
INFORTUNIOS DEL CHEQUE SIN FONDOS*

J. RAMON PALACIOS

En el distante año de 1954, a invitación de ese espíritu erudito y cordial que era don Francisco M. Zertuche, dicté unas conferencias en la Universidad de Nuevo León. Una de ellas se refirió al mal andado camino del cheque sin fondos; las notas que elaboramos quedaron guardadas, y si hoy aparecen es tanto para librarme del maleficio de lo inédito, que diría Antonio Machado, como por las últimas orientaciones de la Honorable Suprema Corte, de la Sexta Epoca, Volúmen Décimo, Segunda Parte, página 51, del engoroso Semanario Judicial de la Federación.

Bastante torturado vive de antiguo el cheque sin fondos, que desde su catalogación en los tipos que se persiguen de oficio, se había dado la sogá, porque las Cámaras de Compensación y los Bancos jamás han denunciado los cheques sin provisión de fondos y siempre se espera la denuncia del particular que se dice leso con el impago del documento mercantil. Desde aquí, en el requisito para la procedencia de la acción penal, el Legislador había ido de desatino en desatino y convirtió en encubridoras a las instituciones y a sus gerentes, sin que tampoco jamás hubiese caído sobre ellos el inexorable destino de un proceso penal.

Ya en los laberintos del Derecho Privado, el cheque

* Revista Jurídica Veracruzana. Órgano del H. Tribunal de Justicia del Estado de Veracruz — Llave. Tomo X. Julio y agosto de 1959 número 4.

no es un documento destinado a la circulación, por lo que el delito del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no puede proteger la circulación del cheque, sino a riesgo de incurrir en el clandestinaje. Por otra parte, el artículo 15 en la fracción XVII de la nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, retomaba la sanción del artículo 344 del Código de Comercio Italiano de 1882.—hoy delito con pena de multa pero que se *absorbe* por el de fraude cuando el cheque en descubierto es medio de artificio o engaño para cometer la defraudación (Art. 116 R. D. 21 Dic. 1933 No. 1736 Y uniforme criterio de la casación).— y ordenaba a los Bancos y Cámaras de Compensación, que dieran a conocer a la Comisión Nacional Bancaria el nombre del librador que en dos meses hubiese girado tres o más cheques con fondos insuficientes en el tiempo prescrito por el artículo 181 de la Ley de la materia; pero también éste había sido un remedio casero e ineficaz y las Cámaras de Compensación omitían informar de los cientos y miles de cheques girados al descubierto. Todo esto revela la estrechez y desarticulación del sistema para la protección del cheque y la vida extrajurídica y cambiante del criterio jurisprudencial.

La sentencia dejaba establecido que la figura del artículo 193 de la Ley General en consulta “es de las que la doctrina designa como formales, en las que no precisa el resultado material...”, y esto no le impedía agregar: “Y el tipo delictivo de que se trata, que es como se dijo, un fraude específico...”, y entonces, en el propio fallo la Corte sostiene que el delito es formal, pero el delito no es formal sino de resultado, puesto que es un fraude específico: “se trata de un delito en que pudiera no existir la referencia causal que tiende a proteger la circulación ocasional del cheque, tratándose de documentos que no están destinados a la circulación. En efecto, el cheque es un documento que substituye el dinero y lo representa... y aún cuando su circulación es ocasional, circunstancial, distinta de la circulación de la letra de cambio que

por su esencia es circulable, de todas formas *la literalidad del documento* y la *circulación ocasional del mismo* son objeto de la tutela *penal*”; lo que significa sin dialéctica escolástica, que el cheque no es título de crédito sino instrumento de pago; que el cheque no está destinado a la circulación, y el delito del artículo 193 no protege la causal, el trato de cambio (el fraude específico a que se refiere antes el mismo fallo), sino la literalidad del documento y la circulación ocasional del mismo; no protege la circulación legal, puesto que no está destinado a la circulación por la Ley, sino que protege la circulación accidental, tolerada y que no es consustancial al cheque. Ya desde aquí, habría que examinar si la figura criminosa del artículo 193, pretendió proteger el instituto del cheque de Derecho Privado, el documento constitutivo, la emisión con los clásicos atributos de la literalidad, la autonomía, la incorporación y la abstracción, (Vivante, *Trattato di diritto Commerciale* Vol. II (1896) No. 953 Brunetti, *Titoli di Credito Nel Diritto Italiano*, s/f.pp.69 y ss.; Tullio Ascarelli, *Teoría General*, México 1947, pp.43 y ss. Vittorio Salandra, *Curso de Derecho Mercantil*, México 1949, pp. 213 y ss.), o si por el contrario la Ley ha querido referirse a la causal, al trato de cambio, al negocio jurídico que siempre precede y acompaña a los títulos de Crédito y al cheque mismo; mas esta disquisición que nuestros estudiosos han resuelto de una azorante plumada, exultando que el Derecho Penal protege realidades y no ficciones, ha sido motivo en Alemania e Italia de prolongada y profunda investigación, cuyos ecos ni siquiera han llegado a México. La perspicua monografía de *Guarneri (Diritto Penale ... Milano, 1947)* da una idea de la magnitud del problema, inevitablemente arrinconado por nuestros precipitados cultores del Derecho Penal. Esto daría la llave para abrir la puerta y penetrar al oscuro socavón que grita que el artículo 193 tutela la literalidad del documento y la circulación ocasional del mismo, hecha separación de la “referencia causal”, como si de esta manera quedase iluminado por siempre el tema de que la causal subyacente no interesa al tipo; y así v. gr. que el donante de una suma de dinero, debe ser aprisio-

nado si el cheque no tiene provisión bastante de fondos. Verdaderamente las apreciaciones legislativas no hacen mérito al trato de cambio; sin embargo nos inclinaremos por examinar todo el sistema represivo y todo el documento, *ex novo*, porque guiados por el radar de la gramática no hallarían ni justificación ni brújula las argumentaciones de la Corte, de que la figura protege la circulación de un documento que la Ley no destina a la circulación. Además el segundo tema que se suscita al decir la Honorable Suprema Corte que el dolo con representación (sic) "a virtud de que sabía que dicho documento no podría ser pagado y, por tanto, causaría con ello enriquecimiento para sí con disminución patrimonial para el pasivo de la infracción"; son palabras que tomaríamos como síntesis de la teoría del dolo, pero del dolo de defraudar, del dolo propio del artículo 386 del Código Penal Federal, que exige la doble relación causal psicológica, a que aludimos en otra ocasión, con enriquecimiento para el sujeto activo y disminución patrimonial para el sujeto pasivo, lo que constituye precisa y literalmente el delito de fraude, el delito de resultado, el delito de daño y no lo que la doctrina designa como delito formal. (Manci, La Truffa ecc., Torino, 1930, No. 35. Manzini, *Trattato Di Diritto Penale*, Torino, Vol. IX, 1952, No. 3385).

Inmersos en este mar de inconciliabilidad, era menester revivir y remozar aquellos apuntes tomados al vuelo, haciendo reenvío a un antiguo trabajo que publicamos el año de 1951 en la prestigiosa revista "Criminalia".

Los usos bancarios tampoco andaban muy acertados. Todo cheque con provisión que no fuese total, fue y ha sido devuelto con la anotación "fondos insuficientes". Basta un sello y una rúbrica al final y los juristas y los banqueros han vivido indiferentes, sin sospechar siquiera la trascendencia de esta anotación en la práctica del derecho. La falta de agudeza es obvia: el cheque se expide por \$20,000.00 y el librador sólo tiene en su cuenta corriente provisión hasta por \$19,800.00. El Banco devuelve el che-

que con la mención "fondos insuficientes"; el beneficiario denuncia; el proceso se sigue y se sentencia por insuficiencia de fondos por \$20,000.00.

Todo esto deja la impresión de que nadie ha leído jamás el artículo 189 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "El tenedor puede rechazar un pago parcial; pero si lo admite, deberá anotar con su firma en el cheque y dar recibo al librado por la cantidad que éste le entregue".

Su complemento son los párrafos 2o. y 3o. del 190. El instituto del pago ha sido recogido del Derecho Civil y no podría ser de otra manera. El tenedor puede rehusar el pago parcial pero no puede quedar a su voluntad de derecho privado la integración del monto del delito de Derecho Penal, porque esto se refleja en la pena y de la pena probable viene el término medio para la libertad caucional, y un beneficio constitucional y una sanción de Derecho Público no pueden estar al arbitrio, al capricho del titular de una relación del Derecho Comercial. Pero no es que sea factible coaccionar al tenedor a recibir el pago parcial, pero sí es obligado considerar la provisión de fondos, parcial que da la tónica de la pena. El estado de la cuenta bancaria y una anotación precisa y rigurosa en esta devolución de cheques sin provisión bastante de fondos, son indispensables para la recta aplicación del tipo del 193. Nada se ha dicho al respecto. Y algo más: si el artículo 193 no revisa la causal como afirma la Corte, no tendría por qué preocuparse de la provisión parcial de fondos y del impago parcial de fondos, porque esto atañe al hecho real, y el delito sólo tutela según la Corte, la literalidad y la circulación ocasional del cheque.

Yo estoy creyendo, quizás sin fundamento, que la teoría *sancionatoria* o de *recepción*, no ha inspirado el dolo del sistema del cheque en el delito de cheques en descubierta, y si así fuese, habría que acudir a los textos invocados (arts. 189 y 190 de la Ley de Títulos), y aceptar que el

posible pago parcial repercute en la pena.

De todas maneras, estas interrogantes me han llevado más que a la meta y a soluciones, al replanteamiento del problema; con esto es suficiente. La conciencia jurídica de la valetudinaria legislación y de la cambiante jurisprudencia centran la cuestión, ya que lo importante no es coincidir en opiniones ni en doctrinas sino en la elevación del espíritu.

Es cierto que los últimos años de nuestra literatura jurídica se han visto oscurecidos y degradados porque es más literatura que juricidad, y más encomiástica que auténtica literatura, en esto radica uno de los males más agudos generadores de la crisis existente: "Las mismas prensas imprimen literatura y billetes de banco".

CAPITULO PRIMERO

Veamos cómo han resuelto el problema doctrina y jurisprudencia para en seguida dar mi propio criterio.

I.—Don Francisco González de la Vega en una relación brevísima, sostiene que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en materia de cheques, "deroga los elementos constitutivos de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, creando un delito formal cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión del cheque no pagadero" y que la sanción tutela la circulación del cheque, instrumento de pago, al que se concede gran valor fiduciario. Antes había expuesto que la fracción IV del citado artículo 386 garantiza la emisión de los títulos y la seguridad en ellos, porque "los terceros adquirentes de un título simulado o emitido con malicia, son perjudicados por la defraudación"; que las condiciones (sic) jurídicas del delito son el otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador; obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro; y, que la obligación documentaria debe ser contra persona supues-

ta (FALSEDAD.—SIC— ejemplos: "expedición de un cheque o cualquier otro título contra un Banco o contra persona imaginaria, o bien que existiendo no tenga obligación de pagarlo, por no haberse hecho provisión de fondos en ninguna de sus formas".

Quizá las soluciones son incompletas, y ha sido desarrollado el tema con ciertas contradicciones. En efecto: si el Doctor de la Vega dice que el delito es formal, no puede al mismo tiempo afirmar que es derogatorio de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal del Distrito, puesto que éste prevé, como él mismo se ve obligado a reconocer, un delito de resultado, consistente según dice, en la "obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro"; mientras que el delito formal, precisamente por serlo, no requiere entre sus elementos un beneficio para el emisor y perjuicio para la víctima, sino que le basta la satisfacción de los simples elementos del artículo, entre los que no se menciona el daño. Entonces, si el delito es formal no deroga esa fracción y si la deroga no es formal.

a).—El Doctor de la Vega incurre tal vez en otra antinomia, por olvidar la doctrina general del delito y en particular la sistemática de los delitos contra las personas en su patrimonio, puesto que asevera que el tipo de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, exige como principal elemento que la obligación documentaria deba ser contra persona supuesta, lo que titula de falsedad, pero la falsedad no consiste en eso dentro de las definiciones del Código Penal de 31 ni dentro de la doctrina de mejor prosapia; agrega que la obligación documentaria debe ser contra persona que el otorgante sabe que no ha de pagar, y a esto le llama malicia, como sinónimo del dolo. Ahora bien: como ejemplo propone el de la expedición de un cheque sin provisión de fondos, y entonces está comprendido el hecho de emitir el cheque sin provisión de fondos en la Fracción IV del artículo 386 (EJEMPLO SEGUN EL DOCTOR DE LA VEGA), siendo delito de resultado, ¿o es simplemente formal y no implica ni "falsedad" ni "malicia"? y ahí

sí será un delito *formal* como propugna el doctor de la Vega.

b).—En la misma obra del nombrado señor Doctor *honoris causa*, se dice que la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude es el engaño (página 177), y su resultado se integra con un perjuicio a la víctima y un beneficio patrimonial para el delincuente, mas si el distinguido jurista asevera que es formal el tipo del cheque sin provisión de fondos, no requeriría el resultado y por ello de ninguna manera conforme a su exposición podría ser derogatorio de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal del Distrito.

Nada dice el Doctor de la Vega sobre el dolo del delito del artículo 193 en cita, y al referirse a la tutela jurídica no acude al contexto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del que se desprende que el cheque no está destinado a la circulación (Arts. 175 y 178).

II.—Don José Angel Ceniceros, en dos artículos periodísticos que él con innecesaria modestia se empeña en llamar populares y carentes de profundidad científica, comparte en lo esencial los puntos de vista de su distinguido colega el Dr. González de la Vega, y sólo añade que el delito en estudio exige el dolo, consistente en saber que se está emitiendo un cheque sin tener la provisión de fondos necesaria, o que se están retirando los fondos para dejar al descubierto el cheque emitido; que es derogatorio de la fracción IV del Art. 386 del Código Penal y exclusivamente vive cuando el beneficiario lo recibe a sabiendas de que no hay fondos; y que el delito protege la: “seguridad en la emisión de los títulos de pago y de crédito, a efecto de que su beneficiario no sea DEFRAUDADO, y seguridad en la CIRCULACION de esos títulos”. (Excelsior 16-17, III, 1943). Ver. Cuello Calón, fallo de 9 de junio de 1926 del Tribunal Correccional del Sena. (*La Protección* . . p. 37).

Es notorio cómo este escritor y el anterior dejan de considerar la emisión de cheques por personas no autorizadas y si el delito puede ser o no culposos.

El dolo sintéticamente podríamos definirlo ahora, como la conciencia de las circunstancias de hecho previstas por la definición legal, la significación de la acción y la voluntad de la conducta al resultado en los delitos que lo exigen; consecuentemente el dolo en este delito se sustanciaría con la emisión del cheque con conocimiento de que no hay fondos suficientes, o con la emisión teniendo fondos bastantes pero su retiro anterior o dentro de los días que prevé el artículo 181 de la misma Ley General citada; o la emisión a sabiendas de que se carece de poder bastante para tal acto (falsedad) y voluntad en la emisión o en la disposición, respectivamente. (Mezger, II, pp. 91 y SS; Guarneri, *Diritto Penale* 1947, pp. 138 y SS. Maggiore, Principi I, 1943, pp. 306 y SS; esenciales de Petrocelli, *La Colpe Volezza*, Sec. ed. 1951).

Concebido así el dolo, estaría muy distante del fraude, —no olvidemos que el Dr. Ceniceros habla de que el delito tiende a garantizar “que su beneficiario no sea defraudado” porque el fraude aun en los mal llamados casos de fraude específico y en particular el de la fracción IV citada, exige la conciencia y la voluntad de la doble relación causal en cuanto al engaño para obtener la entrega de la cosa, o en la relación causal unitaria para alcanzar el enriquecimiento al aprovecharse del error— porque si el dolo en el tipo del 193 solamente entraña la conciencia y la voluntad acotadas anteriormente, de emitir en descubierto o dejar sin fondos la cuenta habiéndose librado el cheque se concluye que no tiene en su esencia el querer defraudar. De esto se desprende que al tenor de la formulación de los Doctores de la Vega y Ceniceros, el delito del artículo 193 de la Ley en cita es delito formal, pero es delito de resultado; es delito con dolo de enriquecimiento y sin embargo no necesita el enriquecimiento; es delito que protege la circulación del cheque, mas no está