

**No es imputable el delito de estafa si
no media ardid o engaño para su
ejecución**

*Recurso de nulidad interpuesto por Ph. Ott y
Cía., en la causa que sigue contra Manuel
Ascenso y Tomás Olivari por estafa.—Pro-
cede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor.

Acogiéndose a la última parte del artº 529 del Código de Comercio, Ph. Ott y Cía, se han querellado criminalmente contra Miguel Ascenso y Tomás Olivari, imputándoles el delito de defraudación, por haber girado a su orden, y a cargo del Banco Italiano de esta capital, el cheque de fs. 2 por Lp. 936.9.60 sin tener en dicho Banco los fondos necesarios para su pago, según consta del testimonio de la diligencia de protesto de fs. 4 y siguientes. Dictado por el juez de la causa el respectivo auto cabeza de proceso, se planteó por los encausados la excepción jurisdiccional contenida en su escrito de fs. 9, la cual debidamente sustanciada terminó con la resolución suprema que en copia corre a fs. 48, declarando infundada dicha excepción, y

dando lugar su cumplimiento, a que se llevaran adelante las investigaciones del sumario, a las que puso fin el auto de primera instancia de fs. 151, que sobresee en el conocimiento de la causa contra Miguel Ascenzo y Tomás Olivari y su confirmatorio el de vista de fs. 166 vuelta, que es objeto del recurso de nulidad interpuesto por la parte de Ph Ott y Cía. para ante este Supremo Tribunal.

He quedado plenamente acreditado en este sumario que no existe la responsabilidad criminal a que se refiere el art 529 del C. de Comercio ya citado y su concordante el artº 345 del C. P., por cuanto los inculpados no han empleado en la operación mercantil realizada con los querellantes, el ardid o engaño que es indispensable para que haya en el caso de la querella de Ph Ott y Cía hecho justiciable.

De esto se adquiere cabal concepto, atendiendo a que, según contrato de venta de mercaderías, corriente en testimonio a fs. 54, celebrado entre las partes, convinieron éstas en que el saldo de Lp. 3.915 que quedaban debiendo Ascenzo y Olivari a Ph Ott y Cía. sería abonado en treinta y seis letras sucesivas, de Lp. 108.750 cada una, con vencimientos mensuales, desde el 1º de enero de 1913 y gravando el interés del 8% anual por los saldos que queden debiendo cada mes (cláusula 5ª fs. 57 vuelta). Más sucedió que habiendo dejado de cumplir esta obligación, Ascenzo y Olivari convinieron con la casa acreedora en cangear las letras a medida de su vencimiento, cancelándolas por un cheque a cargo del Banco Italiano, girado por los deudores, naturalmente bien conocidas y aceptadas por ambas las circunstancias de que los obligados no disponían de fondos en dicho Banco para cubrir el monto del cheque en el que estu-

viera considerado además del importe de las letras vencidas, el de los respectivos intereses; cheque que se ha ido renovando sucesivamente y por mayor suma hasta el 31 de julio de 1914 en que se extendió por la cantidad de Lp. 936.960 después de haber cancelado la letra de fs. 64 por Lp. 108.750

Este nuevo acuerdo cumplido por acreedor y deudor, en calidad de complementario e íntimamente relacionado con el contrato de fs. 54, y cuya existencia revelan claramente las investigaciones llevadas a cabo en el presente sumario; convence, sin lugar a duda, de la falta absoluta en los deudores Ascenzo y Olivari, del elemento esencial que caracteriza al delito que se les atribuye, o sea el ardid o engaño empleados para sorprender a Ph Ott y Cía., aparentándoles que tenían fondos con que cubrir el cheque confidencial, que giraron a la orden de éstos y que de modo expreso contempla el artº 345 del C. P.; toda vez que se había acordado que tal cheque no debería presentarse al Banco para su cobro y que sólo serviría de mero afianzamiento o comprobante del contrato de cuenta corriente celebrado por las partes.

Esta significación *sui géneris* que dieron las partes al cheque bancario, sirvió para desnaturalizarlo jurídicamente; habiendo quedado en la condición de un documento privado, desprovisto de las calidades especiales que la ley mercantil da a las órdenes de pago denominadas cheques. (Artº 526 y 529 del C. de Comercio).

Ya este Supremo Tribunal ha resuelto en caso enteramente análogo al presente, la ineficacia de los cheques para producir acción criminal contra el girador, cuando no concurre en el

imputado, el ardid o engaño, que caracteriza la estafa,

Esa ejecutoria recayó en el juicio seguido por Victorio Raffo contra Oddone Razzeto, por idéntico delito al mencionado, llevando la fecha 7 de enero de 1910.

Por lo expuesto el Fiscal opina que NO HAY NULIDAD en el recurrido de fs. 163 vuelta, confirmatorio del de primera instancia de fs. 151 vuelta, que sobresee en el conocimiento de la presente causa seguida contra Miguel Ascenzo y Tomás Olivari, por estafa.

Salvo mejor parecer.

Lima, 19 de setiembre de 1918.

GADEA

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 6 de noviembre de 1918.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fs. 166 vuelta, su fecha 27 de mayo último, que confirmando el de primera instancia de fs. 151, su fecha 27 de diciembre anterior, sobresee en el conocimiento de la causa seguida contra Miguel Ascenzo y Tomás Olivari, por el delito de estafa; y los devolvieron.

Almenara—Villa García—Erausquin—Leguía y Martínez.—Soto.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno N° 391—Año 1918.