

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 culposo.

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

destinado ese documento a la circulación; es delito que tutela la fe en el cheque, pero garantiza la circulación de los títulos porque los terceros "son perjudicados por la defraudación" y al mismo tiempo pueden no ser defraudados. Toda esta interminable cadena de conclusiones irreductibles precisa ser pasada al tamiz de la doctrina general del delito, para eliminar las contradicciones que no pueden vivir en buena técnica jurídica y cuya precaria supervivencia débese a que no ha sido llevado el tratamiento jurídico, hasta sus últimas posiciones en el cuadro de la dogmática.

III.—Para el Maestro Don Juan José González Bustamante, (*El Delito*. Mex. 1944, pp. 60, 61) el delito no es de resultado, porque no es de carácter patrimonial (p. 39), pues habría sido ilógico que el legislador volviese a prever en el artículo 193 lo que un año antes el c. p. de 31 ya había contemplado en la F. IV del diverso 386 y salvo esto, comparte con esta importantísima y personal sustentación, los puntos de vista de los Doctores de la Vega y Ceniceros.

Sin embargo, el delito no es formal (*formalista* dice pp. 46, 58 y 59) sino de PELIGRO y con él se tutela "La circulación fiduciaria del cheque"; no interesa si el cheque se expidió como mandato de pago, si "se dio en garantía o si se trata de un cheque post-fecha. Basta con lo posibilidad objetiva de que se ponga en peligro un bien jurídico"; y el que toma a sabiendas un cheque emitido sin provisión de fondos, es inductor conforme al artículo 13 del c.p.

A.—Para fundamentar sus asertos, el Doctor González Bustamante aduce: que Mezger explica lo que debe entenderse por peligro, que es, en esencia, "la posibilidad de que se produzca un resultado que afecte a un bien jurídico"; que en el c. p. de 31 se consignan delitos de peligro, como la asociación delictuosa, la vagancia y malvivencia, el exceso de velocidad, "el disparo de arma de fuego... en que, independientemente del daño que pueda resultar, el delito existe con figura propia y autónoma por el peligro en que se encuentra colocado un bien jurídico y la POSI-

BILIDAD RACIONAL DE QUE SE CAUSE DAÑO (pp. 44-45).

Ahora bien: con todo respeto para tan ilustre ius penalista, no creemos que exista en realidad la disidencia que él apunta entre su teoría y la de sus señores colegas, porque la doctrina dominante de MEZGER a Rocco se refiere a los delitos de daño y a los delitos FORMALES o de PELIGRO no siendo distintos los formales de los de peligro, sino simple distinta denominación. ("Tratado" I, pp. 177 y ss. "*Opere giuridiche*", Vol. I, pp. 270 y ss).

El daño radica en una mutación del mundo exterior producida por la conducta del agente y significa pérdida o disminución (limitación o restricción) de un bien o un interés jurídicamente protegido; mientras que el simple peligro (*pericolo corso* de Carrara, *Programma*, par. 97) puede ser: el *corrido* que da origen a la tentativa punible y el del *daño potencial*, en que el daño no se causó pero hay poder, fuerza, para ocasionarlo. "Aquellos delitos en los cuales el daño potencial basta para su consumación, son todos delitos *formales*... cuando hay mero peligro, el derecho no está ya violado, sino solamente amenazado y agredido"; decía el profesor de Pisa, y proporciona como ejemplo de delito FORMAL el de injurias (vid. *par.* 100). No obstante, parécenos necesario no prolongar una discusión más que bizantina, porque esencialmente el Doctor González Bustamante sostiene que el delito del art. 193 NO ES PATRIMONIAL, no es de daño, no es de resultado (sea lo que fuere) aunque podríamos preguntar: ¿cuál es el peligro que supone y fundamenta el delito de cheque sin provisión de fondos? Porque el distinguido autor dice que protege la circulación fiduciaria del documento, mas al emitirlo en descubierto o sacar los fondos disponibles ¿Se puso en PELIGRO QUE? ¿A cuál bien se lesionó efectivamente? La fe en el cheque ¿Se pone en peligro la fe en ese documento? Es decir detrás del delito de peligro está un bien jurídico que pudo haber sido dañado (suprimido o disminuido), pero que no lo fue en realidad. El que qui-

ta los rieles *pudo* ocasionar daños, lesiones o muertes; de ahí que los bienes jurídicos no dañados directa o indirectamente sean la propiedad o la vida o la integridad corporal, la acción del agente entrañaba un daño POTENCIAL (no el *pericolo corso* del mismo Carrara, que a su decir fundamentaba la punibilidad de la tentativa), y el legislador prevé ese ataque como delictivo, porque tutela el bien y SU GOCE TRANQUILO que se ve amagado. Ahora pensemos en cuál es el bien jurídico cuyo disfrute tranquilo garantiza el legislador a través del tipo del art. 193 de la Ley en consulta. ¿Será, como dice don José Angel Ceniceros, el evitar que su beneficiario no sea defraudado? Pues de ser así, todas las veces en que sea imposible la defraudación no habrá tipo por faltar en la conducta la *ratio essendi* de la incriminación, la *ratio legis*, el motivo por el que se castiga. En otras palabras: si el peligro es el de que sea defraudado el tomador del cheque, debemos concluir que cuando éste no puede sufrir ninguna defraudación no hay delito al no existir el daño en potencia, en abstracto. Si el Doctor Ceniceros quiso significar que le basta al tipo la conducta del emisor subsiguendo el impago durante la presentación oportuna del documento, entonces no debió decir que tiende a evitar defraudaciones, porque las defraudaciones se evitan sancionándolas penalmente, ya consumadas, ya en tentativa, y en el trasfondo del tipo solamente estaría la FE EN LOS BANCOS. Agrega: que el cheque sea o no post-fechaado, es inoperante para la configuración del delito "porque no es admisible que la voluntad de las partes esté sobre los imperativos de la Ley, sobre todo cuando existe de por medio interés público" (p. 56), y que, a pesar de lo que exprese el Lic. Ceniceros en contrario, debe conceptuarse incurso en inducción para el tipo del art. 193 al que admita "el cheque a sabiendas" de que el librador no tiene fondos disponibles.

B).—El Maestro González Bustamante transcribe una oportuna explicación del magnífico jurista don Felipe de J. Tena (p. 35), en la cual se enseña certeramente que el cheque en la Ley vigente no está destinado a la circulación

por su naturaleza, que en todo caso, "su circulación ha sido una circunstancia accidental; adventicia, incapaz de afectar su naturaleza", y es atinada la cita, porque al tenor del Art. 178 de la Ley en consulta: "El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquiera inserción en contrario se tendrá por no puesta", lo que revela innegablemente que es instrumento de pago, no documento de crédito destinado a la circulación, como en cambio lo es p. ej. la letra de cambio. Claro que el librador es responsable del pago del cheque (art. 183 LGT. y O. C.), pero esto, como destaca Brunetti (*Titoli*... Milano, 1910, pp. 108 y ss.), siempre es principal porque el primer obligado es el (art. 186) librado, "mientras tenga fondos suficientes del librador", lo que significa que no está vinculado con el poseedor del documento (legitimado), sino con el librador, en cuanto exista la cuenta corriente o la apertura de crédito, lo cual significa que el Banco cumple una orden, realiza un acto del librador, pero no tiene una obligación propia, específica, una relación con el legitimado al no mediar ningún trato entre ellos, (diferencia esencial con al letra de cambio, que se obstina en no reconocer Vicente y Gella. *Los títulos de crédito*, México, 1948, pp. 346 y ss.), sino que se liga al legitimado a través del librador que ordena pagar y en tanto éste tenga fondos disponibles; luego tal condición y el deber PERMANENTE del librador de pagar el importe del cheque, demuestran hasta la evidencia que este documento NO ES TITULO DE CREDITO sino orden incondicional de pago a LA VISTA, por la que tiene derecho el tomador a hacer efectiva del Banco la suma que ampara, mientras conserve el librador fondos disponibles, "aun cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo..."; y tan no hay trato entre los tres (librador, beneficiario librado), que el Banco no puede rehusar el pago a pesar de la incapacidad y muerte supervenientes del librador; CUMPLE UN MANDATO DE PAGO no de circulación, o TRATO DE CAMBIO, ¿o cuál trato está detrás o dentro del cheque"?

Por otra parte, el cheque tiene elementos esenciales

y elementos accidentales y ahora bástenos preguntar si el cheque post-fechaado (datado con posterioridad al día de su emisión), se convierte de instrumento de pago conteniendo una orden incondicional que deberá cubrirse *a la vista* ¿en título de crédito en garantía, medio compulsivo?. Creemos que el cheque se DESNATURALIZA, como acertadamente lo dijera ha mucho Sebastián Soler (*Derecho penal argentino*, 1a. Vol. IV. pp. 444 y ss); y se desnaturaliza al considerar que de instrumento de pago se convierte en documento de crédito, en medio de garantía de una obligación de pago FUTURA, y entonces ya no es cheque, al faltarle una característica, una porción de su esencia. *Mercantilmente* (art. 178) podrá seguir valiendo como cheque.

Obsérvese bien que no se debate la falta de un requisito de forma a que se contrae la jurisprudencia francesa glosada por Cuello Colón y apoyada delirantemente por Donnedieu de Vabres (*La protección penal del cheque*, 2a. 1949, pp. 35-37) sino de una exigencia atinente a su *substratum*, puesto que si postdatado el documento conserva su juridicidad penal de cheque, entonces esa mención será accidental, o si pierde ese carácter la indicación será esencial. Ahora, que si la legislación penal argentina, a más de prever el libramiento de cheques sin fondos contempla la desnaturalización del cheque, será sin duda porque son cosas distintas, hechos diversos, y no caería en la primera hipótesis el darlo en garantía (“y que en estas condiciones no sea en el derecho mercantil una orden incondicional de pago, de ningún modo exime de responsabilidad penal a quienes usaron el documento para otra finalidad distinta y por lo mismo, deben quedar sujetos a la represión punitiva, por el peligro que entrañaba la posibilidad de la circulación del documento”; y entonces ya no se protege el que no sea defraudado el beneficiario, ni la seguridad de la circulación, sino la SIMPLE POSIBILIDAD de la circulación. Justificaciones cambiantes, escurridizas que por esto no convencen. (*Op. Cit.* pp. 50. 51). Por fin, ¿qué se protege: la seguridad de la circulación, de lo no destinado

a la circulación, o de lo que no ha circulado (primer tomador que lo presenta), o la simple “posibilidad en la circulación”, o el peligro de la defraudación y será un delito de peligro patrimonial? . . .”

Si no importa para el delito del art. 193 “si se dio en garantía o si se trata de un cheque post-fechaado” (González Bustamante, *Op Cit.* p. 61), tampoco influirá en el derecho penal la relación jurídica en sí, el trato de cambio, la causal, sino la pura exterioridad, es decir, deberá entenderse que el art. 193 sancionó no exclusivamente el CHEQUE en descubierto, sino el cheque y el no cheque; el documento de derecho comercial que es instrumento de pago según los preceptos legales citados, y el documento que no es de derecho comercial en calidad de cheque por no ser instrumento de pago, sino de garantía o de crédito y ahí el legislador al decir que se sanciona al que emita CHEQUE, quiso decir al que emita cheque y al que emita lo que no es Cheque. Tan sugestiva interpretación ha encontrado muchos partidarios, y sin embargo, con toda modestia nos vemos obligados a desecharla, porque si se dice que la ley protege “la circulación fiduciaria del cheque” (González Bustamante, *Op. cit.* p. 60), no puede decirse que contemporáneamente protege la circulación fiduciaria del documento que no es cheque, de la letra de cambio, del pagaré . . . de cualquier título de crédito, cualquier documento de garantía aceptado con fines de extorsión.

En consecuencia, la última afirmación del ilustrado Maestro, Doctor González Bustamante, no parece muy sostenible, pues el beneficiario inductor de la emisión del documento crediticio, no podrá quedar incurso como copartícipe del delito del art. 193, en razón de que no habiendo delito no es posible jurídicamente aludir a autores, cómplices, encubridores por acuerdo previo e inductores, porque el delito para la coparticipación, es la obra en común, y faltando delito no hay obra, ni individual ni común. El Dr. Cenicerós sí acertó en esto, pero adelante erró al considerar delincuente al emisor del título de crédito sin provisión de

fondos en garantía o post-fechado.

IV.—Don José Becerra Bautista repite con Rocco que el cheque es un acto unilateral de voluntad, perfecta y jurídicamente eficaz, aun sin la intervención y el consentimiento de la Institución de crédito, de ahí que, el girador no promete: “el pago de una deuda del banquero, sino que promete el pago de una deuda propia, que debe ser ejecutada por el banquero”; y por lo mismo, la promesa cambiaria, unilateral y abstracta, obliga al emisor ya sea por medio del banquero, ya sea por sí mismo; que el cheque es válido aun sin provisión de fondos, siendo éste un requisito para su regularidad, de lo que se desprende nuevamente la confirmación de que el librador continúa obligado con el beneficiario a pesar de la falta de provisión de fondos y que el cheque es un instrumento de pago y no un instrumento de crédito, como se reconoce en el artículo 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el que se establece que el cheque es siempre pagadero a la vista; que el cheque no pagado por falta de provisión de fondos al expedirse, según la definición del artículo 193 en cita, supone la existencia del cheque en la forma reglada por el diverso 175 de la referida Ley y a pesar de que carezca de requisitos accidentales, puesto que éstos la misma Ley los suple. Ahora bien, si el librador tiene fondos insuficientes, don José piensa que el pago parcial “aceptado por el tenedor elimina toda acción penal en contra del librador, ya que el tenedor es pagado parcialmente y la ley exige que no sea pagado, lo que debe entenderse en forma absoluta”. (Seg. edic. p. 40).

1).—Creemos que esta interpretación estrictamente literal, al pie de la letra, no concuerda ni con la teoría del delito formal ni con la propia teoría del delito de daño que enuncia el Sr. Lic. Becerra. Efectivamente, si aceptamos que el delito se consuma por la emisión del cheque seguida del impago, habrá delito doloso todas las veces en que el pago no se realice y como el pago es la solución de la deuda, la cancelación de ella, su extinción por cumpli-

miento, según acepta toda la doctrina civil y mercantil, e incluso tal se desprende de los art. 190 y 196 de la Ley en consulta que prevén el protesto por falta de pago total y conceden acciones por la parte no pagada; resulta que, como su nombre mismo lo indica, el pago parcial deja viva una parte de la obligación, una porción de la deuda y por ello no puede decirse que es un pago, sino que configura un cumplimiento parcial y un incumplimiento parcial; es decir, una realización del derecho y una no realización del derecho por el deudor. De ahí que aunque literalmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito diga en la hipótesis planteada que el delito se configura por la emisión del cheque presentado en tiempo “y no pagado por causa imputable al propio librador”, también lo es que el cheque cuya suma total no es cubierta, no ha sido pagado en términos jurídicos, pues queda una cantidad al descubierto que lesiona la seguridad del cheque y la confianza en su circulación (teoría formal) el peligro de una defraudación (criterio de Cuello Calón y Ceniceros) o que importe un beneficio indebido para el librador y un perjuicio para el tenedor (teoría del señor Lic. Becerra). Es por tanto inadmisibles este criterio que se apoya en una interpretación vulgar y no jurídica de la palabra pago, (medio de extinguirse las obligaciones). No extinta la suma total del cheque, porque sobrevive en parte, subsiste la obligación y existiendo los mismos motivos para la punibilidad del delito; que cuando no existe ninguna suma disponible, no se advierte cómo el Licenciado Becerra propugna por esta poco afortunada tesis.

2.—El mismo señor Licenciado Becerra afirma que el error de contabilidad por parte del librador excluye la responsabilidad “si el error consiste en una cantidad pequeña, en proporción al monto del cheque... pues claramente se demuestra que no hubo intención dolosa al expedirlo; no así cuando existe desproporción entre el monto del cheque y la provisión existente”. (*Op. cit.* pp. 40-41).

La doctrina dominante reconoce que el error esencial