad.

Indica el mencionado autor que

los actos llevados a cabo dolosamente por el cómplice, como prestar auxilio para la realización del hecho punible (libramiento indebido) y sin el cual no se hubiera perpetrado el delito, o a los que de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia, responderán como cómplices en el delito de libramiento indebido cualquiera sea su origen, donde es posible admitir la complicidad.

Al respecto es ilustrativo el alcance que ha brindado la Corte Suprema mediante la Casación 367-2011, Lambayeque, precisando en el fundamento 4.9. que:

(...) debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

En relación a la instigación, como enseña Hugo Álvarez (2009, p. 26) es posible admitir esta figura penal en el delito *sub materia*, debiéndose puntualizar que la diferencia entre instigador y autor mediato radica en que este último realiza el hecho punible a través de un tercero; mientras que, el primero (instigador) no realiza ni participa del hecho punible. Se cita como ejemplo, el caso de un ministro de Estado que coacciona al funcionario o servidor público (tesorero) para que libere indebidamente un cheque a sabiendas que no existen fondos; estamos ante un caso, no de instigación por parte del ministro, sino de autoría mediata, siendo que el tesorero no responde por operar una causal de inculpabilidad, del mismo modo existe autoría mediata cuando el agente se aprovecha de un error

esencial de hecho en que se halle el funcionario o servidor público.

Debe diferenciarse la coacción de la persuasión, esta última es la que determina la presencia de una instigación.

### **I. De la tentativa**

Conforme se ha desarrollado en los supuestos o modalidades específicas nos encontramos ante un tipo penal de comisión instantánea (de mera actividad en su mayoría, y solo en el caso del “cobro indebido” de resultado), por lo que no cabe negar la tentativa, al menos desde el punto de vista teórico. Para ello es fundamental tener en cuentas las conductas generales (verbos rectores) que establece el tipo penal, consistentes en: girar, transferir o cobrar.

Parafraseando a Hugo Álvarez (2009, p. 29), podemos decir que en determinados casos entre la acción dolosa de libramiento existen fases intermedias que se expresan en actos materiales, pero interrumpidos por actos de terceros, ajenas a la voluntad del agente, por lo que, es posible detectar los actos ejecutivos fragmentados para consumar el hecho punible, siendo que, en determinadas circunstancias especiales es posible admitir la tentativa en el hecho punible de libramiento indebido, lo que presupone que el agente se haya decidido a cometer el hecho punible orientando su acción dolosa con el comienzo de la ejecución del delito y no se concretice por acción de terceros o por desistimiento voluntario.

Al respecto, podemos decir que en la modalidad específica de cobro indebido, al ser un tipo penal de resultado, no cabe duda que es factible la tentativa, e incluso desde la perspectiva procesal generalmente no existirán dificultades probatorias. Para el caso de las demás modalidades comisivas específicas, como ya precisamos, no cabe negar la posibilidad de que se pueda presentar una tentativa en “teoría”, aunque aquí las dificultades procesales son evidentes.

#### **J. Sobre la punibilidad**

En relación a esta categoría del delito, al tener una vinculación directa con nuestro objeto de estudio, pues la “constancia expresa de falta de abono” y el “requerimiento de pago” reguladas en el penúltimo y último párrafo del CP, han sido consideradas por algunos juristas como parte de esta categoría; nos remitimos al desarrollo y cita textual (justificada) descrito en los antecedentes de nuestra investigación, y claro está la discusión de los argumentos se encuentra en el capítulo intitulado “contrastación de hipótesis”, al cual también nos remitimos.

#### **K. Respecto a la penalidad y consecuencias accesorias**

El texto del delito sub materia, establece como pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, marco en el cual el juez deberá llevar a cabo la determinación de la pena. Parafraseando a García Caveró (2007, p. 272) podemos decir que además de la pena, la legislación comercial y bancaria prevé ciertas medidas adicionales, como el caso de la publicidad del

inicio y la culminación de un proceso penal contra el girador, así como el cierre de cuentas corrientes por giro de cheques sin fondos, del mismo modo, el artículo 88 de la LTV establece que los jueces tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio respectiva el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheques rechazados por falta de fondos, y el artículo 183 de la citada ley establece el imperativo de que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes a quienes hubieran girado cheques sin fondos.

Indica el citado autor, por otro lado la SBS, publicará por lo menos mensualmente en el Diario Oficial el Peruano, la relación de cuentas corrientes cerradas por haber girados cheques sin fondos, quedando impedidos de aperturar nuevas cuentas corrientes por el plazo de un año, siendo que de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre será por tres años, y en caso, reincida por segunda vez, la inhabilitación será permanente.

### **2.3.3. Los requisitos de procedibilidad**

#### **2.3.3.1. Nociones doctrinales y distinción**

Previamente conviene precisar que no hay que confundir entre condiciones objetivas de punibilidad y condiciones objetivas (o requisitos) de procedibilidad, así, mientras que en la ausencia de las primeras no se pune, en la ausencia de las segundas no se procede.

Ahora bien, para entender estas últimas, proponemos un ejemplo hipotético. Es el caso de una persona que ha sido procesada, por cuanto se le imputa que al haber distribuido mediante venta una obra literaria de un escritor del medio, sin autorización de éste, y habiéndosele encontrado *in fraganti*, ha cometido el ilícito penal prescrito en el artículo 217 inciso b) del Código Penal, por lo que se le procesa por este delito. En tal contexto, el imputado arguye en su defensa que el fiscal ha omitido el Informe Técnico que le exige expresamente la disposición final del Decreto Legislativo 822<sup>28</sup>, Ley sobre Derechos de Autor, como requisito de procedibilidad para ejercitar válidamente la acción penal. Otro ejemplo, mucho más manido, es cuando se procesa de manera directa a un Congresista de la República, por la presunta comisión de un delito determinado, siendo el caso que el artículo 93 de la Constitución, expresamente prescribe que los congresistas no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso de la República o de la Comisión Permanente.

En estos casos el legislador ha estimado que por la naturaleza de determinados delitos (primer supuesto) o por la persona imputada del mismo (segundo supuesto), es necesario para efectos del ejercicio de la acción penal, el cumplimiento de requisitos especiales, ineludibles, previstos en la misma ley penal, en la ley procesal e inclusive en la

---

<sup>28</sup> El mismo requisito de procedibilidad se exige en los mal llamados delitos contra la Ecología, así el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, señala que la para la formalización de la denuncia en los delitos sobre esta materia, el fiscal deberá requerir “previamente” a las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental.

ley administrativa (Sánchez Velarde, 2004, p. 335) o cualquier ley extrapenal<sup>29</sup>. En consecuencia,

La cuestión previa tiene lugar ante la ausencia de un requisito de procedibilidad expresamente previsto en la ley y sin cuya observancia sería inválido el ejercicio de la acción penal y el procedimiento que hubiere originado. (Cubas Villanueva, 2009, p. 109)

Con acierto, San Martín Castro (2003, p. 364), señala que la cuestión previa, es “un obstáculo no a la prosecución del proceso penal, sino a su inicio –a su promoción–”, asimismo indica

que son condiciones para la iniciación de la acción penal. De faltar estas condiciones, el proceso no puede continuar válidamente, y por tanto, debe anularse, pudiendo reiniciarse una vez subsanada la omisión incurrida, la que constituye un reflejo de su calidad de presupuesto procesal.

Asimismo, se ha destacado que,

a través de ellas se identifican determinados delitos que no pueden perseguirse, es decir, respecto de ellos no puede dictarse una resolución sobre el fondo por la vía procesal viable, sin que el lesionado u otras persona haya manifestado, por si, su voluntad de perseguirlos. Esto sucede:

En lo delitos perseguibles por querrela.

En los casos de autorización para proceder; y,

En los supuestos en que la ley exige la intervención previa de una autoridad por medio de una resolución concerniente al objeto del proceso.” (De la Cruz Espejo, 2003, pp. 24-25)

En suma,

La ausencia de una condición objetiva de procedibilidad no tiene mas efecto, con relación al delito, que impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal y de actualizarse el presupuesto procesal podrá perseguirse aun produciéndose con posterioridad al delito” (Grández Odiaga, 2003, p. 103)

---

<sup>29</sup> V.gr. Ley sobre derechos de autor y Ley General del Ambiente

Y el mecanismo procesal de defensa técnico ante la inobservancia de estos requisitos o condiciones se denomina cuestión previa.

### **2.3.3.2. Regulación en el Código Procesal Penal del 2004**

Los requisitos de procedibilidad y su mecanismo de defensa ante su ausencia (cuestión previa), han sido regulados por el Código Procesal Penal del 2004.

En cuanto a los primeros, la norma procesal obliga a su observancia estricta si es que el fiscal decide formalizar y continuar la investigación preparatoria<sup>30</sup>, destacándose de esta manera su naturaleza de presupuesto procesal.

Por su lado, la cuestión previa<sup>31</sup>, se encuentra regulada en el artículo 4 del citado cuerpo procesal, cuyo tenor prescribe:

La cuestión previa procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado.

Asimismo se establece que la cuestión previa se plantea una vez que el fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias<sup>32</sup>, y además puede ser declarada de oficio<sup>33</sup>.

En cuanto a la oportunidad y la procedencia de oficio, se entiende que proceden desde que el fiscal ha dado inicio formalmente a la Investigación Preparatoria; es decir, cuando ha emitido la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria,

---

<sup>30</sup> Artículo 336 numeral 1.

<sup>31</sup> Para un análisis comparativo de la regulación de la Cuestión Previa en el Código de Procedimiento Penales y el Código Procesal Penal del 2004, véase Tello Villanueva (2010, pp. 251 y ss.).

<sup>32</sup> Artículo 7.1

<sup>33</sup> Artículo 7.3

agregándose que puede ser declarada de oficio, ello debido a la observancia obligatoria de los requisitos de procedibilidad.

Asimismo, puede ser deducido, al igual que las excepciones, en la Etapa Intermedia, al momento en que se corre traslado de la acusación fiscal por el plazo de 10 días, aunque está condicionada a que no haya sido planteada con anterioridad o en todo caso se fundamente en hechos nuevos<sup>34</sup>.

En cuanto, a sus efectos, al igual que el Código Predecesor, es la nulidad de todo lo actuado, entendiéndose que el Ministerio Público puede formalizar nuevamente la investigación una vez que haya subsanado el requisito de procedibilidad omitido. Asimismo se advierte un énfasis cuando se hace referencia a este requisito, al precisarse que debe estar “explícitamente previsto en la ley”.

Por su parte la jurisprudencia, ha establecido que cuando se acciona contra Magistrados (Rojas Vargas, 2009, pp. 108-110), por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, si bien en principio correspondería su ejercicio al Ministerio Público, sin embargo este ejercicio está normado para estos casos especiales, correspondiéndole a la Presidencia de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público decidir el ejercicio de la acción penal. Del mismo modo, se ha hecho precisiones sobre la cuestión previa, en relación a la malversación de fondos y respecto al carácter expreso y previamente establecido de estos requisitos de procedibilidad (Rojas Vargas, 2009, pp. 103-105).

---

<sup>34</sup> Artículo 350 inciso b) del Código Procesal Penal del 2004. Ello es razonable, pues evita que se deduzcan medios de defensa técnicos no solo carentes de fundamento sino que evita una doble revisión de una materia que ya fue resuelta; es decir, evita la duplicidad de trabajo del órgano jurisdiccional.

La jurisprudencia en el nuevo proceso penal, en el expediente N° 4109-2008-Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo (Taboada Pilco, 2009, pp. 97-99), estableció que en caso de lesiones leves culposas el Ministerio Público no puede ejercer directamente la acción penal, sino que es necesario y constituye un requisito *sine qua non* la pre-existencia de una querrela por los ofendidos presentada ante el juez unipersonal, declarándose de oficio la cuestión previa y anulándose todo lo actuado. Asimismo, se estableció que en el caso de denuncias penales dirigidas contra funcionarios competentes en materia previsional, el fiscal procedió irregularmente al dictar la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues ha omitido solicitar el informe técnico jurídico a la ONP, como lo exige el artículo 3 de la ley 28040, para proceder a la calificación de la noticia criminal.

En suma, se advierte que a nivel legal, doctrinal e incluso jurisprudencial, se habla de requisitos de procedibilidad expresamente establecidos en la ley.

#### **2.3.4. Condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de procedibilidad**

Ha surgido un arduo debate en la doctrina sobre la determinación de los criterios diferenciadores entre estas dos categorías. Parafraseado el profesor Claus Roxin (2010, pp. 984 y ss.), podemos decir, que siempre ha habido posturas diversas sobre si la querrela requerida en los delitos perseguibles a instancia de parte es una condición objetiva de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad, o si la inmunidad o la extraterritorialidad son causas de exclusión de punibilidad o presupuestos de procedibilidad, o si la

prescripción y el indulto son causas de supresión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad.

Parafraseado a mencionado jurista alemán (2010, p. 984), podemos decir que en esta polémica se refleja la falta de claridad que hasta hoy existe sobre la delimitación entre Derecho material y formal. La delimitación entre Derecho material y Derecho procesal se dificulta además porque casi es imposible desarrollarla partiendo de las consecuencias prácticas.

Así la atribución de un elemento a uno u otro sector del Derecho repercute sobre todo en un diferente tratamiento en el proceso penal. Si falta un presupuesto jurídico-material de la punibilidad, procede la absolución; mientras que la falta de un presupuesto de procedibilidad da lugar al sobreseimiento o archivo. El Tribunal de revisión examina de oficio los presupuestos de procedibilidad, mientras que los vicios o defectos de Derecho material deben ser denunciados. (2010, p. 985)

Pero el problema es que tales distinciones no sirven de gran ayuda en caso de dudas sobre la ubicación de un elemento. Así, ante cuestiones de si la prescripción da lugar al sobreseimiento o a la absolución, no es posible dar una respuesta lo suficientemente segura como para derivar de la misma un argumento a favor de la pertenencia del elemento al Derecho material o al Derecho procesal. Pues el diferente tratamiento procesal no obedece a reglas materiales fijas y convincentes, sino que principalmente es el resultado de una evolución histórica que en las zonas limítrofes no ha conducido a soluciones inequívocas. (2010, p. 986).

#### **2.3.4.1 La supresión mental del proceso penal como criterio de delimitación entre Derecho material y procesal**

Parafraseando al profesor alemán (2010, p. 987), mientras que la teoría de Beling y Bemmman extiende excesivamente el Derecho procesal a costa del Derecho penal material, otra teoría defendida por Kaufmann, incluye en el Derecho material múltiples circunstancias, que mayoritariamente se ubican en el Derecho procesal. Esta autora formula una “pregunta-test”, cuya respuesta a va a decidir sobre la pertenencia de un elemento al Derecho material o formal: “¿debería depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin un proceso, de esa circunstancia de naturaleza jurídica dudosa, o en tal caso sería irrelevante esa circunstancia?”

Partiendo de este planteamiento de la cuestión, resulta que p. ej. la querrela, la prescripción, al amnistía o el indulto y, con mayor razón aún, naturalmente también a garantía de reciprocidad o la indemnidad despliegan su efecto de exclusión de la pena con independencia del Derecho procesal penal, así, p. ej., la prescripción elimina la punibilidad, sin que el hecho tenga siquiera que haber llegado a conocerse o haber provocado medidas procesales. Por eso, según la teoría de Kaufmann, todos estos elementos pertenecen al Derecho material. En cambio, circunstancias como p. ej. las de que el inculpado tenga capacidad para comparecer en el juicio penal, que el tribunal sea competente y que el asunto no haya sido ya objeto de

una resolución firme, será presupuestos de procedibilidad, ya que no tienen menor sentido sin el presupuesto de un proceso penal.

Sin embargo, esta solución amplía excesivamente el alcance del Derecho penal material. En efecto, si p. ej. la querrela fuera un presupuesto de punibilidad, entonces la punibilidad ya no tendría que estar legalmente determinada en el momento del hecho, sino que dependería de circunstancias que se producen después del hecho y que se basan en una decisión al arbitrio de los particulares. Y lo mismo sucedería en la prescripción, cuya producción, en virtud de la regulación legal sobre su interrupción, depende en gran medida de que se lleven a cabo o no determinadas actuaciones instructorias.

#### **2.3.4.2 La conexión inmediata con el hecho como criterio de pertenencia al derecho material**

Conforme expresa Roxin (2010, p. 988):

(...) parece preferible una solución intermedia, según la cual la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco de su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación al acontecer del hecho, solución fundada sobre todo por Gallas y Schmidhauser. Gallas sostiene que las circunstancias independientes de la culpabilidad se pueden considerar condiciones objetivas de punibilidad si “están en conexión con el hecho”, es decir, su pertenecen al “complejo del hecho” en su conjunto, incluyendo “también reflexiones de economía penal y consideraciones a intereses del Derecho de gentes”. Según esto, presupuestos de procedibilidad son ajenas al complejo del hecho. Schmidhauser ha precisado esta posición exigiendo para el Derecho material que se trate de una circunstancia cuya ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor; la conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación de hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiere a ella.

Del mismo modo, siguiendo parafraseando a Roxin (2010, pp. 988-989), podemos decir que tomando como base esta concepción y trasladándola a las causas de exclusión de la punibilidad, resulta que, p. ej. la garantía de reciprocidad o la apertura de procedimiento concursal son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad es una causa de exclusión de la punibilidad, porque todas estas circunstancias pertenecen al complejo del hecho o a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídicopenal. Por el contrario, la querrela, la prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados fuera totalmente de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad, a diferencia de lo que sucede en la indemnidad, es un presupuesto de procedibilidad, pues la punición depende de una posterior decisión del parlamento.

Precisa este autor (2010, p. 989), refiriéndose a la Ley Fundamental de la República Alemana (GG), esta concepción es preferible, no solo porque elude las objeciones que se pueden hacer a las demás teorías, sino por ser la que mejor se ajusta al artículo 103 II GG, que limita la prohibición de retroactividad del Derecho material. En efecto, las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del artículo 103 porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran estas circunstancias. Así, p. ej., el orador parlamentario recurrirá sin temor a palabras fuertes si y porque sabe privar de la misma. Pero nadie

puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a presentar una querrela o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse. Por eso las especulaciones sobre la exigencia legal de querrela tampoco son protegibles y no encuentran apoyo en el artículo 103.

#### **2.3.4.2 Toma de posición**

Por las razones esbozadas, esta última teoría es la que debemos asumir, no solo porque incluye argumentos teóricos sino sobre todo prácticos (“retroactividad”). Por tanto, coincidiendo con Contreras Gonzales (2008, p. 131), podemos decir que tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas al concepto del delito y obedecen a consideraciones básicamente político-criminales. Sin embargo, mientras las primeras integran la categoría de la punibilidad y condicionan, por tanto, la concreta imposición de la pena, las segundas actúan fundamentalmente condicionando el inicio del proceso penal.

### **CAPÍTULO 3**

#### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

En este capítulo se desarrolla la contrastación de las hipótesis. La pregunta que formulamos fue ¿cuál es la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos?, siendo las hipótesis proyectadas que: la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” es la de ser una condición objetiva de punibilidad; mientras que, la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” es la de ser un requisito de procedibilidad.

Para la contrastación de la primera, esto es, la “constancia expresa de falta de pago”, se analiza críticamente cada uno de los fundamentos esgrimidos por las posiciones doctrinales –y en algunos casos jurisprudenciales– que le asignan la naturaleza de “elemento del tipo”, “requisito de procedibilidad” y “cuestión probatoria”, para luego verificar si nuestra respuesta inicial al problema jurídico detectado fue comprobada (apartado 3.1). Luego, respecto al “requerimiento de pago”, de igual manera se analiza críticamente cada uno de los argumentos esgrimidos por las posiciones doctrinales –y en algunos casos jurisprudenciales– que le asignan la naturaleza de “elemento del tipo”, “excusa absolutoria” y “requisito de procedibilidad”; para luego verificar si nuestra postura inicial fue o no demostrada (apartado 3.2).

### 3.1. PRIMERA HIPÓTESIS: “CONSTANCIA EXPRESA DE FALTA ABONO”

#### 3.1.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales

##### A. Elemento del tipo

El argumento esbozado por San Martín Castro (2003, p. 378)<sup>35</sup> de que como es una exigencia legal extrapenal que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa de pago y la fecha de su presentación, y en tanto que la ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques; luego, la exigencia legal extrapenal integra el tipo penal; no es categórico por las siguientes razones.

En efecto, de los antecedentes no se deduce indefectiblemente la inferencia a la que se arriba; es decir, el hecho de que exista la exigencia legal extrapenal y que la ley penal busque proteger el tráfico lícito de los cheques, no necesariamente por esta condición, se deduce que por ello sea un elemento del tipo. Estos mismos presupuestos (premisas) pueden servir de apoyo para colegir que se trataría de un requisito de procedibilidad. En todo caso, la consistencia del argumento está sujeto a la verificación de las razones de por qué por esta condición integraría el tipo penal y por qué se tendría que descartar otras alternativas, aspecto que no es analizado por esta opinión doctrinal.

Como el razonamiento no es concluyente, las consecuencias derivadas del mismo (esto es, que el medio de defensa que debe plantearse en estos casos es la excepción de naturaleza de acción y no la cuestión previa) adolecerán de la misma condición.

---

<sup>35</sup> Las referencias de autores y jurisprudencias son las desarrolladas y citadas en el ítem antecedentes (*Ut Supra* –2.1), por lo que en el presente acápite nos limitaremos a realizar el análisis crítico utilizando el parafraseo.

Respecto al pronunciamiento emitido en el Exp. 4183-97, de que en el título valor deberá obrar constancia con expresa mención del motivo de la negativa de pago al referido título; siendo ello una exigencia del tipo objetivo, que deberá verificarse a efecto de establecer la tipicidad del hecho denunciado. No se advierten razones para su consideración como elemento del tipo, pues se limita a señalar que la “constancia” es una “exigencia del tipo objetivo” sin fundamentar por qué ostentaría tal condición y no otra; este razonamiento adolece de la falacia de “petición de principio o razonamiento circular”, pues toma como premisa del razonamiento (es “una exigencia del tipo objetivo”) la misma conclusión que se quiere probar (“deberá verificarse a efecto de establecer la tipicidad”).

En relación al criterio expresado en el Exp. N° 7737-97, en el sentido de que al haberse rechazado el cheque indicando con el sello “no conforme”, sin precisar el motivo, no se ha cumplido con lo dispuesto por la Ley de Títulos Valores, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo. Al igual que el razonamiento doctrinal precedente, se asume que como la LTV regula esta exigencia, sólo por esta condición hay que atribuirle la categoría de elemento del tipo, lo cual no es concluyente (existen otras posibilidades).

Ahora bien, a continuación desarrollaremos los argumentos por los cuales consideramos que la “constancia expresa de falta de pago” no es un elemento del tipo.

La premisa de la cual partiremos consiste en diferenciar –no necesariamente separar– tres momentos: el giro del cheque, la

presentación del mismo al Banco girado para su cobro; y, la formalidad que exige la ley extrapenal (Ley de Títulos Valores) para “verificar” que el cheque no tiene fondos o es insuficiente, y con ello no pierda su mérito ejecutivo.

Ahora bien, la “constancia expresa de falta de pago” no es un elemento del tipo penal por las siguientes razones:

**a) Argumento literal** o significado propio de las palabras<sup>36</sup>: Del tenor expreso del verbo rector del tipo penal (“girar”), se infiere que la tipicidad objetiva se cumple cuando el sujeto activo “emite” un cheque a sabiendas de que no existe fondos o que los mismos son insuficientes; siendo indiferente la “constancia expresa de falta de abono”, que es ajena a la estructura típica del delito. Refuerza esta aseveración, el hecho de que el artículo 173 de la Ley de Títulos Valores prescribe que para la emisión de un cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta; obligación que se mantiene sólo hasta los treinta días posteriores a su emisión, de conformidad con el artículo 201.1 de la citada ley.

**b) Argumento psicológico** o “intención” del legislador histórico: para construir nuestro argumento de por qué la “constancia” no es un elemento del tipo, previamente describiremos el origen de la misma.

Ahora bien, en el texto original de la regulación del delito objeto de estudio no aparece esta exigencia, es recién con la Ley 27287 –Ley de

---

<sup>36</sup> Sobre la relación entre la interpretación y la argumentación, y sobre los tipos de argumentos jurídicos: Barberis (2015).

Títulos Valores–, publicada el 19 de junio del año 2000, que se añade (Cuarta Disposición Modificatoria).

Puntualicemos el nacimiento de esta modificatoria <sup>37</sup>: el 16 de diciembre del año 1998, la Comisión Permanente del Congreso designa al Congresista Ricardo Marcenaro Frers como presidente de la Sub comisión encargada de proponer la nueva Ley de Títulos Valores. El 19 de febrero del año 1999, la mencionada Sub comisión, mediante Carta 039-44-LTV-CR, remite el Proyecto de la Ley de Títulos Valores, en la cual se advierte el agregado (“se requiere”), cuyo tenor expresa: “En los casos de los incisos 1 y 6 se requiere la constancia expresa puesta por el Banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago”. El 19 de mayo del año 2000, ya en instancia de la Comisión Permanente del Parlamento, el Proyecto no se somete a debate (“Diario de debates”) sino solo a voto, señalando uno de los parlamentarios que: “(...) resulta inadecuado examinar cada uno de los artículos del proyecto, porque éste es un cuerpo orgánico que no tiene ningún sentido que pueda ser modificado en un debate en la Comisión Permanente”, pedido que fue aceptado y se sometió a votación, aprobándose dicho Proyecto de Ley.

Con fecha 11 de junio del año 2000, mediante dictamen de la Subcomisión Revisora del Proyecto de Ley de Títulos Valores, se realiza algunas observaciones al Proyecto de Ley primigenio, en concreto once observaciones; sin embargo, ninguna referida de manera

---

<sup>37</sup> Véase, el *iterín* detallado que se evidencia en la pagina oficial del Parlamento de la República. [http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNumero\\_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormaI=27287&xNormaF=27287](http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNumero_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormaI=27287&xNormaF=27287)

directa a la “constancia expresa de falta de pago”, pero se aprecia que la redacción primigenia se modificó, quedando de la siguiente manera: “En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago”, que es la redacción que finalmente tenemos en el Código Penal. Luego de la Autógrafa de ley remitida al Poder Ejecutivo, el 19 de junio del año 2000, se publica en el Diario Oficial el Peruano la Ley 27287 ya mencionada.

De este breve recorrido, podemos “conjeturar” la intención del legislador histórico; así, el único indicio que hemos localizado se encuentra en el dictamen de la Subcomisión Revisora del Proyecto de Ley de Títulos Valores, más precisamente en el punto 7.4 (p. 12), se define lo que es el protesto o su formalidad sustitutoria (“constancia”) indicándose: “(...) implica la realización de un acto para dejar constancia que el título valor no ha sido aceptado o no ha sido pagado. Asimismo es un requisito que tienen que cumplir los títulos valores sujetos a protesto a fin de obtener mérito ejecutivo y poder ejercerlas acciones cambiarias”.

Si partimos de estas afirmaciones, podemos decir –conjeturar– que la intención del legislador formal histórico no fue considerarla como un elemento de tipo, antes bien parece ser otra la “intención”. Si la “constancia expresa de falta de pago” es definida como un “acto para dejar constancia”, más parece que el legislador histórico tuvo la intención de otorgarle una cualidad probatoria mas no de elemento constitutivo de tipo, aunque sobre este extremo regresaremos más

adelante (véase el desarrollo de los argumentos sobre su consideración como “cuestión probatoria”).

Por ello, recurriendo a la intención del legislador histórico no se puede aseverar con contundencia que la “constancia expresa de falta de pago” sea un elemento del tipo penal.

**c) Argumento sistemático (dogmático-conceptual):** Si consideramos que la “constancia expresa de falta de abono” es un elemento objetivo del tipo penal, el dolo debería abarcar el conocimiento del mismo, lo que desnaturaliza su contenido; pues bajo este razonamiento, el sujeto activo además de conocer que está girando un cheque sin la provisión de fondos suficientes, debe conocer la “constancia expresa de falta de abono” lo cual resulta “a-sistemático”, pues este es un aspecto “ajeno” a la configuración del tipo<sup>38</sup>. Es más, apelando al argumento de autoridad, coincidimos con García Caveró (2007, p. 257) de que el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de la falta de fondos suficientes para el pago del cheque girado.

**d) Argumento sistemático (dogmático-conceptual):** Si partimos de la premisa de que la acción u omisión, que determina la consumación del delito, está referida al agente o sujeto activo (Rojas Vargas, 1997, p. 412), enunciado que incluso es un “dogma” –en los delitos de dominio– en la doctrina penal (sea causalista, neo causalista, finalista o funcionalista); la consideración de la “constancia expresa de falta de abono” como elemento objetivo del tipo, conlleva a la consecuencia “anti-sistemática” de que la consumación del delito no estaría bajo

---

<sup>38</sup> Aunque no insignificante, pues la Ley de Títulos Valores exige que se cumpla dentro de los 30 días de emitido el cheque para que no pierda su mérito ejecutivo.

dominio del agente (girador) sino de un tercero (tenedor y Banco girado). Más precisamente, de este último pende que se deje constancia del motivo de la falta de pago, incluso si el Banco girado cumple esta exigencia de manera defectuosa o simplemente no la realiza, el delito no se consumaría, lo cual resulta absurdo. Respalda este argumento Hugo Álvarez (2009, p. 48).

e) **Argumento teleológico:** Si el bien jurídico está constituido por la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil, la lesión a esta función viene determinada por el simple giro, pues el girador (sujeto activo) al realizar la acción típica impide que el cheque cumpla su función de medio de pago dentro del tráfico mercantil, siendo necesaria la sanción penal para restablecer la vigencia de la norma penal.

En suma, desde una perspectiva de lógica material, la asunción de este criterio interpretativo (elemento del tipo penal) no cumple la “prueba” o “criterio” de las consecuencias, según el cual, todo razonamiento debe analizar las consecuencias que la adopción de su conclusión conllevaría (Escudero y García, 2013, p. 333), pues genera consecuencias asistemáticas desde el punto de vista dogmático, se aparta del tenor expreso del tipo penal y no se condice con el bien jurídico protegido.

Por los argumentos antes expuestos, debemos descartar la consideración de la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de pago” como elemento del tipo.

## **B. Requisito de procedibilidad**

De la opinión vertida por el profesor García Cavero (2007), si bien es verdad toma en cuenta los planos ontológicos antes destacados, no se advierten las razones por las cuales nos encontraríamos ante un requisito de procedibilidad, siendo imposible un análisis crítico.

Respecto a lo manifestado por Peña Cabrera Freyre (2010) de que ostentaría esta categoría, pues su cumplimiento es de naturaleza obligatoria y que dicha condición se encuentra desarrollado en un norma extra-procesal (la Ley de Títulos Valores); no es razón suficiente, pues el hecho de que sea obligatorio, no implica que por ello necesariamente tenga que ser considerado como un requisito de procedibilidad.

En relación a lo manifestado por Caro Coria (2012) en el sentido de que se trataría de una “exigibilidad”, no se advierten los argumentos por los cuales considera que es un requisito de procedibilidad; empero, coincidimos con la afirmación de que “el delito ya está consumado”.

Más allá de que en estas afirmaciones doctrinales no se advierten las razones por las cuales la mencionada “constancia” ostentaría tal naturaleza, empero, salva la objeción –principal– de que la consumación del delito dependería de un tercero, y son acertadas las siguientes caracterizaciones de la “constancia expresa de falta de pago”: a) es una “circunstancia” ajena a la configuración del delito; y, b) es de naturaleza “obligatoria” por imperio del tenor literal de la ley penal o extrapenal (“se requiere”).

Nosotros consideramos que si bien es verdad la “constancia expresa de falta de pago” cumple con estas dos características; no obstante, surge la

objección de la imposibilidad de subsanación de este “supuesto” requisito de procedibilidad, pues como se ha destacado

La falta de constancia bancaria de la específica causal del impago del cheque (...) no puede ser subsanada fuera de los treinta días para su cobro que establece el artículo 207 de Ley de Títulos Valores (...). Por lo tanto, sería imposible satisfacer ulteriormente (intraproceso) un supuesto requisito de procedibilidad, que demandaría la consideración de este precepto como contenedor de una cuestión previa del delito de libramiento indebido (...). (Casos Prácticos y Consultas Procesal Penales 2006, p. 147)

Sobre este argumento, conviene realizar algunas precisiones: existen dos posibilidades de interpretación de esta “exigencia”, la primera que se tenga que observar de manera rigurosa la ley penal en concordancia con las formalidades que establece la ley cambiaria (interpretación estricta), y la otra que se adapte dichas exigencias, sólo a efectos penales (interpretación flexible).

Ahora bien, por la naturaleza del cheque, la “única” forma de que el tenedor del mismo se cerciore –no necesariamente pruebe– de que la cuenta no tiene fondos o son insuficientes, es recurriendo al Banco girado.

En tal sentido, son posibles tres escenarios:

El primero, que el tenedor del cheque recurra al Banco girado para su cobro, dentro del plazo legal, empero éste se niegue a dejar “constancia del motivo de la falta de pago”, formulando la respectiva denuncia penal (previo requerimiento y negativa de pago del girador). En esta hipótesis, el fiscal, antes de formalizar la investigación, podría archivar provisionalmente la investigación hasta que el tenedor subsane esta “exigencia”, si el tenedor recurre nuevamente a la entidad bancaria y este no presta oposición pues se encuentra dentro del plazo legal, no existe ningún inconveniente para la respectiva “subsanación”, supuesto en el

cual podría operar como requisito de procedibilidad; sin embargo, si el Banco girado mantiene su actitud renuente y se niega a dejar “constancia del motivo de la falta de pago” e incluso vence el plazo legal para su cobro (treinta días), la “subsanción” del requisito de procedibilidad, y en consecuencia, la viabilidad de la acción penal, no será factible. A estas mismas consecuencias se llega, en el supuesto de que el Ministerio Público formalice investigación preparatoria y la defensa técnica deduzca una cuestión previa, la misma que previa audiencia será declarada fundada y se ordenará al tenedor que cumpla con el requisito de procedibilidad, no obstante, debido al tiempo transcurrido, será imposible su “subsanción. El segundo escenario, que el tenedor del cheque recurra al Banco girado para su cobro, dentro del plazo legal, sin embargo éste consigne la fecha y la firma del funcionario autorizado pero omita colocar el motivo de la falta de pago, y el tenedor sin observar dicha omisión formule denuncia penal (previo requerimiento y negativa de pago del girador). En este supuesto, si el fiscal detecta la omisión, no vemos inconveniente de que se despliegue el desarrollo de diligencias tendientes a subsanar dicha omisión (sea bajo una interpretación estricta o flexible). En este mismo marco, si el funcionario que refrenda la “constancia” no es el autorizado, del mismo modo no vemos inconveniente para ver cumplido el requisito de procedibilidad (interpretación flexible) aunque si se asume la interpretación estricta será “insubsanable” (incluso habrá perdido su mérito ejecutivo). En este último supuesto, habrá que concluir que el cumplimiento del “requisito de procedibilidad” dependerá de errores –intencionales o no–, atribuibles al Banco girado, lo cual resulta absurdo.

El tercer escenario, que el tenedor recurra al Banco girado para su cobro, fuera del plazo legal. En este supuesto, sea que se asuma una interpretación estricta o flexible, el banco girado no estará obligado a consignar la constancia del motivo de la falta de pago, por lo que, no será posible subsanar este requisito de procedibilidad.

Hechas estas matizaciones al argumento de la imposibilidad de subsanar este supuesto de requisito de procedibilidad, cabe reflexionar si es razonable condicionar la persecución del delito al cumplimiento de un “presunto” requisito de procedibilidad, que en determinados casos, en su mayoría, bajo una interpretación estricta, dependa de errores – intencionales o no– atribuibles al Banco girado; y en otros casos, del tenedor del cheque, cuando recurre al Banco girado fuera del plazo de ley. Al respecto, no encontramos una justificación razonable para negar la persecución del delito en estos supuestos bajo el amparo de un supuesto “requisito de procedibilidad”. Si consideramos que la exigencia de este supuesto requisito de procedibilidad es “por la naturaleza de determinados delitos”, siguiendo una “argumentación analógica”, tal y como se exige para los delitos tributarios, contra los derechos de autor o ambientales, el fundamento radica en la naturaleza especializada y compleja de las materias involucradas, exigiéndose los informes previos de las entidades competentes antes de formalizar la investigación preparatoria; sin embargo, este fundamento no se aplica al supuesto materia de análisis, ya que no se trata de un informe previo y tampoco se refiere a una “exigencia” debido a la complejidad de la materia.

En tal sentido, podemos decir que la persecución del delito se estaría haciendo depender de un particular (Banco girado o tenedor) sin una justificación razonable, a pesar de que la persecución del delito es de naturaleza pública y la lesión al bien jurídico necesita ser restaurado con la respectiva sanción penal.

Ante la ausencia de un “motivo razonable” los efectos preventivo generales de la pena (positivos y negativos) quedarían sin eficacia, pues como ha señalado el TC en EXP. N. 00017-2011-PI/TC (Fundamento 6), la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena derivan del:

deber estatal de “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva (Cfr. Exp. N.° 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

Lo anterior en atención a que no solo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal (Fundamento 5).

Con estos “condicionamientos”, el legislador estaría faltando a su obligación de “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general”; en concreto, fomentado la “seguridad del tráfico mercantil” a través de la protección del bien jurídico “funcionalidad del cheque como medio de pago”.

Por otro lado, si una “teoría” pretende dar una explicación a un determinado fenómeno, debe abordar el mismo en su integridad. Conforme hemos advertido la “constancia expresa de falta de pago” sólo opera como requisito de procedibilidad en ciertos supuestos, dejando

incontestados otros escenarios, donde incluso aún asumiendo una interpretación flexible genera consecuencias “absurdas”.

Por estas consideraciones, pese a que explicación parece ser íntegra pues brinda explicación a varios supuestos; sin embargo, no es satisfactorio o deja incontestados otros; por lo que, tampoco la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” es la de ser un requisito de procedibilidad.

### **C. Carácter probatorio**

Respecto a las posturas de Bramont-Arias Torres (2000), Hugo Álvarez<sup>39</sup> (2009, p. 48) y la plasmada en Casos Prácticos y Consultas Procesal Penales (2006, p. 147) quienes indican que la “subsanción” o “supletoriedad” de la “constancia” se podría realizar con el informe de la entidad bancaria sobre el motivo de la falta de pago; si bien toman en cuenta los planos ontológicos precedentemente analizados, se puede objetar una vulneración al principio de legalidad penal, por lo siguiente: Para descubrir el significado de las expresiones utilizadas por el legislador –voluntad del legislador histórico–, siguiendo los lineamientos trazados por Pufendorf citado por Chiassoni (2017, p. 293), es necesario desarrollar indagaciones interpretativas de dos tipos: i) en primer lugar, es necesario desarrollar investigaciones sobre las palabras utilizadas por el legislador, primero aisladamente, y luego en conexión con las otras palabras (interpretación lexical); y, ii) en segundo lugar, es necesario formular

---

<sup>39</sup> Este autor además expresa (p. 46), respecto a la constancia expresa de no pago por falta de fondos que: “(...) estas constituyen requisitos de procedibilidad o condiciones objetivas de punibilidad (...)”; no obstante, contradictoriamente el hilo argumentativo gira en torno a su consideración como medio de prueba, no advirtiéndose argumentos para considerar que se trataría de un requisito de procedibilidad o de una condición objetiva de punibilidad, e incluso dentro de esta discusión no deja zanjada su posición ni mucho menos toma partida clara a favor de esta o la otra, tratándose de una aseveración sin sustento. Son estas razones las que nos han llevado a no incluirla como opinión a favor de su consideración como requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad.

conjeturas a partir de las palabras mismas y de otros indicios de la verdadera voluntad del legislador (interpretación conjetural). En relación al primer punto, que si se trata del *verbum vulgi*, se tiene que estar al significado asumido en el uso común; mientras que si se trata de un vocablo técnico, es necesario hacer referencia al uso por parte de los cultores de la disciplina a cuyo lenguaje pertenece la palabra (p. 294).

Ahora bien, en relación a la interpretación lexical del enunciado lingüístico: “*se requiere (...) de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago*”, podemos identificar dos clases de enunciados o palabras: “se requiere” de uso común y “constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago” de uso técnico.

En el caso de la primera expresión, al ser de uso común, recurriremos a la definición que nos da la RAE<sup>40</sup>. Pues bien, a la palabra “requerir”, se le asigna cuatro significados: «‘Necesitar algo’, ‘pedir algo a alguien, especialmente cuando se tiene autoridad o legitimidad para ello’, ‘llamar [a alguien] o solicitar [su presencia]’ y ‘solicitar el amor [de alguien]’».

De estos cuatro significados, los dos primeros son los que nos interesan a efectos de realizar la interpretación; en efecto, la expresión “se requiere” se puede entender como “necesitar algo” o como “pedir algo a alguien cuando se tiene autoridad para ello”, en este último caso sería el legislador. Por otro lado, en el caso de la segunda expresión, al ser de uso técnico, recurriremos a lo que nos manifiesta la Ley de Títulos Valores. El artículo 213.2 prescribe: “El banco que se niegue a pagar un Cheque dentro del

---

<sup>40</sup> Véase: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=requerir>

plazo de su presentación, a simple petición del tenedor, queda obligado a dejar constancia de ello en el mismo título, con expresa mención del motivo de su negativa, de la fecha de su presentación y con la firma de funcionario autorizado del banco”, mientras que el artículo 213.5 expresa: “Dicha comprobación acredita por sí sola el rechazo del Cheque y surte todos los efectos del protesto; asumiendo el banco girado responsabilidad por los perjuicios que cause al interesado, si injustificadamente no señala en forma expresa el motivo o causa de su rechazo.” De lo anterior podemos deducir que la “constancia expresa de falta de pago” es una forma de “acreditar” el rechazo del cheque y constituye un requisito para que el mismo no pierda su mérito ejecutivo.

Realizando la conexión de estas palabras o enunciados, llegamos a determinar que el legislador (que tiene autoridad) por medio de la ley, “pide algo al alguien” que debe cumplirse o que se “necesita de algo”; en el primer sentido, se exige al tenedor que cumpla con “algo”, mientras que en el segundo caso, la expresión lingüística hace referencia a que se necesita de “algo”. En cualquier sentido, este “algo” se refiere precisamente a “la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago”, que es una forma de “acreditar” el rechazo del cheque y constituye un requisito para que el mismo no pierda su mérito ejecutivo.

En tal sentido, podemos deducir que el “requerimiento legal” se debe interpretar como una “exigencia” que acredita el rechazo del cheque; es decir, hace referencia a una cuestión probatoria tasada, definida y establecida por el propio legislador; y no como cuestión probatoria “sin

más” que podría ser reemplazada por un informe del Banco girado. Es más, conforme ya evidenciamos, apelando a la intención legislador histórico (argumento psicológico) la “constancia expresa de falta de pago” es definida como un “acto para dejar constancia”.

Desde una perspectiva objetiva, esto es, de una interpretación que se deriva la “voluntad de la ley”, no vemos inconvenientes a que se llegue a misma conclusión, pues conforme se acaba de desarrollar se trata de elementos descriptivos y normativos del tipo, que no admiten otro sentido. No existe, por tanto, una discrepancia entre voluntad de la ley y del legislador.

En este contexto, las aseveraciones de que es factible la “subsanción” o “supletoriedad” de la “constancia” con el informe de la entidad bancaria u otros medios probatorios (v.gr. grabación de audio o video a funcionario competente del banco girado, quien refiere que no existen fondos pero se niega a dejar la “constancia”), son desacertadas y vulneran flagrantemente el principio de legalidad penal. Más precisamente, bajo esta perspectiva (cuestión probatoria sin mas) la redacción del artículo 215 *in fine* del Código Penal (“constancia expresa”) sería solo nominativa sin efecto vinculante para el operador jurídico.

Respecto a los fundamentos esbozados en el Exp. N° 5661-98 y en el Recurso de Nulidad N° 5264-98-Lima, cabe realizar las mismas observaciones críticas.

Siendo ello así, desde una perspectiva de *lege lata*, descartamos la posibilidad de que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” sea “sólo” una cuestión probatoria.

Ahora bien, si conforme a la interpretación propuesta se trata de una prueba tasada, conviene corroborar si esta sería la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de pago”, veamos.

Esta posición (prueba tasada), evita la objeción de la vulneración al principio de legalidad penal; sin embargo, se puede replicar a la misma que genera consecuencias absurdas. Más precisamente, al ser una prueba tasada, se estaría limitando, sin justificación razonable, el principio de la libertad probatoria que sustenta nuestro Sistema Procesal Penal, pues fácilmente se podría optar por demostrar, sin mas limitaciones que la ley (prueba prohibida), la falta de fondos o insuficiencia de los mismos, utilizando los distintos medios probatorios establecidos por la ley.

Hay que distinguir la “exigencia”, a efectos cambiarios, de que el cheque cuente con la respectiva “constancia” para que no pierda su mérito ejecutivo; de la acreditación, a efectos procesales (probatorios), del rechazo del cheque.

En suma, se salva la objeción de la vulneración al principio de legalidad; sin embargo, se mantiene la última réplica que se acaba de evidenciar. Por estas razones, se debe descartar también la posibilidad de que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” sea una cuestión probatoria tasada.

#### **E. Condición objetiva de punibilidad**

Ante las objeciones realizadas –principalmente– de que la consumación del delito no dependería del sujeto agente (elemento del tipo); la imposibilidad de subsanación luego del plazo legal de la “constancia expresa de falta de pago”, y en ciertos casos, la ineficacia de los efectos

preventivo generales de la pena que tiene relevancia constitucional (requisito de procedibilidad); vulneración del principio de legalidad penal (cuestión probatoria “sin más”); vulneración del principio de libertad probatoria (cuestión probatoria tasada); conviene verificar si la hipótesis inicial, postulada en el proyecto de tesis, de que se trataría de una condición objetiva de punibilidad, ha sido o no demostrada.

Ahora bien, los argumentos para su consideran como tal son: a) la “constancia expresa de falta de pago” es una circunstancia “objetiva” que no se refiere directamente a la persona del autor o partícipes y que su concurrencia precisamente fundamenta la punibilidad el delito, b) si la “constancia expresa de falta de abono” es una condición objetiva de punibilidad, es perfectamente compatible con las prescripciones normativas cambiarias (“formalidad de constancia” y “plazo”); en consecuencia, en el supuesto de que dicha constancia se realice de manera extemporánea o exista un defecto en la confección del mismo, el caso se tornará en “no justiciable penalmente”.

Consideramos que tampoco la “constancia expresa de falta de pago” es una condición objetiva de punibilidad, pues si bien es verdad, aparentemente se salvan las objeciones de la imposibilidad de subsanación luego del plazo legal de la “constancia expresa de falta de pago” (requisito de procedibilidad) y la vulneración del principio de legalidad penal (cuestión probatoria tasada); aún se mantienen las siguientes objeciones:

**a)** En atención a la toma de posición sobre la diferencia entre condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de procedibilidad, podemos decir que la “constancia expresa de falta de pago” no forma parte del “hecho

global” ni tampoco es un resultado del mismo; mas bien es un aspecto ajeno al “hecho global”, por ello, no puede ser considerada como tal.

**b)** Respecto a la solución que plantea de que el caso se torna en “no justiciable penalmente” cuando hay ausencia de la “constancia” debido a que es presentada fuera del plazo o exista un defecto en la confección del mismo; no resulta acertada, por las consecuencias que acarrea, veamos:

i) Si el tenedor del cheque recurre al Banco girado para su cobro, dentro del plazo legal, empero éste se niegue a dejar “constancia del motivo de la falta de pago”, formulando la respectiva denuncia penal (previo requerimiento y negativa de pago del girador). En esta hipótesis, el fiscal al observar la ausencia de esta “condición” debería emitir una disposición de archivo por que el hecho ya “no es justiciable penalmente”, trasladando la responsabilidad al tenedor, lo cual resulta ilógico, pues la no punibilidad del delito dependerá de una circunstancia imputable a un particular. A estas mismas consecuencias se llega, en el supuesto de que el Ministerio Público formalice investigación preparatoria y la defensa técnica deduzca una excepción de improcedencia de acción, la misma que previa audiencia será declarada fundada ordenándose el archivo de los actuados.

ii) Si el tenedor del cheque recurre al Banco girado para su cobro, dentro del plazo legal, no obstante éste consigne la fecha y la firma del funcionario autorizado pero omita colocar el motivo de la falta de pago, el tenedor sin observar dicha omisión formule denuncia

penal (previo requerimiento y negativa de pago del girador). En este supuesto, si el fiscal detecta la omisión, no vemos inconveniente de que se despliegue el desarrollo de diligencias tendientes a subsanar dicha omisión (interpretación flexible o estricta). En este mismo marco, si el funcionario que refrenda la “constancia” no es el autorizado, del mismo modo no vemos inconveniente para ver cumplido esta condición (interpretación flexible) aunque si se asume la interpretación estricta el caso devendrá en “no justificable penalmente”. En este último supuesto, habrá que concluir que el cumplimiento de la “condición objetiva” dependerá de errores –intencionales o no–, atribuibles al Banco girado, lo cual resulta absurdo.

iii) Si el tenedor recurre al Banco girado para su cobro, fuera del plazo legal. En este supuesto, sea que se asuma una interpretación estricta o flexible, el banco girado no estará obligado a consignar la constancia del motivo de la falta de pago, por lo que, el caso se habrá tornado en “no justiciable penalmente”, siendo imposible su subsanación. Del mismo modo cabe la objeción, en este supuesto, de que la no punibilidad del delito dependerá de una circunstancia imputable a un particular.

En este escenario, del mismo modo, como ya destacamos para el caso de su consideración como “requisito de procedibilidad”, los efectos preventivos generales de la pena, que tienen relevancia constitucional, quedarían si eficacia.

c) No respeta la finalidad o intención del legislador histórico, pues como ya demostramos, mas bien parece que “quiso” considerarlo como prueba (tasada).

Por estas razones, consideramos que tampoco la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de pago” es una condición objetiva de punibilidad, por lo que podemos decir que nuestra hipótesis inicial ha sido refutada.

Habiendo agotado todos los mecanismos necesarios para brindar una interpretación de *lege lata* de la “constancia expresa de falta de pago”, podemos afirmar de manera categórica que, bajo esta perspectiva, es imposible salvar las objeciones teórico-prácticas antes destacadas en la determinación de su naturaleza jurídica; por lo que, conviene realizar una valoración de *lege ferenda*.

### **3.1.2. Toma de posición: Perspectiva de “*lege ferenda*”**

Ante la imposibilidad de salvar la interpretación de la ley penal, conviene delinear la solución al problema detectado.

Pues bien, ante las objeciones de que la consumación del delito no dependería del sujeto agente (elemento del tipo); la imposibilidad de subsanación luego del plazo legal de la “constancia expresa de falta de pago”, y en ciertos casos, la ineficacia de los efectos preventivo generales de la pena que tiene relevancia constitucional (requisito de procedibilidad y condición objetiva de punibilidad); vulneración del principio de legalidad penal (cuestión probatoria “sin más”); y, vulneración del principio de libertad probatoria (cuestión probatoria tasada); la solución radica en derogar el penúltimo

párrafo del artículo 215 del CP que contiene dicha exigencia, salvándose las objeciones antes subrayadas de la siguiente manera:

No existirán dudas interpretativas para afirmar que el delito se configura con el giro del cheque a sabiendas de que la cuenta corriente no tiene fondos o son insuficientes.

Se evita el problema que generan los supuestos en los cuales no es factible subsanar este “requisito de procedibilidad” y con ello se eliminan los cuestionamientos a la eficacia de los efectos preventivo generales de la pena, cumpliendo de esta manera el Estado con el deber que la Constitución le impone.

Se evitan los cuestionamientos de una vulneración al principio de legalidad penal, realizando interpretaciones contra el texto expreso de la disposición penal.

Por último, no se planteará una objeción de vulneración al principio de libertad probatoria, pues se permitirá acreditar la no existencia fondos o la insuficiencia de los mismos, a través de los diversos medios probatorios que establece la ley procesal, siendo uno de ellos el informe que podría emitir el Banco a solicitud del Ministerio Público o de la parte legitimada.

En este orden de ideas, además de la derogación que se propone, se debe modificar la LTV, incorporándose el artículo 82-A, el cual establezca la obligación del Banco girado de informar al Ministerio Público cuando tome conocimiento de los casos de giro de cheques sin fondos, bajo responsabilidad.

### **3.1.3. Extensión de propuesta de “*lege ferenda*” al inciso 6**

Si bien es verdad el problema doctrinal y jurisprudencial detectado se limitó a la modalidad de “giro de cheques sin fondos” y en atención a que estamos proponiendo la derogación de la totalidad del penúltimo párrafo del artículo 215 del Código penal, no vemos inconveniente de que los alcances argumentativos se extiendan a la modalidad típica reconocida en el inciso 6 del Código Penal (“endoso a sabiendas que no tiene provisión de fondos”), pues como ya desarrollamos en el marco teórico, existe identidad de fundamento entre ambas figuras penales y se protege el mismo bien jurídico.

## **3.2. SEGUNDA HIPÓTESIS: EL “REQUERIMIENTO DE PAGO”**

Como cuestión preliminar que nos permitirá aclarar varias confusiones y realizar un análisis crítico de las posturas existentes, es necesario precisar que el último párrafo del artículo 215 del Código Penal, en realidad reconoce dos “situaciones jurídicas” ligadas pero separables conceptualmente: por un lado, el “requerimiento de pago”; y por otro, el “pago del importe del cheque dentro del plazo de tres días” que señala dicho requerimiento.

### **3.2.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales y jurisprudenciales**

#### **A. Elemento del tipo penal**

Sobre la aseveración del profesor Peláez Bardales (2001), en el sentido de que el delito se consuma al tercer día de haber sido requerido el pago del cheque y no haberse abonado el importe de los mismos; es desacertada, por las siguientes razones:

- a) Si el bien jurídico protegido es la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil, su atentado no depende del pago del importe del monto total del cheque, que es un aspecto ajeno al hecho

típico. La acción típica viene diseñada por el verbo rector “girar” el cual se interpreta de conformidad con las disposiciones cambiarias. Aquí son perfectamente aplicables los argumentos literal, psicológico, sistemático-dogmático y teleológico, precedentemente desarrollados.

- b)** Si la consumación del delito depende del pago del monto total del cheque por parte del sujeto agente (Girador), el fundamento – trascendental– de la punibilidad de la modalidad típica materia de análisis radicaría en la no satisfacción del interés pecuniario del tenedor; lo cual es errado, pues como destacamos en los antecedentes legislativos de la figura penal materia de estudio, su re-ubicación precisamente obedeció a que dejó de ser considerado como un delito contra el patrimonio (modalidad de estafa) y adquirió autonomía como delito contra la confianza y la buena fe en los negocios.
- c)** Como la consumación del delito depende del pago del monto total del cheque por parte del girador, ésta estará sujeta al requerimiento previo del tenedor; es decir, la consumación del delito dependerá exclusivamente de este acto jurídico previo; lo cual es errado, pues será necesario un acto previo del tenedor del cual depende la consumación posterior del ilícito, pese a que el bien jurídico ya fue lesionado y amerita la intervención del Derecho penal.
- d)** Al concebirse como una figura autónoma cuya consumación se hace depender del pago del monto total del cheque, implica una vulneración del principio constitucional de que no hay prisión por deudas, reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal c de nuestra Carta Magna; ya que el desvalor de la acción y del resultado estará determinado por

el incumplimiento (no pago) de una obligación dineraria (deuda) del girador.

- e) Al parecer esta opinión se basa en interpretaciones realizadas por juristas argentinos a su Código. En efecto, en este país –cuya figura jurídica se ubica en los delitos contra la fe pública<sup>41</sup>– se considera como un delito de omisión, que se configura con el no pago; no obstante, conviene recordar las reflexiones de los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011, p. 193) en el sentido de que: “El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada Estado y la concepción político-jurídica del legislador”.

Estas mismas observaciones críticas se le puede realizar a Peña Cabrera (1993) y Salinas Siccha (1997), quienes razonan en similar sentido.

Respecto a las afirmaciones hechas en el Exp. 1578-98, de que el “requerimiento de pago” sería un “aspecto del tipo objetivo”, no se evidencian los argumentos de dicha aseveración; sin embargo, cabe realizar las aludidas objeciones.

Por estas consideraciones, consideramos que la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” no es la de ser un elemento del tipo penal.

### **B. Excusa absolutoria (causa de exclusión de pena)**

Debido a la ambigüedad en la redacción de las ideas de San Martín Castro (2003), cuya opinión puede ser ubicada también en el anterior criterio de interpretación, se ha considerado ubicarla de modo independiente, pues

---

<sup>41</sup> Código Penal de la Nación de Argentina –Ley 11.179–: Título XII, capítulo VI (Del pago con cheques sin provisión de fondos). Artículo 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurren las circunstancias del artículo 172: 1. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación (...).

precisa que el requerimiento (junto al “pago”) como una “causa de exclusión de pena” “condicionante de la penalidad de la conducta”.

Dicha posición doctrinal no es atinada, pues el “requerimiento de pago” no se relaciona con fundamentos personales ni su concurrencia genera la exclusión o levantamiento de la punibilidad, antes bien la fundamenta (para “proceder”). El error de esta opinión radica en no diferenciar ambas situaciones jurídicas, esto es, el “requerimiento de pago” y el “pago del importe total del cheque”.

Por ello, tampoco la naturaleza jurídica del “requerimiento pago” es la de ser una excusa absolutoria.

### **C. Requisito de procedibilidad**

Peláez Bardales (2011) precisa que dicho “requerimiento” constituye un requisito de procedibilidad; empero, no se advierten las razones de su consideración como tal, igual observación se le puede realizar a la opinión de Hugo Álvarez (2009) quien se limita a señalar que la falta de requerimiento “hace inviable el procedimiento”.

Estos mismos criterios han sido respaldados por la jurisprudencia en los Exp. N° 190-94 y Exp. N° 6952-97, en el sentido de que la ausencia del “requerimiento” (requisito exigido por el artículo 215 del Código Penal) conlleva a la utilización del mecanismo de defensa técnico conocido como cuestión previa; y, que es necesaria una debida notificación del mismo como exigencia expresa de la norma penal.

### **D. Valoración de *lege lata***

Conforme destacamos, si bien es verdad el último párrafo del CP, regula un solo fenómeno (el pago del importe total del cheque implica el

requerimiento previo); sin embargo, se puede realizar una diferenciación conceptual, entre el “requerimiento de pago” y el “pago del importe total del cheque”, a efectos de que el análisis sea mas preciso.

Ahora bien, desde una perspectiva de *lege lata*, no habría inconveniente de considerar al “requerimiento de pago” como un requisito de procedibilidad, pues: a) este no pertenece al “hecho global” ni mucho menos forma parte del resultado del tipo, b) en el supuesto de que dicho “requerimiento” no se efectuase o existiese una defecto en su notificación, es totalmente factible su subsanación, pues ni el artículo 215 del Código Penal ni la Ley de Títulos Valores, mencionan plazo para su realización<sup>42</sup>; y, c) este “requerimiento” sería un “requisito de procedibilidad expresamente reconocido en la ley penal. No obstante, se puede objetar, y como ya evidenciamos en el marco teórico, la racionalidad de la exigencia de este requerimiento previo es cuestionable, pues si el primer supuesto específico (giro de cheques in fondos) tiene un mayor contenido del injusto que el segundo (frustración de pago), no se entiende por qué para este segundo supuesto no se exige el requerimiento previo.

En relación al “pago del importe total del cheque”, desde esta misma perspectiva, podemos decir que se trataría de una “excusa absolutoria”, pues en este caso (“con el pago”) por razones político criminales, la conducta se torna en “no punible”, ya que la pretensión de pago del

---

<sup>42</sup> Sobre este tema, García Cavero (2007, p. 271), expresa: “En nuestra opinión, el requerimiento de pago de un cheque (...) debe hacerse en el término de un año, pues éste es el plazo que reconoce la ley dentro del cual el cheque puede ser pagado lícitamente por los bancos”.

agraviado ya se encontraría satisfecha<sup>4344</sup>. Como de manera impropia (“no procede”) indica Raúl Peña Cabrera (1993) si el librador paga dentro de los tres días después de notificado con el requerimiento, entonces “no procede denuncia penal”.

Esta perspectiva exige una reflexión sobre el fundamento por el cual el legislador decidió tornar en no punible el delito cuando el sujeto activo realiza el pago del importe total del cheque, a efectos de verificar si dichas “situaciones jurídicas” son razonables, veamos.

Ante la ausencia de indicación de los motivos (trabajos preparatorios o diario de debates) que llevaron al legislador a optar por esta decisión, conviene citar las reflexiones realizadas por García Caveró (2007, p. 248) quien indica que el fundamento radica en que no existe “necesidad de imponer una sanción penal cuando el girador paga el monto total del cheque” y que “el Estado entiende que el pago del monto total del cheque por parte del girador muestra una reparación del daño que solventa el conflicto penal. La imposición adicional de una pena implicaría una sobreacción del Estado, innecesaria desde el punto de vista de las necesidades de la prevención” (p. 272).

Sobre la afirmación de que “con el pago del monto total del cheque por parte del girador muestra una reparación del daño que solventa el conflicto

---

<sup>43</sup> A similar conclusión llega Peña Cabrera Freyre (2010, p. 606), quien expresa: “(...) cuando el agente abona el monto total del cheque, previo requerimiento, es un dato ajeno al injusto y a la culpabilidad, instituyéndose en una variante de excusa absolutoria”. Al parecer asume esta posición, aunque de manera poco clara, Caro Coria (2012, p. 29), quien señala: “(...) no procede la acción penal si el agente (luego de consumir el delito) abona el monto total del cheque (en efectivo) dentro del 3° día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente cursado al girador. Por razones político criminales no se sancionará al agente, no obstante la conducta no pierde su condición de injusto penal reprochable”. El énfasis es nuestro.

<sup>44</sup> Este mismo texto persiste en el artículo 319 del Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal N° 3491/2013-CR. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/\\$FILE/PL03491140514..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/$FILE/PL03491140514..pdf)

penal”. Se puede dar dos lecturas a este enunciado doctrinal; la primera, que con “reparación del daño” se refiere al daño al bien jurídico (funcionalidad del cheque como medio de pago); y la otra, que con “reparación del daño” se refiere al daño al patrimonio del tenedor. Debemos descartar esta última lectura, pues conforme este mismo autor reconoce, el delito *sub examen* es una figura penal autónoma. Ahora bien, en relación a la primera interpretación, también discrepamos de la misma, pues implica tener una visión patrimonialista del bien jurídico; es más, ante la vulneración el bien jurídico, es necesaria la intervención penal a través de la pena y sus efectos preventivo generales. Del mismo modo, implica confundir la acción típica (“girar”) –consumación del delito– con el resultado de la misma (perjuicio patrimonial del tenedor) –agotamiento del delito–, el bien jurídico afectado no se restablece con el pago, ni mucho menos con ello se solventa el conflicto penal.

Por ello, tampoco es convincente la afirmación de que “la imposición adicional de una pena implicaría una sobreacción del Estado”, antes bien en estos casos es necesario el refuerzo penal, con la finalidad de que los efectos preventivos generales de la pena no se diluyan.

Mas precisamente, admitir que la pena sea innecesaria en estos casos, conllevaría a que los giradores libren cheques “a sabiendas” de que no existen fondos o son insuficiente (vulnerando el bien jurídico), pero ante el eventual requerimiento, con el pago del íntegro del importe total del cheque, su conducta no será punible. Bajo esta lógica, quedan inoperantes incluso las propias exigencias de la ley cambiaria que exige de manera imperativa – artículo 173 de la LTV–, que para la emisión de un cheque,

el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta. Similar argumentación ha sido desarrollado por Hugo Álvarez (2009, p. 60) quien expresa:

que el agente no puede librar un cheque sin los requisitos formales (...), pero si lo hace, no hay problema, tiene solución por cuanto tiene que ser requerido para el pago del monto consignado, dentro de tercer día, entonces abona el monto y asunto concluido. No paso nada, puede volver a incurrir en el mismo hecho punible sin problema alguno ¿Acaso esta es la forma de proteger el bien jurídico tutelado puesto en peligro?

En definitiva, no se advierten un fundamento razonable que justifique la no punibilidad del delito cuando el sujeto activo pague el importe total del cheque. Bajo esta misma perspectiva, y siendo que el “requerimiento de pago” forma parte del mismo fenómeno, una vez cuestionado el fundamento de la primera “situación jurídica”, estos se extienden al segundo.

En este orden de ideas, no habiendo encontrado una justificación razonable a este fenómeno o el principio que subyace en él; ni siquiera corresponde aplicar el test de proporcionalidad *in abstracto*, ante un eventual conflictos de principios o derechos.

A estas alturas de la investigación podemos decir que la respuesta tentativa inicialmente propuesta, de que el “requerimiento de pago” es un requisito de procedibilidad y que el “pago de importe total del cheque” es una excusa absolutoria, no ha sido comprobada, pues se mantienen serias objeciones que no pueden ser superadas con estas categorías; por lo que, conviene realizar una valoración de *lege ferenda*.

### **3.2.1. Toma de posición: Perspectiva de “*lege ferenda*”**

Ante la imposibilidad de salvar la interpretación de la ley penal, conviene delinear la solución al problema detectado.

Pues bien, ante las objeciones de que con estas “situaciones” no se protege adecuadamente el bien jurídico tutelado en este delito y que se debilitan manifiestamente los efectos preventivos generales de la norma penal y de la pena; la solución radica en derogar el último párrafo del artículo 215 del Código penal, salvándose las objeciones antes subrayadas de la siguiente manera:

Se protegerá adecuadamente el bien jurídico, pues se eliminarán estos obstáculos procesales sin sustento, pudiendo intervenir el Ministerio Público con la finalidad de que los efectos preventivos generales de la pena no se vean mermados.

### **3.2.3. Extensión de propuesta de “*lege ferenda*” al inciso 6**

Al proponer la derogación total del último párrafo del artículo 215 del Código penal, se evidencia que estas “situaciones” abarcan no sólo al inciso 1, sino también a los incisos 2 (cuando frustra maliciosamente por cualquier medio su pago) y 6 (cuando lo endosa a sabiendas que no tiene provisión de fondos).

Al respecto, teniendo en cuenta que el fundamento de esta excusa absoluta (pago) y el requerimiento previo, es el mismo para las otras modalidades típicas; no existe inconveniente de que los alcances argumentativos se extiendan a las mismas, pues en estos supuestos es perfectamente aplicable las objeciones de que no se protege adecuadamente el bien jurídico tutelado en este delito y que se debilitan manifiestamente los efectos preventivos generales de la norma penal y de la pena.

## CAPÍTULO 4

### PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Este capítulo se divide en tres partes: en primer lugar, se condensan las propuestas de *lege ferenda* derivadas del análisis del delito de libramiento indebido, el cual es el resultado del análisis crítico llevado a cabo en las bases teóricas del marco teórico (acápites 4.1); luego, las propuestas de *lege ferenda* derivadas de la contrastación de hipótesis (acápites 4.2); y finalmente, se presenta un cuadro resumen, con el texto modificado (acápites 4.3).

Se debe adelantar aquí, que los fundamentos en detalle que sustentan este capítulo ya se encuentran desarrollados en los *ítems* precedentes, empero se ha sintetizado los principales argumentos que dan origen a las mismas.

#### **4.1. Propuesta de *lege ferenda* derivada del análisis crítico del delito de libramiento y cobro indebido**

Conforme a lo desarrollado en el análisis dogmático del delito objeto de estudio, proponemos lo siguiente:

**A.** La derogación del supuesto específico de “Revocación encubierta de pago”, regulado en el inciso 4 del artículo 215 del CP, pues esta modalidad típica ya se subsume en la hipótesis de “Frustración de pago”, regulada en el inciso 2 del artículo 215 del citado cuerpo normativo. Con ello se evitaría redundancia o reiteración lingüística en la regulación de conductas punibles, mejorando la técnica legislativa.

**B.** Modificación del inciso 6 del artículo 215 del CP, agregando como conducta punible al endoso de un cheque cuando se sabe que no podrá ser pagado legalmente; pues del propio texto penal se evidencia una inconsistencia al no

haber regulado esta conducta pese a que el fundamento de punibilidad es el mismo.

#### **4.2. Propuesta de *lege ferenda* derivada de la contrastación de hipótesis**

Este apartado consta de los siguientes *ítems*: Exposición de Motivos: Fundamento teórico-práctico de la propuesta (acápite A); y, efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional (acápite B).

##### **A. Exposición de Motivos: Fundamento teórico-práctico de la propuesta**

###### **i) Sobre la derogación del penúltimo párrafo del artículo 215 del Código penal**

Se justifica su derogación por las siguientes razones: a la redacción actual se le puede objetar que la consumación del delito no dependería del sujeto agente (elemento del tipo); la imposibilidad de subsanación luego del plazo legal de la “constancia expresa de falta de pago”, y en ciertos casos, la ineficacia de los efectos preventivo generales de la pena que tiene relevancia constitucional (requisito de procedibilidad y condición objetiva de punibilidad); vulneración del principio de legalidad penal (cuestión probatoria “sin más”); y, vulneración del principio de libertad probatoria (cuestión probatoria tasada).

Con la derogación se salvan estas objeciones de la siguiente manera: no existirá problemas (“dudas interpretativas”) en afirmar que el delito se configura con el giro del cheque a sabiendas de que la cuenta corriente no tiene fondos o son insuficientes. Se evita el problema que generan los supuestos en los cuales no es factible subsanar este “requisito de procedibilidad” y con ello se eliminan los cuestionamientos a la eficacia de los efectos preventivo generales de la pena, cumpliendo de esta manera el

Estado con el deber que la Constitución le impone. Se evitan los cuestionamientos de una vulneración al principio de legalidad penal, al permitirse la probanza de la conducta típica con otros medios probatorios contra el texto expreso de la disposición penal. Por último, no se planteará una objeción de vulneración al principio de libertad probatoria, pues se permitirá acreditar la no existencia fondos o la insuficiencia de los mismos, a través de los diversos medios probatorios que establece la ley procesal, siendo uno de ellos el informe que podría emitir el Banco a solicitud del Ministerio Público o de la parte legitimada.

En suma, de esta manera se protege adecuadamente el bien jurídico y el Estado cumple con su deber establecido en el artículo 44 de la Constitución. No existe inconveniente en extender la propuesta de *lege ferenda* al inciso del artículo 215, pues las objeciones desarrolladas se aplican también a esta modalidad comisiva.

**ii) Sobre la derogación del último párrafo del artículo 215 del Código penal**

Se justifica su derogación por las siguientes razones: a la redacción actual se le puede objetar de que con estas “situaciones” (“requerimiento de pago” “Pago del monto total del cheque”) no se protege adecuadamente el bien jurídico tutelado en este delito y se debilitan manifiestamente los efectos preventivos generales de la norma penal y de la pena.

De esta manera se salvan las objeciones antes subrayadas de la siguiente manera: se protegerá adecuadamente el bien jurídico, pues se eliminarán estos obstáculos procesales sin sustento, pudiendo intervenir el Ministerio

Público con la finalidad de que los efectos preventivos generales de la pena no se vean mermados.

Por otro lado, esta derogación sea armoniza con los principios y valores constitucionales reconocidos en nuestra Constitución, es especial, guarda concordancia con el artículo 44 de la Constitución.

#### **B. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional**

A efectos de que la propuesta se armonice con las normas extrapenales, se propone la incorporación del artículo 82-A a la Ley de Títulos Valores, pues con ello se logrará a una adecuada protección y persecución del delito *sub materia*, pues es imperativo establecer la obligación del Banco girado de informar al Ministerio Público cuando tome conocimiento de los casos de giro de cheques sin fondos.

### **4.3. Cuadro resumen**

#### **Código Penal**

Texto vigente	Texto modificado
<p>“Artículo 215.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un Cheque, en los siguientes casos:</p> <p>1) Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente;</p>	<p>“Artículo 215.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un Cheque, en los siguientes casos:</p> <p>1) Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente;</p>

<p>2) Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago;</p> <p>3) Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente;</p> <p>4) Cuando revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa;</p> <p>5) Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque;</p> <p>6) Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos.</p> <p>En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.</p> <p>Con excepción del incisos 4) y 5), no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del</p>	<p>2) Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago;</p> <p>3) Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente;</p> <p>4) Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque;</p> <p>5) Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos <b>o no podrá ser pagado legalmente.</b></p>
--	--

<p>Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador.”</p>	
---	--

### **Ley de Títulos Valores**

Incorporación del artículo 82-A, cuyo texto sería el siguiente:

Artículo 82-A. “Obligación de las entidades financiera de informar al Ministerio Público”

Las entidades del sistema financiero están obligadas, bajo responsabilidades civiles y penales, de poner en conocimiento al Ministerio Público cuando conozcan, en el ejercicio de sus funciones, giros o endosos de cheques sin fondos o sobregirados.

## CAPÍTULO 5

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1. CONCLUSIONES

- 1) No se logró demostrar que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” sea la de una condición objetiva de punibilidad, pues no permite una adecuada protección del bien jurídico, consistente en la funcionalidad del cheque como medio de pago en el tráfico mercantil.
- 2) Con la derogación de la disposición normativa que regula la “constancia expresa de falta de abono” se protegerá adecuadamente el bien jurídico de la siguiente manera: no existirá dudas interpretativas en afirmar que el delito se configura con el giro del cheque a sabiendas de que la cuenta corriente no tiene fondos o son insuficientes; se eliminarán los cuestionamientos a la eficacia de los efectos preventivo generales de la pena, cumpliendo de esta manera el Estado con el deber que la Constitución le impone; y, se evitarán los cuestionamientos de una vulneración al principio de legalidad penal y de libertad probatoria.
- 3) No se consiguió demostrar que la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” sea la de un requisito de procedibilidad, pues no permite una adecuada persecución de la modalidad delictiva estudiada.
- 4) Con la derogación de la disposición normativa que regula el “requerimiento de pago”, se eliminarán los obstáculos procesales sin sustento, a efectos de que el Ministerio Público intervenga en estos supuestos.
- 5) Del análisis de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, se llegó a determinar que la posición doctrinal mayoritaria le asigna la naturaleza jurídica

de cuestión probatoria; de tal manera que, dicha “constancia” puede ser substituida por otros medios probatorios.

- 6) Del análisis de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, se determinó que la posición doctrinal mayoritaria le asigna la naturaleza jurídica de requisito de procedibilidad; de tal manera que, la omisión de dicho “requisito” puede ser subsanado.

## **5.2. RECOMENDACIONES**

- 1) Se sugiere a los investigadores que, teniendo en cuenta los alcances de nuestra tesis, realicen un estudio sobre las otras modalidades comisivas alternativas que se regulan en el artículo 215 del Código Penal, donde se pueda evidenciar problemas teóricos o interpretativos relacionados a nuestro objeto de estudio.
- 2) Se recomienda al legislador, a efectos de proteger adecuadamente el bien jurídico protegido en la modalidad delictiva estudiada y se logre una persecución debida del mismo; modifique el tipo penal 215 del Código Penal conforme al texto propuesto; del mismo modo, incorpore el artículo 82-A a la Ley de Títulos Valores.

## LISTA DE REFERENCIAS

Atienza, M. (2008). *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*.

[Documento WORD] extraído el 03 de agosto del 2012, actualizado el 06 de octubre del 2017. Disponible en: <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>.

Bacigalupo, E. (1978). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Lima, Perú: Palestra.

Bramont – Arias Torres, L. y García Cantizano, M. (1996). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 2da ed. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Bramont-Arias Torres, L. Aspectos Penales de la Nueva Ley de Títulos Valores Ley N° 27287. En: Actualidad Jurídica N° 83 (octubre 2000), acceso: búsqueda virtual en Actualidad Jurídica -2013/INDICE DE TOMOS/Tomo 83 - Octubre 2000/DERECHO PRÁCTICO/INFORME PENAL/ASPECTOS PENALES DE LA NUEVA LEY DE TÍTULOS VALORES LEY N° 27287.

Cancio Meliá, M. (2010). *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Perú: Editorial Palestra Editores.

Caro Coria, Dino Carlos. Libramiento Indebido. 2012. CEDPE/Caro & Asociados Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa. [Documento PDF] extraído el 18 de marzo del 2015. Disponible en: [http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263\\_libramientoindebido.pdf](http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_libramientoindebido.pdf)

Casos Prácticos y Consultas Procesal Penales. La Falta de Constancia del Banco señalando el motivo de la falta de pago del Cheque ¿Fundamenta una cuestión previa en el delito de libramiento indebido? En: *Actualidad Jurídica N° 148* (marzo 2006): 147.

- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Contreras Gonzales, María Elena. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas legales absolutorias. En: *Actualidad Jurídica N° 172* (marzo 2008): 127-131.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- De La Cruz Espejo, M. (2003). *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*. Lima, Perú: FECAT.
- Donna, E. (2012). *El delito imprudente*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni editores.
- Echaiz Moreno, D. Tratamiento legal del cheque en el Perú. En: *Actualidad Jurídica N° 197* (abril 2010): 284-290.
- Escudero, R. y García, José. (2013). *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*. Madrid, España: Editorial Catarata.
- Fontán Balestra, C. (1966). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. t. 1. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- García Caveró, P. (2007). *Derecho Penal Económico*. t. ii. Lima, Perú: Grijley.
- García Navarro, Edward. Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Tercera Parte: El delito de libramiento y cobro indebido. En: *Actualidad Jurídica N° 146* (enero 2006): 75-83.
- Gimbernat Ordeig, E. (2009). *¿Tiene futuro la dogmática penal?*. Lima, Perú: ARA.
- Goldstein, R. (1978). *Diccionario de derecho penal y criminología*. 2da ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Gracia Martín, L. (2005). *Fundamentos de Dogmática Penal*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

- Gramajo, E. (1975). *La acción en la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Grández Odiaga, J. (2003). La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Hoerster, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, España: Gedisa.
- Hugo Álvarez, J. (2009). *El delito de libramiento indebido en la jurisprudencia penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Grijley.
- Hurtado Pozo, J. y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Lima, Perú: IDEMSA.
- La Rosa Gómez De La Torre, M. (1999). *Jurisprudencia del proceso penal sumario*. Lima, Perú: Grijley.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 5ta ed. 2da reimp. Barcelona, España: Reppertor.
- Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. Artículos RECPC 05-05 (2003). [Documento PDF] extraído el 03 de agosto del 2011, actualizado el 06 de octubre del 2017. Disponible en: <http://www.criminet.ugr.es/reepe>.
- Montoya Vivanco, Y. (2009). La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales. PUCP. En: *Cuaderno de Trabajo N° 11* (julio): 01-29.

- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2da ed. Montevideo, Uruguay: Ibedef.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. 4ta ed. Barcelona, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Peña Cabrera, Raúl. 1993. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. t. ii*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial. t. ii*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Peláez Bardales, M. (2001). *El cheque. Protección jurídica y el delito de libramiento y cobro indebido*. Lima, Perú: Grijley.
- Pérez Luño, A. (2005). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Lima, Perú: Palestra.
- Prado Saldarriaga, V. (1999). *Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal (3491/2013-CR). 2013 [Documento PDF] extraído el 19 de marzo del 2015. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/\\$FILE/P\\_L03491140514..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/$FILE/P_L03491140514..pdf)
- Ranieri, S. (1975). *Manual de Derecho Penal. Parte General. t.1*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.
- Resoluciones Judiciales de Salas Superiores y Supremas Penales. DATA PENAL. 2013. *Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. CD Gaceta Penal y Procesal Penal.

- Rojas Vargas, F. (2009). *Jurisprudencia Procesal Penal*. t. II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Romero Soto, L. (1969). *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 1. Bogotá, Colombia: Ed. Temis S. A.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. t. i. 5ta ed. Madrid, España: Civitas.
- Salinas Siccha, R. (1997). *Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho penal*. Lima, Perú: Palestra.
- San Martín Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. t. ii. 2da ed. Lima, Perú: Grijley.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Sánchez Zorrilla, Manuel. La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 14, 2011, p. 342. D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.
- Santiago Nino, C. (2012). *Introducción al Análisis del Derecho*. 2da ed.-16° reimp. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino. Parte General*. t. 2. 3ra. ed. Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora.
- Taboada Pilco, G. (2009). *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Reforma.
- Tello Villanueva, Juan Carlos. “La cuestión previa y prejudicial en el nuevo proceso penal. ¿Existen reformas sustanciales en relación al Código de Procedimientos Penales de 1940? En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 137 (febrero 2010): 251- 260.

- Torres Carrasco, Manuel Alberto. Modalidades especiales del cheque. En: Actualidad Jurídica N° 83 (octubre 2000), acceso: búsqueda virtual en Actualidad Jurídica - 2013/INDICE DE TOMOS/Tomo 83-Octubre 2000/DERECHO PRÁCTICO/INFORME BANCARIO/MODALIDADES ESPECIALES DE CHEQUE.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de la 2da ed. 2da reimp. México D. F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ure, E. (2010). *La Omisión en el Derecho Penal*. En La ley. t.2. vol.1, 347-358.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal*. 2da ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal: Parte General* t. 1. 5ta. ed. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.