



SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE 2013, NÚM. 16

Sentencia impugnada:Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, del 12 de abril de 2013.

Materia:Penal.

Recurrente:Rafael Luis Martínez Hazím.

Abogados:Licdos. Manuel Fermín Cabral y Juan Manuel Guerrero.

Interviniente:Alquímedes Rafael Pacheco Gómez.

Abogados:Licda. Dibelfys Odalys de la Cruz Rondón y Lic. Kelvin Rafael Espejo Brea.

Dios, Patria y Libertad

República Dominicana

En Nombre de la República, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los Jueces Miriam Concepción Germán Brito, Presidente; Esther Elisa Agelán Casanovas, Alejandro Adolfo Moscoso Segarra, Fran Euclides Soto Sánchez e Hirohito Reyes, asistidos de la Secretaria General, en la Sala donde celebra sus audiencias, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 21 de octubre de 2013, años 170° de la Independencia y 151° de la Restauración, dicta en audiencia pública, como Corte de Casación, la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de casación incoado por Rafael Luis Martínez Hazím, dominicano, mayor de edad, empresario, cédula de identidad y electoral núm. 001-1265589-9, domiciliado y residente en la avenida Anacaona, Apto. 102 del Mirador Sur, en esta ciudad, imputado y civilmente responsable, contra la sentencia núm. 00056-TS-2013, dictada por la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Judicial el 12 de abril de 2013, cuyo dispositivo se copia más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído a los Licdos. Manuel Fermín Cabral y Juan Manuel Guerrero, en representación del recurrente, en la lectura de sus conclusiones;

Oído a la Licda. Dibelfys Odalys de la Cruz Rondón por sí y por el Lic. Kelvin Rafael Espejo Brea, en representación de Alquímedes Rafael Pacheco Gómez, parte interviniente, en la lectura de sus conclusiones;

Oído el dictamen del Magistrado Procurador General de la República;

Visto el escrito motivado suscrito por los Licdos. Manuel Fermín Cabral y Juan Manuel Guerrero, en representación del recurrente, depositado el 26 de abril de 2013 en la secretaría de la Corte a-qua, mediante el cual interpone recurso de casación;

Visto el escrito de contestación al citado recurso de casación, articulado por el Dr. Quelvin Rafael Espejo Brea, a nombre de Alquímedes Rafael Pacheco Gómez, depositado el 9 de mayo de 2013 en la secretaría de la Corte a-qua;

Visto la resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia del 28 de julio de 2013, mediante la cual se declaró admisible, en la forma, el ya aludido recurso, fijándose audiencia para el día 12 de agosto de 2013 a fin de debatirlo oralmente, fecha en la cual las partes concluyeron, decidiendo la Sala diferir el pronunciamiento del fallo dentro del plazo de los treinta (30) días dispuestos en el Código Procesal Penal;

Visto la Ley núm. 25 de 1991, modificada por las Leyes números 156 de 1997 y 242 de 2011;

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia después de haber deliberado y visto la Constitución de la República, los Tratados Internacionales que en materia de derechos humanos somos signatarios; la normativa cuya violación se invoca, así como los artículos 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación y 70, 246, 393, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 426 y 427 del Código Procesal Penal;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos en ella referidos, son hechos constantes los siguientes: a) que el señor Alquímedes Pacheco, por conducto de su abogado Dr. Quelvin Rafael Espejo Brea, presentó ante la presidencia de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, formal querrela con constitución en actor civil contra Rafael Luis Martínez Hazím, imputándole la violación a las disposiciones del artículo 66 de la Ley 2859, sobre Cheques, así como el artículo 405 del Código Penal; para el conocimiento del asunto fue designada la Novena Sala de la ya citada Cámara Penal, tribunal que luego de agotar los procedimientos de rigor, resolvió el fondo mediante sentencia núm. 103-2011 del 18 de agosto de 2011, cuyo dispositivo figura más adelante; b) que la decisión previamente descrita fue recurrida en apelación por el imputado, resultando apoderada la Primera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, a propósito de lo cual dictó la sentencia núm. 24-2012 del 27 marzo de 2012, contentiva del siguiente dispositivo: “PRIMERO: Declara con lugar el recurso de apelacion interpuesto por el Lic. Manuel Fermín Cabral, actuando a nombre y representación del imputado Rafael Luis Martinez Hazím, en fecha quince (15) de septiembre del dos mil once (2011); contra la sentencia núm. 103-2011, de fecha dieciocho (18) del mes de agosto del año dos mil once (2011), dictada por la Novena Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera

Instancia del Distrito Nacional; cuyo dispositivo es el siguiente: ‘Primero: Declara culpable de violar el artículo 66 literal a) de la Ley 2859, sobre cheques al señor Rafael Luis Martínez Hazím, por emitir el cheque núm. 0152, de fecha 25 de octubre del año 2010, girado en contra del Banco de Reservas de la República Dominicana, por un valor de Nueve Millones de Pesos (RD\$9,000,000.00) en perjuicio del señor Alquímedes R. Pacheco Gómez, parte querellante y actor civil, consecuentemente se le condena a cumplir un (1) año de prisión y al pago de Dieciocho Millones de Pesos (RD\$18,000,000.00) que es el duplo del valor del cheque; Segundo: Condena al señor Rafael Luis Martínez Hazím al pago de Nueve Millones de Pesos (RD\$9,000,000.00) en provecho del señor Alquímedes R. Pacheco Gómez, como pago de la suma adeudada, contenida en el cheque; Tercero: Condena al señor Rafael Luis Martínez Hazím al pago de Cien Mil Pesos (RD\$100,000.00) como pago de indemnización en provecho del querellante y actor civil Alquímedes R. Pacheco Gómez por los daños y perjuicios ocasionados; Cuarto: Rechaza la solicitud hecha por el querellante y actor civil Alquímedes R. Pacheco Gómez referente al pago de intereses; Quinto: Condena al procesado Rafael Luis Martínez Hazím al pago de las costas del procedimiento, ordenando su distracción y provecho del Dr. Quelvyn Rafael Espejo Brea, quien afirma haberlas avanzado en su totalidad; Sexto: Convoca a las partes a escuchar la lectura íntegra de esta decisión para el día Jueves veinticinco (25) del mes de agosto del año dos mil Once (2011) a las nueve hora (9:00) de la mañana; Séptimo: Vale convocatoria a las partes presentes; Octavo: Ordena a la secretaria notificar al Juez de Ejecución de la Pena esta decisión’; SEGUNDO: La Corte después de haber deliberado y obrando por propia autoridad, ordena la celebración de un nuevo juicio, ante un tribunal del mismo grado al que dicto la sentencia, en tal sentido remite el presente proceso por ante la Presidencia de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, para que apodere un Tribunal Colegiado que conozca el nuevo juicio; TERCERO: Se compensan las costas del procedimiento”; c) que el segundo juicio fue celebrado por la Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, dictando la sentencia núm. 211-2012 del 6 diciembre de 2012, con el siguiente dispositivo: “PRIMERO: Declara al señor Rafael Luis Martínez Hazím, dominicano, mayor de edad, portador de la cédula de identidad y electoral núm. 001-12565589-9, (sic), casado, domiciliado y residente en la Avenida Anacaona, Residencial Anacaona, apartamento núm. 102, Mirador Sur, Distrito Nacional, culpable de violar las disposiciones contenidas en el artículo 66, letra a, de la Ley 2859, sobre Cheques, y sus modificaciones, y 405 del Código Penal Dominicano, en consecuencia lo condena a cumplir una pena de seis (6) meses de prisión en la cárcel modelo de Najayo; SEGUNDO: Condena al imputado Rafael Luis Martínez Hazím, al pago de las costas penales; TERCERO: Condena al imputado Rafael Luis Martínez Hazím, al pago de Nueve Millones de Pesos (RD\$9,000,000.00), a favor del actor civil y querellante, Alquímedes Pacheco, por la restitución del cheque objeto de la acusación: núm. 0152, de fecha veinticinco (25) del mes de octubre del año dos mil diez (2010), por valor de Nueve Millones de Pesos (RD\$9,000,000.00), del Banco de Reservas de la República Dominicana, emitido por el señor Rafael Luis Martínez Hazím, sin la debida provisión de fondos; CUARTO: Declara buena y válida en cuanto a la forma la constitución en actor civil, interpuesta por el actor civil y querellante, Alquímedes Pacheco, en contra del señor Rafael Luis Martínez Hazím, por haberse hecho conforme a la ley; QUINTO: En cuanto al fondo de la indicada constitución en actoría civil, el tribunal la acoge, en consecuencia, condena al señor Rafael Luis Martínez Hazím, al pago, de manera solidaria, de una indemnización por la suma de Un Millón de Pesos (RD\$1,000,000.00), a favor y provecho del señor Alquímedes Pacheco, como justa reparación de los daños y perjuicios causados al hoy querellante y actor civil; SEXTO: Condena al imputado Rafael Luis Martínez Hazím al pago de las costas civiles del procedimiento, ordenando su distracción y provecho a favor del representante del querellante y actor civil; SÉPTIMO: Envía la presente decisión por ante el Juez de Ejecución de la Pena para los fines de lugar; OCTAVO: Vale citación para las partes presentes y representadas; d) que esa decisión fue apelada por el imputado resultando apoderada la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, la que emitió la sentencia núm. 0056-TS-2013 del

12 de abril de 2013, que es ahora objeto de recurso de casación, y en cuyo dispositivo expresa: “PRIMERO: Declara con lugar los recursos de apelación interpuestos por: a) en fecha veintiocho (28) del mes de diciembre del año dos mil doce (2012), por el Dr. Quelvin Rafael Espejo Brea, quien actúa en nombre y en representación del querellante y actor civil Alquímedes Rafael Pacheco Gómez; b) en fecha veintiocho (28) del mes de diciembre del año dos mil doce (2012), por el Licdo. Manuel Fermín Cabral, quien actúa en nombre y en representación del imputado Rafael Luis Martínez Hazím, ambos contra la sentencia núm. 211-2012, dictada en fecha seis (06) del mes de diciembre del año dos mil doce (2012), por la Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional; SEGUNDO: Revoca el ordinal Tercero, por las razones que reposan en el cuerpo motivado de la presente decisión; TERCERO: Modifica el ordinal Quinto de la sentencia impugnada, en tal sentido, en lo adelante, se lea así: “Quinto: En cuanto al fondo de la constitución en actor civil, condena al imputado Rafael Luis Martínez Hazím, al pago de una indemnización de Diez Millones de Pesos Dominicano (RD\$10,000,000.00) a favor de Alquímedes Radhamés Pacheco Gómez, como justa compensación por los daños y perjuicios causados”; CUARTO: Confirma la sentencia recurrida en todos los demás aspectos no tocados por esta decisión; QUINTO: Condena al imputado y recurrente Rafael Luis Martínez Hazím, al pago de las costas penales del procedimiento causadas en la presente instancia judicial; SEXTO: Condena al imputado y recurrente Rafael Luis Martínez Hazím, al pago de las costas civiles del procedimiento causadas en la presente instancia judicial, en favor y provecho del abogado concluyente Licdo. Quelvy Rafael Espejo Brea, quien afirma haberla avanzado en su totalidad; la presente decisión por su lectura vale conocimiento y notificación para las partes, las que quedaron convocadas para esta lectura en la audiencia de fecha dieciocho (18) del mes de marzo del año dos mil trece (2013), procediendo la secretaría a la entrega de las copias correspondientes a las partes, de conformidad con la parte in-fine del artículo 335 del Código Procesal Penal y decisión ya señalada de la Suprema Corte de Justicia, dada, en fecha veintiséis (26) del mes de diciembre del año dos mil doce (2012);

Considerando, que el recurrente, por intermedio de su defensa técnica, propone contra la sentencia impugnada los siguientes medios de casación: “Primer Medio: Inobservancia y errónea aplicación de la Ley núm. 2859, sobre Cheques, modificada por la Ley núm. 62-00; específicamente en sus artículos 40, 41, 54 y 66.a. Contradicción con los criterios y precedentes establecidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Desconocimientos de los precedentes jurisprudenciales (art. 426.2 Código Procesal Penal); Segundo Medio: Illogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia: sentencia manifiestamente infundada. El Tribunal a-quo retuvo directamente la responsabilidad penal del imputado sin la verificación de elemento probatorio alguno, que constatará la conducta prohibida en el texto del artículo 66, literal b, de la Ley núm. 2859, modificada por la Ley núm. 62-00. La sentencia contiene afirmaciones desprovistas de presupuestos fácticos establecidos en juicio. La ilegalidad del acto de protesto de cheque y del acto de comprobación de fondos; Tercer Medio: Inobservancia de la obligación de estatuir sobre todos los medios en los cuales se fundamenta el recurso: sentencia manifiestamente infundada. En la especie, el Tribunal a-quo omitió referirse al tercer medio del recurso de apelación que apoderara la referida jurisdicción y que consistía en lo siguiente: “Tercer Medio: Violación de la Ley por inobservancia o errónea aplicación de la norma jurídica: errónea aplicación del artículo 66 de la Ley núm. 2859, sobre Cheques, y del tipo penal de expedición de cheques sin la aprobación de fondos. El cheque debe tener una causa lícita para poder configurarse el elemento típico, antijurídico y culpable que exige la norma”; Cuarto Medio: Errónea aplicación de la Ley: errónea aplicación del artículo 66 de la Ley 2859, sobre Cheques, y del tipo penal de expedición de cheques sin la provisión de fondos. Un cheque en blanco no puede dar lugar a una acción penal: no puede verificarse el tipo penal en el caso de que el cheque sea dado en blanco”;

Considerando, que en el primer medio invocado, aduce el recurrente, en síntesis, que la Corte a-quo al rechazar su recurso contradice decisiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y dice: “El Tribunal a-quo, al rechazar el medio recursivo planteado por esta parte, establece -en franca contradicción con lo expuesto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia-, que la irregularidad o, lo que es lo mismo, su no verificación en un juicio penal no conlleva la inexistencia del tipo penal de la emisión de cheque sin provisión de fondo”; sostiene el recurrente que: “Contrario a lo afirmado tajantemente por el Tribunal a-quo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en múltiples oportunidades plasmó en sus decisiones el criterio –correcto por demás– de la relevancia del acto de protesto de cheques y, particularmente, de su carácter sine qua non para que la infracción penal se configure y pueda ser retenida”, en sustento de este argumento cita la sentencia número 3 del 19 de noviembre de 2008, pronunciada por el Pleno de este alto tribunal; la número 21 del 18 de marzo de 2009, dictada por esta Segunda Sala; sentencia del 11 de agosto de 2010 del Pleno, y otra del 2 de febrero de 2011 de la Segunda Sala;

Considerando, que en el mismo primer medio manifiesta que: “La Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, nueva vez, se apartó ostensiblemente de los criterios sabiamente construidos por la jurisprudencia penal. Criterios éstos, que han forjado, y siguen haciéndolo, una unidad jurisprudencial respecto a un tema de vital importancia en el tráfico del comercio local: el cheque, como instrumento de pago. Esto es: la actividad desplegada por la Corte de Casación, en el ejercicio de su función nomofiláctica, en lo que concierne al tipo penal ponderado, generó un clima de establecida en el ámbito jurisprudencial: un impacto importante, en primer término, para el ordenamiento jurídico; pero, más significativo aún: para la consolidación de uno de los pilares básicos y esenciales para un Estado Democrático de Derecho: el derecho fundamental a la igualdad”;

Considerando, que la Corte, en torno a los aspectos planteados, estableció: “8.- Que al análisis de la sentencia a la luz del vicio denunciado, esta Corte advierte que el Tribunal a-quo tal como apunta el recurrente incurrió en contradicción de motivos, toda vez que admite en su decisión que el acto de protesto es irregular en tanto no fue notificado al imputado, estableciendo que esa irregularidad no lesiona ningún derecho, pues ello no ha impedido que la parte imputada tome conocimiento del proceso seguido en su contra. Pero resulta que el mismo tribunal fija como criterio que el delito de emisión de cheques con provisión insuficiente o sin provisión de fondos, se configura en el momento en el cual el librador, después de haber sido notificado sobre la no provisión o insuficiencia de fondos mediante el protesto de cheque, como en el caso de especie, no provee de fondos en el plazo correspondiente que le otorga la ley a esos fines. Lo que significa que bajo ese razonamiento el Tribunal a-quo extrajo consecuencias jurídicas en contra del imputado sobre la base de un acto reconocido previamente como irregular. Sin embargo la Corte no obstante haber advertido la contradicción señalada por el recurrente llega a la misma solución dada por el a-quo pero bajo el siguiente razonamiento. De la emisión de un cheque sin la debida provisión de fondos se deducen tres acciones de naturaleza y objeto distintos: 1) Una acción de naturaleza cambiaria que tiene por objeto asegurar el pago del monto del efecto de comercio (Arts. 29, 40, 41 y 52 de la Ley núm. 2859); 2) Una acción penal que tiene por propósito la imposición de una sanción por la comisión de un delito (Art. 66 de la misma Ley 2859), y 3) la acción civil derivada de la comisión del delito (Art. 3 parte infine y Art. 52 parte infine de la Ley núm. 2859 y Art. 1382 y sptes. del Código Civil); 9.- Que la acción de naturaleza cambiaria surge, a favor del tenedor, como consecuencia directa de la expedición y circulación del cheque. En el contexto de la Ley de núm. 2859, la acción cambiaria se encuentra regulada de manera conjunta y armónica por los artículos 3, 29, 40, 41 y 52 de la indicada ley. En efecto todos estos textos de la ley pretenden asegurar el pago del monto por el cual el cheque fue emitido. Con esta acción el tenedor de un cheque puede perseguir al librador del mismo, en las formas y previsiones establecidas en los textos de ley que se han enunciado. Que esta acción cambiaria está sujeta a que el cheque sea presentado al cobro en un plazo

no mayor de dos meses (Art. 29) y que la acción sea iniciada a más tardar seis meses después de vencido el plazo de presentación al cobro del cheque y de haberse constatado por acto auténtico (protesto) la no disponibilidad de los fondos o el rehusamiento del pago por parte del librado, todo bajo pena de que dicha acción cambiaria prescriba (Art. 52). Que bajo lo dicho precedentemente queda claro entonces que la no realización del protesto o lo que es lo mismo, la existencia de un acto de protesto irregular solo impide que se pueda ejercer la acción cambiaria, pero el tenedor del cheque no pierde el derecho de lograr la restitución de estos valores por las vías ordinarias ni se pierde el derecho de perseguir al librador penalmente ya que la acción cambiaria es independiente de la acción penal y de la acción civil y ninguna depende de la otra.; 10.- El Tribunal a-quo yerra en su razonamiento cuando supedita la configuración del delito de emisión de cheque sin la debida provisión de fondos a la notificación de esa insuficiencia mediante un acto de protesto, pues el delito se comete y por tanto queda configurado desde el momento que se emite el cheque a sabiendas de que el mismo no tenía fondos o estos eran insuficientes. Por ello, solo es menester que sea probado, con la amplitud probatoria admitida por el Código Procesal Penal que el cheque fue emitido de mala fe, es decir a sabiendas de que no se disponían de los fondos. De lo anterior resulta que no es necesario que se disponga de ninguna acta de comprobación (protesto) para establecer la mala fe del librador ya que, como toda infracción penal, puede ser probada por todos los medios posibles. Si bien la jurisprudencia había señalado, antiguamente, que el protesto hacía presumir la mala fe del librador, (Vgr SCJ B.J.601 agosto 1960, p. 1705) no menos cierto es que nunca afirmó que el mencionado protesto era el único medio para probar la mala fe, la cual siempre puede ser establecida por todos los medios. Además ese criterio jurisprudencial resulta contrario a la actual normativa procesal que proscribe establecer, de ninguna forma, presunciones de culpabilidad (Art. 14 del Código Procesal Penal). Procede acoger el medio de manera que se modifique la parte dispositiva y se elimine la restitución del monto del cheque por las razones expuestas precedentemente”;

Considerando, que para abordar el asunto objeto de debate, conviene efectuar una breve síntesis de las actuaciones intervenidas en el proceso, para una mejor comprensión del caso y de la solución adoptada;

Considerando, que en la especie, el señor Alquímedes Pacheco presentó acusación penal privada por infracción a la Ley 2859 sobre Cheques, contra el señor Rafael Luis Martínez Hazím, a quien acusó de expedir el cheque núm. 0152 de fecha 25 de octubre de 2010 por un monto de Nueve Millones de Pesos (RD\$9,000,000.00), contra el Banco de Reservas de la República, el cual resultó carente de fondos; que, en dicha acusación se ofreció como prueba el acto núm. 970/2010, del 7 de diciembre de 2010, contentivo de “protesto de cheque”, con la pretensión de probar que el referido cheque no contaba con la debida provisión de fondos;

Considerando, que luego de agotados varios asuntos procedimentales, la Novena Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional pronunció sentencia condenatoria, la cual fue objeto de escrutinio por la Primera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional ante el recurso de apelación incoado por Rafael Luis Martínez Hazím; que, en esa ocasión la Corte anuló la decisión primigenia al comprobar que el acto de protesto de cheque no fue notificado en el domicilio del imputado, por lo que ordenó la celebración de un nuevo juicio; que, este segundo juicio fue celebrado por la Cuarta Sala del mismo distrito judicial, y conforme lo relata la Corte a-qua ante ese tribunal se debatió nueva vez la regularidad del acto de protesto, punto al que se refirió la alzada, como se transcribió más arriba;

Considerando, que ambos tribunales han estimado, y es un hecho fijado, que el acto de protesto del cheque fue notificado en un domicilio diferente al del librador del cheque, reteniendo irregularidad del mismo, pero al amparo de razonamientos distintos;

Considerando, que, en la sentencia ahora impugnada, la Corte a-qua determinó que la no existencia del protesto o la irregularidad del mismo, solo impide el ejercicio de la acción cambiaria, y concluye en que no puede supeditarse la configuración del delito de emisión de cheque sin la provisión de fondos a la existencia de un acto de protesto, ya que el delito es cometido cuando se expide el referido instrumento sin fondos suficientes, lo que, al amparo de la libertad probatoria acordada por el Código Procesal Penal, puede probarse por otros medios; también acota la alzada que el criterio jurisprudencial que desde antaño se ha mantenido, no excluye la posibilidad de que otros medios sirvan para probar la mala fe, además de que tal criterio deviene en una presunción de culpabilidad, inaceptable en el actual orden procesal penal;

Considerando, que de lo previamente expuesto, se desprenden varias cuestiones; en primer orden, ciertamente en el acto instrumentado por el ministerial, titulado como acto de protesto, la notificación de la insuficiencia de fondos al librador se realizó de forma irregular, por no hacerse ni en el domicilio ni en la persona del imputado, como bien apuntó la Corte a-qua; sin embargo, dicho acto no solo dio traslado para la notificación del imputado, sino que previamente fue protestado en las oficinas de la entidad de intermediación financiera Banco de Reservas de la República Dominicana, requerimiento ante el cual el ministerial fue informado de que “está cancelada esa cuenta”, proceso verbal realizado en presencia de los señores Adrian Cuello y Manolo Marte, testigos instrumentales requeridos a tales efectos; que, esta comprobación asentada por el alguacil mantiene su eficacia y por ende se pueden deducir consecuencias jurídicas de la misma, que en este caso evidentemente consistió en la imposibilidad del cobro del cheque;

Considerando, que en segundo lugar, la existencia del acto de protesto de cheque para probar la mala fe del librador, ha sido un criterio mantenido por la jurisprudencia, pero tal concepción no colide con el actual ordenamiento procesal penal dominicano, ya que ésta no constituye una presunción de culpabilidad, como estimó la Corte a-qua; puesto que la sola existencia de un acto de protesto de cheque no puede conducir, inexorablemente, al aseguramiento de una condena, sino que de esa actuación auténtica lo que se deriva es una presunción de mala fe, que es uno de los elementos constitutivos de la infracción y que de ser probada, junto con el resto de los elementos especiales constituirá de un ilícito penal;

Considerando, que en tal sentido, es evidente que el acto de protesto del cheque se efectuó regularmente, y la irregularidad retenida solo puede abarcar la notificación realizada al librador del cheque, pues la Ley 2859, sobre Cheques, en tanto ley especial, establece en su artículo 54 que: “El protesto deberá hacerlo un notario o alguacil, en el domicilio del librado, o en su último domicilio conocido. En caso de falsa indicación de domicilio procederá al protesto una información sumaria.”; y en el 55 estipula: “Independientemente de las formalidades requeridas por otras leyes para los actos de protesto levantados por alguacil o por Notario, el acto de protesto debe contener la transcripción literal del cheque, de los endosos y avales, así como el requerimiento de pago de su importe. Enunciará también la presencia de pagado y la imposibilidad a la negativa de firmar, y en caso de pago parcial, la suma que ha sido pagada. () Los notarios y alguaciles están obligados bajo pena de daños y perjuicios a hacer mención del protesto en el mismo cheque, y esta mención deberá estar fechada y firmada por el notario o alguacil.”; de tales prescripciones se desprende que el voto de la ley fue satisfecho al protestar ante el librado (banco), el pago del cheque, con la enunciación de las formalidades generales y especiales que para estos actos requiere la Ley de Cheques y la normativa supletoria, evidenciando que el cheque fue expedido no solo sin provisión de fondos, sino contra una cuenta inhabilitada o cerrada; y es que no se puede perder de vista que la finalidad del protesto del cheque es comprobar la inexistencia de fondos al momento de ejercer la acción cambiaria, por eso, su existencia es condición sine qua nom para poder

caracterizar el delito de emisión de cheques sin la debida provisión de fondos, pues precisamente, con este proceso se autentica la carencia ante el librado;

Considerando, que en esa misma línea, contrario a como apunta la Corte a-quá, el delito de emisión de cheque sin provisión de fondos, tiene dos momentos, el primero cuando se expide el cheque a sabiendas de la falta de provisión, y el segundo, cuando una vez presentado ante el librado se hace imposible el cobro, lo que se comprueba con el acto de protesto ante el librado, de donde se deriva un perjuicio para el beneficiario del mismo;

Considerando, que ya en lo que respecta a la notificación realizada al librador del cheque, que es la prevista por el acápite a) del artículo 66 de la Ley 2859, y que, en la especie, figura en el mismo acto de protesto del cheque, conviene aclarar que la irregularidad retenida no puede per se sancionarse con la exclusión probatoria del protesto, toda vez que el propósito de esta notificación es poner en conocimiento y advertir al librador sobre la ya comprobada insuficiencia de fondos, lo que puede probarse por medios lícitos conforme a la libertad probatoria consagrada en el Código Procesal Penal; actuación que, en este caso, ha quedado subsanada con la presentación de la acusación, pues a través de la misma el imputado tuvo conocimiento de la carencia de fondos para cubrir el importe del cheque expedido, teniendo la oportunidad de reponerlos, lo que obviamente no hizo; pues ha de entenderse que la finalidad de la notificación al librador es ponerlo en conocimiento de la falta de pago (comprobada con el protesto) y darle la oportunidad de completar o reponer los fondos, permitiéndole así despojarse de la presunción de mala fe estipulada en el artículo 66 de la ya comentada ley;

Considerando, que contrario a lo invocado por el recurrente, la Corte a-quá no ha incurrido en inobservancia ni errónea aplicación de la Ley 2859, sobre Cheques, y sus consideraciones respecto al precedente jurisprudencial no provocan nulidad, por las razones suplidas en esta decisión, ya que, por cuanto se ha dicho, el acto de protesto en sí mismo no fue irregular, y la notificación al librador de la carencia de fondos cumplió su cometido a través de la acusación; y más aún, el recurrente resultó beneficiado con la decisión de la Corte a-quá, al eliminar la restitución del monto del cheque; por consiguiente, procede desestimar este primer medio examinado;

Considerando, que en el segundo medio de casación propuesto, el recurrente sostiene, en síntesis, que la sentencia atacada resulta manifiestamente infundada, pues en ocasión del recurso de apelación la defensa técnica señalaba lo que entendía como fundamental en el error imputado a la juzgadora y que induciría, según el criterio más socorrido, a la anulación de la sentencia atacada en aquel entonces, en el entendido de que la parte recurrente demostró y así lo hizo constar el Tribunal a-quo en la sentencia impugnada, que los actos de protesto de cheque y de comprobación, los cuales juntos con el cheque depositado constituían los dos únicos elementos de prueba aportados por el querellante en el referido proceso penal, eran “irregulares” en atención a los razonamientos expuestos por el recurrente (los que consistieron en atribuir irregularidades al Acto núm. 971/2010 del 7 de diciembre de 2010, de protesto de cheque, por no ser notificado en el domicilio del imputado, ya que el mismo junto con el de comprobación habían sido notificados en una oficina de abogados que nunca fue domicilio de elección; y que dicho acto tampoco fue notificado a la entidad de intermediación financiera Banco de Reservas de la República Dominicana, ya que al observarlo se comprueba que el mismo carece del visado que deben llevar todas las instituciones del estado, de conformidad con la Ley 1486, en su artículo 17); expresa el recurrente en casación que: “Advertíamos en aquel entonces, que constituye una vulneración flagrante del principio de legalidad de la prueba: el artículo 167 del Código Procesal Penal establece imperativamente que solo aquellos elementos que han sido obtenidos por un medio lícito son capaces de ser

valorados judicialmente. Es más, el artículo 168 de la normativa obliga a su exclusión (), de lo cual la Suprema Corte de Justicia derivó la regla de la “afruit of the poinonous tree” (fruto del árbol envenado), acorde con la sentencia núm. 24 del 3 de marzo de 2006, B.J. 1134”;

Considerando, que el recurrente argumenta en este segundo medio que las referidas omisiones e irregularidades provocaron indefensión para el imputado, pues la finalidad del protesto de un cheque no es sino poner en condiciones al imputado de conocer de la supuesta no provisión de fondos del instrumento de pago, de defenderse porqué no, y brindar así la oportunidad de pagar el importe del mismo; “Es ahí entonces que, al decir de la Suprema Corte de Justicia, se puede comprobar la intención delictual. Evidentemente es una exigencia de carácter legal que no puede ser llevada a cabo de manera irregular, máximo si se pretende erigir en una prueba fundamental de la acusación que originó la presente controversia penal. Nunca el imputado fue intimado legalmente en su domicilio real para pagar dicho cheque. Esto produce ineludiblemente la nulidad de todo cuanto se bastó en dicho acto de protesto”; prosigue el recurrente sosteniendo que el Tribunal a-quo no desconoce la irregularidad de los actos de protesto de cheque y de comprobación valorados en distintas instancias a lo largo del presente proceso, pero a decir del tribunal esa irregularidad no tiene relevancia, de lo cual resulta que el “protesto de cheque es insignificante” en el delito tipificado en el artículo 66.a de la Ley núm. 2859, ante lo que procedería que “el juzgador identifique otro elemento probatorio capaz de sustituir lógicamente la función del protesto de verificar la falta de provisión de fondos y, con mayor relevancia, la mala fe del librador”; si el protesto de cheque se reconoce como irregular, y este fue el único elemento probatorio, bajo el cual se probará la intención y el hecho material, según aducía la juez de primer grado, se plantea la pregunta ¿De dónde puede extraerse o se extrajo el presupuesto fáctico y consecuentemente, probatorio que sirviera de sustento a la retención de responsabilidad penal del imputado?”;

Considerando, que este segundo medio está notoriamente ligado al primero, y los razonamientos expuestos en respuesta a aquel, sirven de fundamento, mutatis mutandis, para el rechazo de este también, puesto que el protesto del cheque al librado no resulta afectado de nulidad, sino la notificación al librador contenida en dicho protesto, la que al final de cuentas quedó cubierta con la acusación presentada, contra la cual pudo ejercer sus medios de defensa, como al efecto lo hizo; por tanto, procede desestimar este segundo medio;

Considerando, que el tercer medio esgrimido por el recurrente, se fundamenta en que la Corte a-qua no hace mención ni se refiere al “tercer medio” desarrollado en el recurso de apelación, en el cual decía el abogado del recurrente que el cheque constituye un instrumento de pago y, por ende, un mecanismo de extinción de obligaciones, por lo que una causa lícita habrá de originar la obligación; aduce el recurrente que además invocaba ante la alzada que “en la especie, se trata de un cheque por un monto a pagar de nueve millones de pesos, emitido –según se lee- sin ningún concepto, cifra que es puesta por el propio querellante, y con un supuesto fundamento: el pago de unos prestamos apócrifos”; solo existe un alegato, infundado, de que el cheque tiene por causa el pago de “préstamos”, lo que es infundado y absurdo, que según la acusación alguien prestó, sin nada por escrito, sin prueba o indicio que lo evidencie el cheque que origina la presente controversia no tiene causa lícita, por el contrario es el producto de maniobras espurias, a fin de percibir una supuesta “ganancia” de un negocio frustrado por consiguiente, al carecer de causa lícita, carece de la lesividad necesaria para configurar el tipo penal establecido en la Ley 2859. Este fue un cheque estructurado por el propio querellante en la forma garantía”;

Considerando, que en efecto, tal como lo reclama el recurrente, en la sentencia atacada la Corte a-qua no se refiere a este tercer motivo propuesto en la apelación, pero el contenido del mismo versa sobre un punto que por

ser de puro derecho puede ser suplido por esta Corte de Casación;

Considerando, que como se aprecia, el impugnante aduce, en síntesis, que la expedición del cheque objeto de litis carece de causa lícita y por tanto de la lesividad necesaria para configurar el tipo penal que se persigue con la Ley 2859, sobre Cheques; sin embargo, en contraposición a tales apreciaciones, primero cabe destacar que este no fue un punto debatido en el juicio; segundo, en atención a la imputación objetiva el ilícito perseguido ha sido el de emisión de cheque sin la debida provisión de fondo, no enriquecimiento ilícito u otro hecho punible; y tercero, en aplicación de la máxima “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, nadie puede alegar en justicia su propia falta, por ende, no cabe admitir que el recurrente pretenda prevalecerse de una ilicitud en la que el mismo haya sido partícipe, como argumento para pretender beneficiarse en derecho; por consiguiente, procede rechazar este tercer medio, supliendo la omisión de la Corte a-quá, por tratarse de razones de puramente jurídicas;

Considerando, que en el cuarto medio propuesto, el recurrente sostiene que en el presente caso el cheque fue expedido en blanco, lo que se estableció por el informe del INACIF a requerimiento del imputado, quien siempre ha alegado no reconocer ni el monto, ni la fecha, ni el nombre del beneficiario; que el imputado siempre ha dicho la realidad en el sentido de que el querellante llenó de su puño y letra la fecha, el nombre y el monto a pagar a través del cheque; que la doctrina a unanimidad ha expresado su repudio a la validez del cheque en blanco como instrumento de pago. Prosigue el recurrente exponiendo que: “Al carecer de validez, que es lo mismo que hablar de su inexistencia, no puede configurarse el tipo penal, puesto que no habría un cheque. Para la jurisprudencia argentina, de lo que se trata es que si el cheque es inválido para lo comercial, también debe de serlo para el ámbito penal. Por igual se inclina la jurisprudencia en El Salvador. El cheque, en la especie, fue dado en blanco. Por ende, no podía dar lugar a la tipificación del ilícito penal, tal y como se desprende de la lógica del derecho material o sustantivo. Sin embargo, para el tribunal a-quo no tiene relevancia y, peor aún, afirma hechos no fijados en el cuadro fáctico establecido en primer grado.”; continúa el recurrente argumentando que la sentencia afirma que el imputado ordenó el llenado del cheque, presumiendo una realidad fáctica en beneficio del querellante, mas no del imputado, pues no queda establecido de dónde la Corte extrae esos supuestos, con cuales elementos probatorios comprobó que el imputado “ordenó el llenado del cheque”, con cual prueba se refrenda que el cheque “llega a manos del beneficiario” con “todas las exigencias de forma para su validez”, cómo se infiere tan importante conclusión sin existir referencia fáctica alguna en primer ni segundo grado;

Considerando, que en cuanto a estos extremos razonó la alzada en el sentido de que: “12.- Sobre el particular es preciso apuntalar que el recurrente desnaturaliza la capacidad o el alcance probatorio de la experticia caligráfica realizada por el INACIF. De los hechos fijados en la sentencia queda claro que esa prueba científica permitió establecer que el imputado no llenó el cheque, más si lo firmó. Pero no se establece mediante ese medio de prueba, como pretendió el recurrente, que los rasgos caligráficos se corresponden con los de la persona que figura como beneficiaria del cheque. Así las cosas no es cierto que se haya probado que el imputado giró un cheque en blanco. Lo que sí quedó probado es que el imputado firmó el cheque, de lo que se desprende hasta prueba en contrario, que el imputado ordenó el llenado del cheque, el cual cuando llega a manos del beneficiario contenía todas las exigencias de forma para su validez, por lo que procede rechazar el medio propuesto”;

Considerando, que como bien estableció la Corte a-quá, en efecto, atribuir al querellante el llenado del cheque, desborda el alcance probatorio de la experticia caligráfica realizada al mismo, puesto que lo que se comprobó fue que aunque no coincidían las grafías del contenido del referido instrumento, sí se correspondía la firma con

la del imputado Rafael Luis Martínez Hazím; sin embargo, tiene razón el recurrente, en el sentido de que la Corte a-qua estableció supuestos fácticos no fijados por el tribunal de primer grado ni constatados por ella misma, al establecer que el imputado “ordenó el llenado del cheque”, lo que desde esta sede cabe censurar;

Considerando, que no obstante las anteriores comprobaciones, por mandato de la propia Ley 2859, sobre Cheques, el librador del cheque es garante de su pago, y su firma lo obliga a responder sobre el mismo, a menos que demuestre que estaba exonerado de tal responsabilidad, conforme las previsiones de la misma legislación especial, lo que se desprende del contenido del capítulo I de dicha Ley, relativo a la creación y forma del cheque, con énfasis en lo regulado por los artículos 10, 11 y 12; que, asimismo, el legislador ha previsto una serie de garantías para resguardar este importante instrumento de pago en la economía dominicana, tanto que aún en caso de alteración, según lo pauta el artículo 51 de la mencionada ley, quienes hayan firmado el cheque están obligados según los términos del mismo; en ese orden y en vista de que lo reprochado a la Corte no incidió en la solución dada al caso, procede desestimar este cuarto medio y por tanto, el recurso de casación de que se trata;

Considerando, que en la deliberación y votación del presente fallo participó la magistrada Esther Elisa Agelán Casanovas, quien no lo firma por impedimento surgido posteriormente, lo cual se hace constar para la validez de la decisión sin su firma, de acuerdo con el artículo 334.6 del Código Procesal Penal.

Por tales motivos, Primero: Admite como interviniente a Alquímedes Rafael Pacheco Gómez, en el recurso de casación interpuesto por Rafael Luis Martínez Hazím, contra la sentencia núm. 00056-TS-2013, dictada por la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Judicial el 12 de abril de 2013, cuyo dispositivo se copia en parte anterior del presente fallo; Segundo: Rechaza el referido recurso de casación; Tercero: Condena al recurrente al pago de las costas penales y civiles, con distracción de las últimas en provecho del Dr. Quelvin Rafael Espejo Brea, quien afirma haberlas avanzado en su mayor parte; Cuarto: Ordena la notificación de esta decisión a las partes del proceso y al Juez de la Ejecución de la Pena del Distrito Nacional.

Firmado: Miriam Concepción Germán Brito, Esther Elisa Agelán Casanovas, Alejandro Adolfo Moscoso Segarra, Fran Euclides Soto Sánchez e Hirohito Reyes. Grimilda Acosta, Secretaria General.

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran en su encabezamiento, en la audiencia pública del día, mes y año en él expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico.

www.poderjudicial.gob.do