

de hecho e inculpable elimina la responsabilidad, excepto cuando el delito puede ser referido a título doloso. (El error esencial, decisivo e inculpable, para Soler. (*Derecho Penal Argentino*, T. II. pp. 87 y ss. Véase Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal. T. I. p. 543) se vuelca sobre los elementos del delito o sus calificantes y evita el conocimiento y voluntad; por consecuencia, no cubre uno o varios de esos elementos o circunstancia y el sujeto no puede ser inculpado a título doloso. El Lic. Becerra olvida que el sujeto debe saber que está propinando arsénico a sus víctimas; que está disparando sobre una persona; que está poseyendo opio; que está pagando con moneda falsa; etc., pues de otra manera su delito-homicidio, lesiones será culposo, — o llanamente será inculpable.

Son cosas distintas la prueba del error, del error mismo y la configuración del delito también es diversa del daño causado. (Mezger, *Op. cit.* II, 91 y ss).

Ahora bien: si el librador cree fundadamente que está emitiendo un cheque con bastante provisión de fondos, su acción no es dolosa, ni para la concepción del delito formal ni para la del delito de resultado, porque el sujeto desconoce el hecho esencial delictivo que consiste en tener conocimiento y querer estar girando un cheque sin provisión de fondos; de manera que no pone en peligro la seguridad y la confianza en el cheque y en su circulación ni la posible defraudación, ni causa un perjuicio patrimonial, en mérito de que falta el elemento intelectual y por consiguiente el volitivo, indispensable para que la acción sea punible. ¡A menos que el delito pueda ser culposo!

Cómo se prueba lo fundado del error, es un problema que pertenece al derecho procesal y no al derecho substancial. Si hay una reducida suma de dinero que queda impagada ¿esto no se castiga porque los términos literales del Art. 193 lo prohíben, o no es punible porque se trata de un error?), el hecho permanece impune si prueban todos los antecedentes del acto, que el librador no quiso dejar al descubierto esa cantidad, — sea grande o sea pequeña decimos

nosotros. Así por ejemplo, los errores cometidos por el Banco al informa al cuentacorrentista sobre los fondos disponibles; el gran número de cheques emitidos en breve plazo, etc., etc., serán pruebas presuncionales respecto del error, lo que significa la ausencia del dolo, que lo es de la culpabilidad en relación con el delito del artículo 193.

3.—Para el Lic. Becerra, en la disposición aludida no se enmarca el cheque postdatado, el fecharlo falsamente o el emitirlo sin fecha con conocimiento del beneficiario o tomador; que tal cosa, dice, se desprende del tenor de los artículos 176 fracción II, 178 y 181 de la mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puesto que si la ley quiso que la fecha constara en el documento y que ésta fuese la correspondiente a su otorgamiento, así como que el documento es pagadero a la vista y debe presentarse dentro de los quince días siguientes a su emisión, (local) se concluye que todas las veces en que el cheque es datado falsamente, de modo que se le pone como fecha una posterior a la de su verdadero otorgamiento, tratase de una mención que se tendrá por no puesta y desde el día natural y siguiente al que lo tiene en su poder el beneficiario o tomador puede presentarlo para su cobro, de modo que si el artículo 193 sólo sanciona el libramiento del cheque que presentado en tiempo no es pagado, no comprende la simple emisión del cheque postdatado o con fecha falsa o sin fecha. (*Op. cit.* pp. 195 y ss.).

Sostiene el mismo autor en la segunda edición de su monografía, que: "quien suscribe un cheque postdatado garantiza la obligación que contrae, hipotecando su propia libertad" (páginas 201-202, y ya antes en el prólogo había asentado que el cheque postdatado entraña la prisión por deudas, aunque la reforma del artículo 178 de la Ley, convierte en válido este cheque; que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha admitido en numerosas ejecutorias (fallos visibles en el Tomo XC, página 1241, quejoso L. H. A.; Tomo XCI, página 688, quejoso D. A. E.; Tomo XCVI, Pág. 498, quejoso M. R. M.; Tomo XCIII, Pág. 145, quejoso A. Z. E.; unanimidad de cuatro votos; Tomo XC,

página 2285, quejoso M. Q. S., unanimidad de cinco votos y Tomo C., página 1859, quejoso L. M. A.) El Jefe del Departamento Jurídico del Banco Internacional de Comercio Exterior, S. A., termina el capítulo: "La contradicción en la jurisprudencia de la Suprema Corte, hace necesario pensar en una solución que impida precisamente la prisión por deudas civiles y salvaguarde a la vez el valor crediticio del cheque".

La previsión legislativa Argentina sanciona el hecho de desnaturalizar el cheque, es decir, de postfecharlo o darlo en garantía, a pesar de que en el Código Penal de ese País se sanciona la conducta prevista por nuestro artículo 193, pero agregándole el requisito de que transcurridas veinticuatro horas al impago, el librador no cubra el importe del cheque.

Gran mérito de los señores Ministros de la mayoría de la 1a. Sala de la Honorable Suprema Corte y del señor Lic. Becerra B., al afirmar que el artículo 193 no consiente la incriminación del cheque en garantía y del cheque post-fechado, porque aun siendo válido mercantilmente el documento, falta el elemento de la intención que las dos teorías de referencia suponen necesario para el delito. Entonces comenzaría a correr el término para la existencia del delito a partir de la fecha en que realmente debe ser pagado el documento y éste no es cubierto (ya total ya parcialmente). Si nos asimos a la teoría formal o de peligro, desde la fecha legal en que debe ser presentado para su cobro se ponen en peligro los bienes jurídicos aludidos o cuando se cometa fraude al enriquecerse el librador y perjudicar al beneficiario, según el Lic. Becerra.

El Sr. Lic. Becerra pone demasiado énfasis, sugerido por el ilustre Jurista Don Alberto Vázquez del Mercado, en afirmar que para estas hipótesis, la deuda es de carácter civil y considerar el hecho como delictuoso implica violar la norma prohibitiva del Artículo 17 Constitucional.

Si se cubre uno de los abonos de una cuenta entre prestamista y deudor con el cheque post-fechado o dado en garantía, al no ser cubierto falta el pago de una obligación civil y el cheque representaría el dolo civil de no pagar la deuda, ¿pero también el dolo penal de girar un cheque que se sabe no será cubierto? mas si el sujeto emite a secas el cheque en garantía o post-fechado para cubrir una primera exhibición de una deuda civil, lo puede consumir con el propósito deliberado de enriquecerse a costa ajena, o con la esperanza de poder pagar el importe antes de la presentación del cheque para su cobro a la Institución librada. Y si es, preguntamos, un donativo o un préstamo.

4).—Ahora bien: si el delito se consuma a partir de la fecha en que puede ser presentado para su pago, careciendo de fondos el librador, y porque el post-fechar el cheque es incluir una mención que se tiene por no puesta, resulta que carece de importancia el trato de cambio, que no importa la relación jurídica contenida en el cheque, sino exclusivamente conforme al derecho mercantil por la literalidad y autonomía del documento, tan solo tiene relevancia su contexto; de ahí que cuando la Ley habla de cheque girado y no pagado, sin hacer alusión al trato de cambio, no hay por qué involucrar la relación fundamental en un delito que no exige según sus elementos descriptivos, que se trate de pagar una deuda civil o que se trate de defraudar, porque no se protege con esta figura la lesión del patrimonio, sino la sola emisión del cheque sin provisión suficiente al ser presentado en tiempo legal para su pago. ¿Si una persona paga una deuda civil con una moneda que se sabe que es falsa, no podrá ser aprisionado por este hecho, en razón de que está prohibida la prisión por deudas civiles?

No creemos que el Sr. Lic. Becerra se atreva a sostener esto; tampoco pensamos que pueda afirmar que el que paga una deuda civil con la entrega de opio crudo que posee ilícitamente no pueda ser castigado, porque sería castigar con prisión las deudas de Derecho privado.

El Lic. Becerra agrega en un ambiguo elogio, que para la Procuraduría General de la República es coautor o cómplice del delito en estudio, el que a sabiendas toma un cheque sin fondos o lo endosa a otro, para garantizar una operación de agio o cualquier otro acto jurídico; que sin embargo, la misma Procuraduría se desmiente al aseverar que cuando el tomador de un cheque sin fondos, éste "exige que se aprisione al librador por una deuda puramente civil contra prohibición expresa del artículo 17 Constitucional", (Págs. 76, y siguientes), por lo que si el acto es civil y contrario al Artículo 17 de la Carta Fundamental no puede ser penal.

Se debe partir, independientemente de la tesis del delito formal o del delito de daño, de que el tomador del título a consecuencia del impago sufre una lesión de carácter mercantil patrimonial y por ende es al mismo tiempo sujeto activo de un hecho delictuoso, pues su conducta que se traduce en recibir un cheque a sabiendas de que no hay fondos para cubrirlo, (tendría malicia penal) y al mismo tiempo malicia civil. El delito del Art. 193 se consuma con el impago y el bien protegido es social, no individual; víctima no es el beneficiario, sino la Sociedad y el tomador aconseja (Aut Concilia . . .) o es coautor intelectual de la emisión del cheque en descubierto y contemporáneamente acreedor de derecho privado. Esta tesis, ha sido retomada de las sentencias del brillante Juez-Ministro don Luis G. Corona.

Ahora bien, que si se acepta la teoría del señor Becerra de que el delito es de resultado, la hipótesis no puede jamás presentarse.

5).—Por su parte el escritor, después de criticar las teorías expuestas por el Dr. Ceniceros y el Maestro Bustamante, desemboca en la teoría del delito de daño fundándose en que en el Derecho comparado sólo es delictuoso expedir un cheque cuando se comete un fraude y en la Legislación Penal Mexicana lo mismo ocurre; que en sus tér-

minos el Art. 193 exclusivamente sanciona la falta de pago del cheque, de manera que no hay delito si es pagado "por el girador al momento de su presentación"; que conforme a la doctrina el cheque es un instrumento de pago (diremos que también lo es conforme al Derecho Mexicano vigente), por lo que su aceptación por quien sabe que no se le hace un pago sino que se le garantiza una deuda, no concreta una lesión de Derecho Penal; que la postura por la cual la falta de cumplimiento de una deuda civil da origen a sanciones penales, es contraria al Artículo 17 del Pacto Federal; que la tesis formalista del Dr. Francisco González de la Vega "carece de fundamento científico y es contraria al texto del Art. 193, además de que contradice la tradición jurídica mexicana"; y que, "la tesis que alude al delito de peligro es contradictoria y pretende desconocer el texto del precepto al que quiere aplicarse". (Segunda Edición. Págs. 73 y siguientes).

Además, el Sr. Lic. Becerra repite anteriores afirmaciones de que el Art. 193 contenía para la pena un reenvío inconstitucional porque se aplicaba pena por analogía; no obstante como lo había yo destacado, esas argumentaciones ya no tienen vigor de *lege lata* ni de *lege ferenda*, porque las reformas a los Artículos 386 y 387, y la derogación del 389 del Código Penal, las dejan en el vacío. No hay pena por analogía. (*Op. cit.* pp. 98 y ss. 163-165, Palacios, *Criminalia*. Agosto 1951, P. 420. Palacios, *La exacta inexactitud*, *Rev. Jur. Ver.*— Enero-Febrero 1959).

Finalmente, para don José Becerra es necesario tomar en consideración que el delito en estudio es de daño y no formal, porque demostrado que son inaceptables las teorías del delito formal y del delito de peligro queda por exclusión; de lo cual se desprende que el Art. 193 "derogó, en lo relativo a cheques, la norma universal anterior que abarca a otros títulos de crédito contenida en el Art. 386 Fracción IV del Código Penal"; que el delito es de la competencia federal y que como soluciones pueden plantearse las siguientes:

Sanción con prisión o multa o ambas penas, para la expedición del cheque no pagado por carecer de autorización para disponer de fondos a la vista el librador, ¡por carecer de ellos al emitirlo! (?); “que el error aritmético no será punible si a juicio del Juez, se trata de un verdadero error y no de un acto defraudatorio”; al librador que disponga de los fondos durante el plazo legal, provocando el impago; al que expida cheques postdatados, sin fecha o con fecha anterior a su otorgamiento para garantizar obligaciones a plazo (¿y al que garantiza obligaciones que no son a plazo?); al que acepte un cheque postdatado o sin fecha, en garantía de una obligación a plazo (igual interrogante que el anterior); al que facilite un talonario propio para que en él se expidan cheques a su favor o en favor de tercero; al que endose o transmita un cheque postdatado, a sabiendas de esa circunstancia o de que el librador no tenía fondos al expedirlo; al que falsifique la firma del librador, de los endosantes o avalistas, los talonarios de cheques o las firmas de los beneficiarios, la firma de quien deba suscribir con el librador un cheque y su propia firma, (sic) poniendo en el cheque una firma que sabe que no está registrada en la Institución de crédito a cargo de la cual gira; al que modifique la ley de la circulación haciendo negociable un cheque que no lo sea, mediante la falsificación de la impresión respectiva

Es ya inútil referirse a las restantes argumentaciones del Profesor tales como las referentes a la crítica del delito formal, porque ya se han hecho anteriormente. Es suficiente, creemos, dirigirnos a los puntos fundamentales contenidos en las conclusiones aludidas (Págs. 224 y ss).

Desde luego, es pertinente hacer notar que el Profesor confunde los principios de la técnica legislativa al proponer que en un solo artículo se prevean todas las modalidades acotadas; porque el Lic. Becerra quiere se sancione con penas específicas la falsificación de la firma del librador, de los endosantes o avalistas, olvidando que tales hechos se encuentran previstos en la Fracción I del Artículo

244 del Código Penal del D. F., y porque siendo la falsificación un delito de peligro, que expone a la lesión el patrimonio de una persona moral o física y ataca al mismo tiempo la fe de los documentos privados, es inconcuso que no puede colocarse junto a las demás figuras delictuosas que propone el Lic. Becerra, y principalmente a la emisión de cheques sin provisión de fondos, que según él, integra un delito de daño, pues hay una neta separación de las figuras criminosas. Sobre todo, no tiene seriedad alguna eso de que en un mismo precepto legal se recojan delitos de daño, formales, contra el patrimonio y contra el peligro de lesión al patrimonio, contra la seguridad de la circulación etc., tan esencialmente heterogéneos.

Pretende, insistiendo en una equivocación añosa, que el error aritmético no será punible “si se trata de un verdadero error y no de un acto defraudatorio” demostrando que arrumbó la teoría jurídica del error, ya que con precepto o sin él, el error de hecho esencial e insuperable suprime la culpabilidad. Si así no fuese, habría que agregar esta prevención en cada uno de los Artículos que prevén figuras delictivas, entre las que el error aritmético pudiese funcionar. Que en el derecho civil los legisladores hayan cometido la imperdonable ligereza de decir que el error aritmético sólo da lugar a rectificación, no autoriza al Lic. Becerra a repetirlo, porque es obvio que el error aritmético, como error accidental que es, no vicia al contrato en su esencia y por ello no da origen a la anulación del pacto, sino a la modificación de la cláusula anómala, al estar prohibido el enriquecimiento indebido; mas en el derecho de castigar, el error aritmético por sí es irrelevante y sólo sirve como antes indicamos, de simple indicio en torno del error de hecho sobre los elementos e inculpable.

Es realmente poco laudable el contenido de la Fracción VI del Artículo que propone el Lic. Becerra (“al que facilita un talonario propio para que en él se expidan cheques a su favor o en favor de terceros”), ya que el hecho en sí no perjudica ni la circulación, ni la fe en el título,

ni entraña peligro de defraudación, ni afecta al patrimonio, sino cuando más la confianza que el Banco ha depositado en el cuentacorrentista al entregarle el talonario; de manera que es una anomalía de forma cuando se expide un cheque en talonario ajeno, en lugar de expedirse en el propio o en uno de ventanilla.

En cambio, es recomendable el contenido de la Fracción IV ("al que expida cheques post-datados, sin fecha o con fecha anterior a su otorgamiento, para garantizar obligaciones a plazo"), puesto que recoge, aunque mutilándola, la prevención equivalente — inciso IV del Art. 175 del Código Penal Argentino — en que se prevé la desnaturalización del cheque; de la misma manera el autor después de criticar acerbamente la teoría formal del delito del Art. 193 citado, propone (en las Fracciones II y III) la creación de normas que serían idénticas al contenido actual de dicho Art. 193; y porque combatida esa teoría formal, y enseguida, cual supuesto legislador el Lic. Becerra propone en prosa que se sancione la expedición de cheques no pagados por carecer de fondos el librador en el momento de emitirlo o cuando disponga de los fondos en el plazo legal, también evitando el pago, lo que integra precisamente el contenido del Art. 193 en las partes discutidas por el autor.

Es decir: el precepto legal vigente, según la doctrina mexicana dominante, creó un delito formal (o de peligro) que menciona en sus dos primeras hipótesis la emisión de un cheque impagado por carecer de fondos el librador desde la emisión, o por haberlos retirado dentro del plazo legal; y el Profesor propugna por un Artículo que contemple con IGUAL REDACCION QUE EL VIGENTE, lo que él ha combatido agriamente como prisión por deudas y dicho que contempla un verdadero delito de daño (fraude) comprendido ya en la Fracción VI del Art. 386 del C. P.; luego entonces, si está vigente el delito formal (Art. 193 L. t. y o. de c.) ¿por qué lo critica el Lic. Becerra para después querer que subsista? y si es de daño ¿para qué

darle nueva redacción, puesto que es hipótesis de fraude expresa, terminante, concreta? La escolástica o la ignorancia de la teoría general del delito hundió las elaboraciones del Lic. Becerra.

IV.—En cuanto atañe a la doctrina extranjera, la extensa monografía de Don Eugenio Cuello Calón ("la protección penal del cheque" 2a. 1949) ilustre jurista ibero, que recoge cuidadosamente todas las corrientes europeas con sus precedentes legislativos.

El estima que el cheque en descubierto, al igual que retirar los fondos, después de librarlo el girador, por persona no autorizada, bloquear su provisión o prohibir al librado el pago, el dado en garantía o post-fecha, el hecho circular dolosamente por el beneficiario o tomadores subsecuentes, lesionan "por una parte el interés general, público, relativo a la circulación fiduciaria del cheque, por otra el derecho patrimonial del tomador o tenedor víctima posible de una defraudación".

CAPITULO SEGUNDO

Ahora examinaremos las soluciones que ha dado la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, a cada uno de los problemas enraizados al tema del cheque sin provisión de fondos.

a).—La Jurisprudencia 325 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación, se ha pronunciado en el sentido sostenido por los partidarios de la teoría de la derogación. En efecto, ellos afirman en lo conducente que el Art. 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en materia de cheques deroga los elementos constitutivos de la fracción IV del Art. 386 (hoy del 387)