



## EL NUEVO TRATAMIENTO PENAL DEL CHEQUE SIN FONDOS

SERGIO VELA TREVIÑO

1. Las reformas que a leyes de contenido penal realizó el Poder Legislativo en el periodo ordinario de sesiones del año de 1983, han traído como consecuencia un tratamiento absolutamente novedoso entre nosotros al conocido fenómeno que se identifica con el nombre de cheques sin fondos. Lo mismo para el especialista en Derecho que para el lego, el solo mencionarse la expresión "cheques sin fondos" le da una inmediata asociación con un hecho perfectamente conocido, que es el del impago de un cheque por no tener el librador recursos disponibles en suficiencia.

A partir de la entrada en vigor de las reformas del día 12 de abril de 1984, porque según el Decreto que publicó las reformas entrarían en vigor 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación y este hecho ocurrió el 13 de enero del presente año, las cuestiones legales vinculadas con los cheques sin fondos tendrán que ser analizadas bajo una doble perspectiva, tal como lo trataremos en el punto 2 de este trabajo y atendiendo a las directrices señaladas por las citadas reformas.

Al entrar en vigor las reformas en la fecha indicada habrán de presentarse casos en los que la ley tendrá que ser aplicada en forma retroactiva, por ser favorable el nuevo contenido de las normas aplicables para quienes hayan realizado la conducta que antes era punible y ahora no lo es más. Lo que antes era típico y punible, es conforme a las nuevas formas, atípico e impune.

No tenemos duda alguna en que la nueva legislación aplicable vaya a ser motivo de diversos estudios e interpretaciones. Nuestra intención al realizar este análisis se reduce al interés que tenemos en exponer públicamente nuestra manera de entender e interpretar los nuevos textos, para colaborar a formar un criterio que resulte aceptable mayoritariamente.

2. Las cuestiones en las que se involucre un cheque devuelto por falta de fondos se han de ver a partir de la entrada en vigor de las reformas, bajo una de las dos siguientes perspectivas:

- a) Como hechos carentes de relevancia penal, por ser atípicos, y
- b) Como una forma diferente de presentación de los fraudes llamados específicos.

Cada una de estas alternativas está fundada en los nuevos textos y tratamientos dados por la reforma penal de 1984. Los efectos son, evidentemente,

diferentes para cada uno de los citados casos, ya que en uno no hay delito y en el otro el delito sí existe.

Creemos conveniente desarrollar, por su orden, los dos temas planteados, para que se conozca nuestra posición y, especialmente, para que en el caso del nuevo delito de fraude, se puedan ir fijando criterios para la interpretación de los artículos correspondientes del Código Penal reformado.

3. En cuanto se refiere al caso en que deja de existir como delito el hecho del libramiento de cheques sin provisión de fondos, la base normativa aparece consignada en el artículo 6º del Decreto de 13 de enero de 1984, que dice que:

“Se deroga el párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.”

El párrafo ahora derogado decía lo siguiente:

“El librador (se refiere al del cheque presentado en tiempo y no pagado) sufrirá, además la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librador.”

Es claro que en este párrafo ahora derogado se contempla tres formas diferentes de cometer un delito; en primer lugar por librar un cheque sin tener fondos disponibles al realizar el acto del libramiento; en segundo por disponer de los fondos que hubiere tenido y que tendrían que haber sido suficientes para cubrir el cheque, antes de que transcurriera el plazo de presentación legal del cheque librado, en la inteligencia de que la disposición de fondos tiene que colocar a la cuenta contra la que se realizó en libramiento con un saldo inferior al monto del cheque y, en tercer término, que el librador haya carecido de autorización para librar el cheque en cuestión.

Las tres hipótesis típicas mencionadas en el párrafo anterior, fueron las que, en su conjunto, integraron la polémica figura del delito de libramiento de cheques sin fondos.

En pocos temas se ha visto tan acentuadamente, lo variable de los criterios e interpretaciones de los textos legales, como en este artículo 193, segundo párrafo de la L.G.T. y O.C. La doctrina y la jurisprudencia, especialmente ésta, recorrieron todos los caminos para interpretar el mismo texto. Se pasó desde el delito de resultado material equiparable al fraude y con las penas imponibles a éste, hasta un tipo especial, en el que el resultado se producía en forma jurídica. Cuando se empezaron a debatir a fondo estas cuestiones, quien libraba un cheque sin fondos era sancionado con las penas del fraude de entonces (3 a 12 años de prisión si el monto era superior a \$3,000.00); esto hizo que se tratara de defender siempre al librador responsable sobre la base de que el cheque había sido dado en garantía de un crédito y no con poder liberatorio, con lo cual se alcanzaba una impunidad en el caso concreto.

Luego, ante los arreglos no muy diáfanos para la administración de justicia, que propiciaban estas interpretaciones, se sostuvo el criterio de que al desnaturalizarse el cheque y convertirlo en instrumento de crédito, se cometía el delito por quienes intervenían, dando y recibiendo el título. Con ello, beneficiario y librador se veían envueltos en un proceso penal, con lo cual se cerró la puerta que antes se había abierto.

Sin embargo, ante el número cada vez más elevado de procesados y condenados por un hecho tan frecuente, los intérpretes de la ley sintieron la necesidad de dar la oportunidad para que la justicia funcionara, sin llegar al extremo de dañar en forma trascendental a los ciudadanos. Para ello se valieron de una tesis interpretativa según la cual la pena aplicable al delito era la vigente en la época de promulgación de la L.G.T. y O.C. (Seis meses a seis años de prisión) y no la correspondiente a la época de consumación del delito. Con ello los tratamientos legales privilegiados funcionaban, ya que siempre procedía la libertad provisional y la pena ya individualizada podía ser substituida o cumplida en libertad condicional.

Contemporáneamente se sostuvo el criterio de que no era este delito de daño, sino uno especial en el que el bien jurídico era la seguridad de la circulación del cheque; con esta idea, nunca se condenaba a un reo a pagar el importe del cheque, sino que se dejaba expedita la acción reparadora para ser ejercida en la vía civil o mercantil.

Hemos hecho una rápida revisión de las variantes que habíamos comentado con la idea de evidenciar que esta figura típica ahora derogada, nunca estuvo claramente definida. En la última época, es decir de 1976 a 1982 se acentuó más esta confusión cuando el órgano persecutor federal auspiciaba y propiciaba arreglos entre los interesados y se abstenía de ejercitar la acción penal cuando se había reparado el daño, bajo una extraña idea de que el denunciante carecía de interés jurídico para continuar con la averiguación de los hechos ya puestos en conocimiento del Ministerio Público Federal. Se hizo una total abdicación del imperio de la ley en favor de los intereses privados y si no se produjeron actos de repulsa a esta posición, evidentemente ilegal, fue porque en el fondo, todos estábamos convencidos de que el delito del libramiento de cheques sin fondos era obsoleto e inadecuado como estaba en la ley.

Con este último procedimiento extraño, se llegó a una descriminalización del cheque sin fondos, pero en forma ilegal y hasta pudiera decirse que pintoresca, porque se resolvían en forma práctica problemas que debieron haber sido tratados con reformas legales.

Una nueva línea de pensamientos hizo que la descriminalización realizada prácticamente se llevara adelante en forma legal y por evidentes razones de práctica criminal. */política*

En efecto, hay una parte importante de la sociedad mexicana que interviene en operaciones mercantiles, que usa el cheque como instrumento crediticio y no liberatorio. Es la propia sociedad, especialmente en el norte de nuestro país, la que acepta que el cheque puede funcionar en forma diferente a como los teóricos del Derecho Mercantil pretenden. El cheque,

histórica y legalmente, pretende ser un substituto siempre eficiente del dinero en efectivo. Al librar un cheque se pretende equipararlo al hecho de entregar billetes de curso legal. Este es, sin embargo, una hipótesis de la ley que choca con la realidad nuestra, ya que hemos aceptado al cheque sin esa equivalencia al dinero y lo hemos convertido en título de crédito. Bien o mal, por lo cierto es que esto es lo que ocurre y de ello resulta una incongruencia entre la ley penal y la realidad en la que se aplica. Si el Derecho Penal pretende ser un medio de orientación social y aplicarse sólo como última de las medidas disponibles, en el caso del cheque esa función subsidiaria no se cumplía, porque ni se obtenía una orientación en un sentido determinado del comportamiento social, y tampoco sus medidas se aplicaban como último recurso. Había un absoluto divorcio entre la ley y la realidad social y ya se sabe que la política criminal sugiere que sea la ley la que se adecue a la sociedad y no ésta a aquélla. Cuando la ley penal va contra el sentimiento social, se convierte en una ley tiránica e inoperante.

Por otra parte, los cambios sufridos en la interpretación en lo tocante al bien jurídico que el tipo del 193 protegía, estaba produciendo profundas insatisfacciones entre los miembros de la comunidad. Cuando se fijó el criterio imperante inmediatamente antes de la reforma de 1984, se estableció que el bien jurídico que se tutelaba era el de la seguridad del cheque en cuanto a su poder liberatorio; ya no era un delito de daño al patrimonio, como antes se había sostenido. Como consecuencia de esta variación resultó que en todo delito de cheques sin fondos el librador era condenado, pero el beneficiario del cheque no resolvía problema alguno, porque dada la naturaleza del bien jurídico, no podía haber condena a la reparación del daño, porque tal daño no se había causado.

Es evidente que en estas condiciones, quienes habían acudido ante las autoridades competentes buscando resolver sus controversias, sufrían una grave frustración a la conclusión del procedimiento penal, ya que este era el momento en que se les decía que debían acudir a la instancia civil para obtener el resarcimiento del daño sufrido. Era motivo de profunda insatisfacción llegar a la conclusión de que se había perdido lamentablemente un tiempo siempre valioso. Al particular, salvo raras excepciones, no le es especialmente interesante el problema de la política criminal del Estado; lo que pretende es que el Estado, en forma expedita, satisfaga sus justas pretensiones. Esto no ocurría en el caso del delito del 193 de la L.G.T y O.C. con el consecuente deterioro a la confianza que debe tener la sociedad en su aparato de administración de justicia.

Al descubrir el beneficiario del cheque devuelto sin fondos el arma poderosa que había sido puesta en sus manos, se inició una actividad que puede llamarse de amenaza legal. Ciertamente, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue cerrando más cada vez la posibilidad de defensas que pudieron traducirse en absoluciones, los particulares beneficiarios de los cheques y sus abogados, empezaron a manejar la amenaza de formular la denuncia del caso, de la que era seguro que vendría una sentencia condenatoria.

Más aún, los tan frecuentes casos del deudor que había girado dos o más cheques a favor de la misma persona permitían acentuar el riesgo, porque manejados adecuadamente los plazos procesales y los tiempos reales, dependía del beneficiario o eventual denunciante el que alguien pudiera ser tenido como delincuente reincidente, con las gravísimas consecuencias legales que ello lleva consigo.

Como es natural, la llamada amenaza legal se manejaba para obtener un beneficio económico, más allá de lo que la ley, civil o mercantil autorizan. La ley, en estas condiciones, quedaba supeditada a intereses bastardos y un aspecto tan trascendental para el reo, como lo es la reincidencia, dependía igualmente de la habilidad e imaginación de los beneficiarios de los cheques. Quien perdía, indudablemente, era el valor de seguridad que la ley debe garantizar y por ende la sociedad toda.

Los tribunales federales penales y la propia Procuraduría General de la República tenían una sobrecarga de trabajo, agudizada por los efectos de la crisis económica, ya que cada vez proliferaban más los libramientos de cheques, porque el público encontró sólo una fuente de crédito y financiamiento distinta a las tradicionales y, desde luego, más barata aun cuando más riesgosa, según se ha visto.

Para cualquiera debe resultar claro que el tipo de delito contenido en el párrafo segundo del 193 de L.G.T. y O.C. ya no cumplía función alguna que justificara su permanencia en los ordenamientos penales. Mejor podría afirmarse que la función que cumplía era dañina para la sociedad, la ley y el sistema de administración de justicia.

Al venir en la forma expresa que hemos anotado la derogación, se cumple con un proceso natural de adecuación entre la ley y la sociedad.

4. Las consecuencias legales del acto derogatorio de 193 L.G.T. y O.C. pueden analizarse desde tres puntos de vista, conforme lo dispone el artículo 57 del Código Penal Federal. Este artículo dice así:

"Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba se pondrá en absoluta libertad a quienes se esté juzgando y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstos y los procesos debieran producir en lo futuro".

Los tres citados puntos de perspectiva serán tratados en forma separada.

a) Todos aquellos que hubieren librado un cheque que ya haya sido devuelto por alguna de las causas señaladas en el 193 ahora derogado, o que sea devuelto ya estando en vigor la reforma, quedan fuera del Derecho Penal, porque ya no hay una ley que describa como delito el hecho realizado. Al faltar la ley contenedora del tipo, estamos ante la presencia de una ausencia de tipo [especial valoración del legislador.

Ni siquiera bajo el enfoque del nuevo tipo del 387 - XXI del Código Penal sería contemplable el caso antes citado por la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente y en perjuicio de alguien la ley penal. En este caso, como luego se precisará, habrá de estudiarse el momento consumativo del delito nuevo, para saber si ocurrió antes de la entrada en vigor de la reforma, o después. Esta cuestión tendrá que verse según cada caso concreto y, desde luego, con satisfacción de todos los otros elementos del tipo.

Lo cierto es que el tratamiento hecho del libramiento de cheques sin fondos, sin causar perjuicio económico y atentando contra la naturaleza jurídica del cheque, ya no es delito, por lo que este primer aspecto, insistimos, queda fuera del Derecho Penal;

- b) Las personas que están siendo procesadas por el delito del 193 L.G.T. y O.C. tienen que ser puestas en inmediata y absoluta libertad y sin necesidad, siquiera de un procedimiento especial.

Conforme a nuestro sistema de enjuiciamiento, todo proceso se seguirá por el delito o delitos por el que se haya dictado auto de formal prisión. Este auto es el que se denomina cabeza del proceso y marca y fija tanto el principio de la etapa del proceso como el delito sobre el que versará. En todo caso en que haya abierto un proceso por el delito previsto en el 193 de L.G.T. y O.C. debe de inmediato procederse a decretar la libertad absoluta del procesado. No cabe en este caso cambiar la clasificación del delito, para dictar un nuevo auto conforme al 387 - XXI, porque los hechos constituyen uno y otro tipos son diferentes y, además, requiere con apego a nuestro sistema acusatorio, que el Ministerio Público ejercite la acción por los nuevos hechos.

Quien está siendo procesado deber ser puesto en libertad y esto alcanza a todos los casos en que aún no exista sentencia ejecutoria, como sería el del proceso en apelación o en amparo directo. Si no hay definitividad en la sentencia hay proceso y dado esto, procede aplicar el artículo 57 del Código Penal.

- c) Quienes hayan sido condenados y estén cumpliendo o hayan cumplido la sentencia impuesta, tienen pleno derecho a que cese la etapa de cumplimiento y queden sin efecto alguno las consecuencias que trae consigo una sentencia condenatoria.

Si el individuo está cumpliendo la condena impuesta, de inmediato debe dejar de hacerlo y obtener del juez la declaratoria de libertad total y absoluta; si ya ha cumplido, su derecho consiste en que se hagan las anotaciones necesarias en todo tipo de registros, controles y concentración de antecedentes, para que se inscriba que no se está ante un delincuente. Esto tiene especial significación para los tratamientos privilegiados que nuestra ley da a los delincuentes primarios; en efecto, si alguien fue condenado por el delito ahora derogado y comete otro delito, seguirá siendo delincuente pri-

mario, porque cesan los efectos que en el futuro debiera producir la sentencia condenatoria.

5. La derogación que contiene el artículo sexto del Decreto de 13 de enero del presente año es expresa; no hay ni debe haber duda alguna en cuanto a que las tres hipótesis típicas que menciona el párrafo segundo del 193 de L.G.T. y O.C. dejan de ser delictuosas.

Esto hace plenamente aplicable el artículo 57 del Código Penal, porque se está en el caso de que una ley nueva, la contenida en el citado Decreto, quita a un hecho determinado el carácter de delito que otra anterior le daba.

Mencionamos esta circunstancia porque sostenemos que al sobrevenir la derogación y desaparecer el tipo concreto, ciertas conductas, que eran valoradas como típicas y por tanto portadoras en principio de antijuridicidad o ilicitud, se vuelven absolutamente lícitas para efectos penales. Sabemos que al Derecho Penal liberal interesan solamente aquellas conductas que en hipótesis típicas hayan sido valoradas por el legislador como delictuosas, por ser contrarias al Derecho. Si un criterio valorativo diferente elimina la condición de tipicidad, no hay, en principio interés alguno del Derecho Penal en tales hechos y conductas; quiere con esto decirse que se trata de conductas inocuas para efectos penales.

Sin embargo, puede haber quienes sostengan que no se está ante una derogación expresa, sino ante una variación en el tipo en este caso del 193 L.G.T. y O.C. Pensamos que no asiste la razón a quienes tal criterio sustentan, porque, como lo veremos en los siguientes puntos, el nuevo tipo de fraude contenido en la fracción XXI del 387 del Código Penal, es totalmente distinto al anterior 193 L.G.T. y O.C. Respecto del Decreto de 13 de enero de 1984, lo correcto es afirmar que un delito especial contenido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha sido derogado; en tanto, al Código Penal se adiciona un nuevo delito de fraude específico que tiene con el derogado de la Ley especial la similitud del medio comisivo, pero en realidad, se trata de una figura absolutamente distinta.

6. El acto derogatorio de la L.G.T. y O.C., que como hemos visto es razonado y razonable, no significa que el Estado deje de interesarse radicalmente en el fenómeno real del libramiento de cheques sin provisión de fondos. Por lo anterior, en el mismo Decreto se hace inclusión de un nuevo tipo, el contenido en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, que pone de manifiesto que el legislador nacional hace un nuevo y actualizado análisis del cheque sin fondos y le da un tratamiento diferente al que antes establecía la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De ser un delito contenido en una ley especial, ahora el libramiento de cheques sin provisión de fondos es incorporado como figura típica en la Parte Especial del Código Penal. No se trata de una mera reubicación del tipo, sino de un nuevo criterio en el que la antijuridicidad queda delimitada en el tipo que se crea, con diferentes enmarcamientos, desde varios aspectos. Cambia la clasificación en orden al resultado, la naturaleza del bien jurídico que se protege, la sanción aplicable y otros aspectos.

En síntesis, hay una nueva forma de tratar penalmente al cheque sin provisión de fondos, que implica la fijación de un criterio legislativo diferente. Puede decirse que el delito, amplio y confuso del 193 de la L.G.T y O.C., ha sido derogado, pero el hecho del libramiento de los cheques sin fondos tendrá contenido penal cuando coincida plenamente con la nueva hipótesis típica. No se trata, en el caso, de un tipo que substituye a otro, sino de un tratamiento legal bajo condiciones radicalmente distintas.

Estas afirmaciones deberán quedar justificadas en lo subsecuente de nuestro trabajo que, para su continuidad, requiere que transcribamos el nuevo tipo, ubicado ahora, como antes se expuso, como una fracción adicional, la XXI, de las formas específicas de fraude que contiene el artículo 387 del Código Penal, aplicable a toda la República en materia federal y al Distrito Federal en materia común.

Dice así la fracción XXI de 387:

Artículo 387. "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán. . . XXI. Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Las instituciones, sociedades nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los organismos Oficiales y Descentralizados, autorizan legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX".

Hemos hecho la anterior transcripción tomándola literalmente del *Diario Oficial* correspondiente al viernes 13 de enero del 1984. Queremos destacar que el último párrafo transcrito, nada tiene que ver con el nuevo tipo de la fracción XXI del 387, ya que se refiere a una excepción de constituir un depósito obligado, que se menciona como delito distinto en otra fracción del 387. La deficiente redacción establecida en el Decreto habrá de propiciar confusiones, pero queremos dejar claramente afirmado que ese último párrafo no tiene relación o vinculación con el tipo de fraude que vamos a tratar. La razón de la inclusión, como si fuera continuación de la redacción del tipo, se encuentra, según nosotros, en que tal párrafo se ubicó en la misma parte final, pero en forma más propicia para la confusión. En realidad, el tan mencionado párrafo deberá estar en la parte final del artículo 387-XXI, que es donde aparece congruente el texto.

Antes de proceder al análisis del nuevo tipo, queremos también dejar asentado que el anterior 193 de la L.G.T. y O.C., manejaba tres hipótesis típicas, como se expresó en el punto 3 de este trabajo, mientras que ahora son dos las que se integran en el 387 - XXI. Esto será tratado con más detalle al ocuparnos de la conducta punible, pero lo cierto es que ahora el disponer de los fondos antes de transcurrido el plazo de presentación del cheque ha dejado de ser conducta punible.

7. Como cuestión previa, es de especial importancia dar al tipo que hemos transcrito su correcta identificación en cuanto a la naturaleza del bien jurídico que tutela.

Ya se sabe que en cada tipo tiene que haber un interés jurídico que hay que proteger y que ese interés o bien, es en realidad lo que justifica la existencia del tipo. Tipo sin bien o interés jurídico es absolutamente incomprendible, ya que son los intereses o bienes jurídicos los que dan razón de ser y contenido propio a los tipos particulares. El delito es en este orden de ideas, un hecho típico y culpable dirigido a la lesión de un bien jurídico, lo que confiere al Derecho Penal su característica de ser teleológico. El valor tutelado por la norma típica es puramente jurídico, ya que crea una vinculación entre el mundo del Derecho y el comportamiento humano. Antes de ser valor o bien jurídico, lo que la norma protege es valor social que, cuando adquiere su máxima importancia dentro de una escala cualitativa, emerge como bien jurídico penal.

Los bienes que el Derecho Penal protege son precisamente aquellos a los cuales el legislador otorga la más elevada significación, por lo que es indispensable, en cada caso, saber cuál es el bien protegido, porque ello habrá de simplificar los criterios de interpretación que permitan encontrar respuestas congruentes y uniformes a los casos concretos de iguales características. El método teleológico de interpretación significa un esfuerzo para orientar la atención hacia el bien jurídico tutelar por la norma y por tanto, hacia un fin concreto.

Lo que el tipo actual de la fracción XXI del 387 pretende proteger es el patrimonio de las personas.

Para sostener este criterio partimos de la base que más proporciona la ubicación del tipo dentro del Código Penal, es decir como una de las formas específicas de defraudación ya que el nuevo delito está dentro del Título correspondiente a los delitos que se cometen contra las personas en su patrimonio. (Título 22º del Libro Segundo del Código Penal.)

De esto parece no haber duda posible puesto que además de la evidencia que proporciona la ubicación en el catálogo de tipos, hay que mencionar el contenido del párrafo segundo del 387-XXI que hemos transcrito y que se refiere al hecho especialmente valorado, en el sentido de que la conducta solamente será punible en aquellos casos que revelen que el autor o agente tenía como finalidad el hacerse ilícitamente de algo o alcanzar un lucro indebido.

Estos dos aspectos, la obtención ilícita de algo y el alcance del lugar son características de los fraudes que menciona el artículo 386 del C.P. y de un claro contenido patrimonial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el llamado fraude genérico ha sostenido, con razón, que lo que da la identificación patrimonial al fraude es, precisamente, el fin perseguido con el empleo del engaño o el aprovechamiento del error, como medios comisivos únicos. Si el engaño o el aprovechamiento del error no son causalmente vinculables con el lucro obtenido o el beneficio alcanzado, no habrá delito patrimonial.

Ideológicamente, por otra parte se ha querido hacer una distinción esencial al quitar al delito de libramiento de cheques sin fondos lo formal que era bajo el tipo del 193 L.G.T. y O.C., para llevarlo al campo de los delitos que deben afectar al patrimonio para ser punibles. Esto es claro si se piensa en que el párrafo segundo del 387-XXI hace énfasis en el aspecto patrimonial que involucra el acto del libramiento.

Aquellos casos en los que el cheque se daba para garantizar un adeudo, postfechado o antedatado, los otros en los que era medio para probar la existencia de una obligación, o los extremos en que el cheque se expedía como broma, ya no son delictuosos, porque el fin perseguido al librarlo no es el de obtener un lucro indebido o hacerse ilícitamente de algo. Por el contenido íntegro del tipo actual y su ubicación en el Código Penal, en una correcta interpretación teleológica, hay que concluir que el bien jurídicamente protegido lo es el patrimonio de las personas.

8. Una vez precisado el bien jurídicamente protegido por el nuevo tipo acuñado por el legislador nacional, es menester que nos refiramos a la conducta que le caracteriza, ya que conforme a nuestro esquema de delito es la conducta el primero de los elementos integrantes del concepto.

Sabemos que los delitos se pueden cometer, en orden a la conducta haciendo lo que la ley prohíbe u omitiendo lo que ella manda. Esta es la conceptualización del artículo 7º del Código Penal al afirmar que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En el caso concreto, si el tipo nos dice que "al que libre un cheque. . ." con satisfacción del resto de los elementos y condiciones se le impondrán las penas del fraude, es obvio que la conducta consiste, en esencia, en el acto de librar un cheque y reduciendo esto al verbo, es el librar lo que se sanciona. Este comportamiento de librar un cheque, solamente puede ser realizado en forma activa, por la naturaleza misma de la conducta total descrita en el tipo. No es concebible una omisión que implique libramiento, por lo que podemos afirmar que la conducta en el caso del 387-XXI, es necesariamente activa y solamente en esta forma es presentable.

La forma omisiva es imposible y por tanto, siempre tendrá que haber el acto material del ejercicio de la acción de "librar".

Dentro de este mismo tema, en condiciones que requieren un especial destacamiento, hay que referirnos al contenido que en cuanto a la culpabilidad ha de tener el acto del libramiento, porque aquí es donde se ubica la más

importante y trascendente de las modificaciones a la punibilidad del cheque sin provisión de fondos.

Nos referimos a la siguiente: el acto de librar un cheque que es devuelto por alguna de las causas señaladas en el tipo no siempre satisface la conducta punible. Esto sólo ocurre cuando el libramiento haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

En estas condiciones la conducta (el acto de librar el cheque) es necesariamente dolosa, porque tiene que estar impregnada por la finalidad que consigna la ley. La figura del libramiento queda así integrada por el acto mismo, de sentido positivo, por el que se realiza la materialidad del librar, mas la razón que genera tal comportamiento, que es de contenido eminentemente doloso e implicando el perfecto conocimiento de que está actuando contra el derecho, puesto que se pretende obtener algo "ilícitamente", o alcanzar un lucro "indebido".

Para concluir nuestras observaciones en lo relativo a la conducta tenemos que ocuparnos también del resultado. Es sabido que en materia delictuosa, el resultado puede presentarse en dos formas distintas, en lo básico. Una de tales formas es la que se produce cuando se altera el bien jurídicamente protegido por causa de la conducta realizada. Casos de esta naturaleza pueden ser, el homicidio que altera a la vida previa y el daño en propiedad ajena, que modifica estructuralmente al patrimonio. El segundo caso se da cuando el bien jurídico que se pretende proteger queda expuesto a un peligro que la ley trata de evitar. En estos casos, como ocurre en el abandono de personas o el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, hay una desprotección, sin modificación del bien jurídico.

En nuestra opinión, el nuevo tipo del 387-XXI que como hemos dicho protege al patrimonio, no requiere que se afecte a alguien en su patrimonio para quedar integrado en cuanto al resultado.

Aun cuando se trata en estos casos, según antes vimos de una forma adicional de proteger a las personas en su patrimonio, no parece que sea requisito para la integración del tipo que se produzca un resultado material, consistente éste en la disminución del patrimonio de la víctima, que lo es el beneficiario del cheque, como consecuencia del acto del libramiento.

Sostenemos este criterio porque la nueva tipificación dice, según el transcrito párrafo segundo, que lo que hace punible el acto del libramiento del cheque rechazado es el fin perseguido al librar el cheque. No se señala en el texto legal que el fin perseguido se alcance, para que el tipo se integre. No se dice que sea necesario que el agente obtenga el lucro o se haga de la cosa; la punibilidad queda encasillada en la motivación del libramiento. Si se alcanza o no el fin perseguido es cuestión ajena al tipo actual, si lo analizamos exhaustivamente.

No es anormal esta clase de ideas; en el fraude por simulación (387-X) se imponen las penas del fraude por pretender obtener cualquier beneficio indebido, independientemente que se logre la pretensión.

Con lo anterior queremos apuntar que el criterio del legislador en 1983 parece haber sido el que aquí estamos exponiendo, ya que de haberle que-

ruido dar al tipo una significación y alcances diferentes podía haber omitido el párrafo segundo que comentamos, o haberle agregado "si tal fin es alcanzado" o alguna fórmula parecida.

No dudamos que este criterio nuestro pueda ser rebatido y que se haga una interpretación distinta. Para nosotros es clara la situación y está basada en la mejor de las interpretaciones, como lo es la gramatical.

9. Dentro de la descripción típica actual únicamente pueden darse dos hipótesis distintas y no tres, como antes se planteaba en el derogado 193 de la L.G.T. y O.C.

Una vez que se ha librado un cheque, es necesario, para poder pensar en la existencia de un delito, que él sea rechazado por la institución librada o por la sociedad nacional de crédito. Es perfectamente sabido que sólo esta clase de entidades, llamadas sociedades nacionales de crédito en general y por excepción instituciones de crédito con función bancaria de cuenta corriente de cheques, puedan manejar tales cuentas de cheques y expedir los talonarios o cheques con las condiciones formales para que signifiquen que se trata precisamente de cheques.

La institución o sociedad librada, que maneja la cuenta contra la que se expide el cheque, puede rechazar el pago del mismo únicamente por dos razones, para que se piense en la integración de un delito. Ellas son:

- a) Rechazo del pago por no tener cuenta el librador, y
- b) Rechazo del pago por insuficiencia de fondos en la cuenta.

Cualquier causa de rechazo distinta a las consignadas carecerá de relevancia para los efectos del 387-XXI, porque el tipo excluye toda otra posibilidad de acuerdo a su redacción.

Por vía de ejemplo puede citarse varios casos. Si el rechazo es debido a que la firma no corresponde con la registrada como la del librador; si hay orden de suspender el pago de cheques librados contra la cuenta existente y que tiene fondos; si el librador ha dispuesto de los fondos, que eran suficientes al librar el cheque y muchos otros, no habrá integración del tipo del 387-XXI, porque éste sanciona sólo las dos causas de rechazo que hemos citado en los incisos a) y b). Tal vez puedan darse como los utilizados para ejemplificar, formas genéricas de defraudación, pero lo relevante para nosotros es, dada la índole de este trabajo, que se da el tipo del 387-XXI.

Profundizando en estas dos hipótesis, vale la pena señalar que el primero de los casos, relativos a la inexistencia de la cuenta contra la cual se libra el cheque no presenta problemas técnicos legales o fácticos de especial significación. Para la integración del tipo debe bastar la prueba, por los medios señalados por la ley, por la que se acredite el hecho negativo consistente en la inexistencia de cuenta (ver punto 10).

En cambio, la segunda de las hipótesis sí se presenta llena de problemas de interpretación y, en su caso, de pruebas idóneas para probar la insuficiencia de fondos. Aun cuando el artículo 387-XXI se refiere a la certificación de inexistencia de la cuenta o la insuficiencia de fondos, éste no debe entenderse

en forma drástica y con jerarquía de prueba plena. Primero porque si se acepta el máximo alcance que el texto legal sugiere, "el personal específicamente autorizado" para certificar habría resuelto cuestiones que son propias y exclusivas de la autoridad judicial y, por otra parte, que la propia ley dice que el acto del rechazo tiene que ser realizado en los términos de la legislación aplicable.

Este último equivale a la creación de un tipo que el juez tiene que completar, acudiendo a las disposiciones contenidas en la ley aplicable.

Ahora bien ¿Cuáles son estas disposiciones? Desde nuestro punto de vista son aplicables las normas que regulan al cheque contenidas en la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que se vinculan con la naturaleza del cheque, capacidad para librarlo, condiciones para pagarlo y obligaciones temporales.

Veamos separadamente estos aspectos, en su orden.

- Para que un título o documento sea considerado legalmente como cheque y de ahí surjan las consecuencias del caso, debe contener todos y cada uno de los requisitos que señala el artículo 176 L.G.T. y O.C.; en efecto, si la figura que analizamos se refiere al "cheque" y la ley penal es de aplicación estricta, es evidente que para que haya comprobación del delito en su corporeidad, se requiere, en primer lugar, que exista un cheque. Solamente la citada ley da la precisión sobre lo que es, legalmente referido, un cheque.
- Los cheques solamente deben ser librados por quienes tengan autorización legal para ello. En este sentido, resulta aplicable el párrafo segundo del artículo 175 de la propia L.G.T. y O.C. que señala, como imperativo, que los cheques deben ser librados por los autorizados para ello y poseyendo fondos suficientes. La nueva redacción del 387-XXI no señala como hipótesis típica la correspondiente a los casos en que el librador del cheque carece de autorización para realizar el libramiento; esto significa que no se dará el caso del fraude específico de la fracción XXI en el supuesto de que el hecho ocurra en tal forma, pero podrá haber fraude genérico o el específico de la fracción II del 387. Esto es natural, si tomamos en cuenta que el caso de la fracción XXI es de un nuevo tratamiento al fenómeno del cheque sin fondos.
- Por su propia naturaleza el cheque debe ser pagado a la vista y a su simple presentación; de esto se ocupa el artículo 178 al establecer que en la cuenta contra la cual se libra el cheque debe haber disponibilidad de fondos para cubrir el cheque librado para que éste pueda ser pagado a la vista. El concepto del pago que debe ser hecho a la vista está perfectamente identificado por los usos bancarios y consiste en que sea cual fuere el momento en que el cheque se presente para ser pagado, si hay fondos, la institución o sociedad nacional de crédito librada, debe proceder al pago en forma inmediata.

en casos  
no

- Con esta idea, pueden y deben pagarse cheques que hayan sido expedidos estampando una fecha posterior a la real del libramiento, o inclusive sin fecha. Insistimos en que habiendo fondos suficientes, el cheque debe ser pagado a su simple presentación y esto quiere decir que es pagadero a la vista.
- A pesar de lo antes dicho y para los efectos penales, el tiempo de presentación tiene una elevada significación, ya que el librador del cheque no tiene la obligación ilimitada en cuanto al tiempo de mantener la cuenta contra la que se hizo el acto del libramiento provista de los fondos suficientes.

La obligación en cuestión está sometida a las temporalidades que marcan los artículos 181 y 192, que dicen así:

#### ARTICULO 181

Los cheques deberán presentarse para su pago:

- I. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;
- II. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;
- III. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y
- IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

#### ARTICULO 192

Las acciones a que se refiere el artículo anterior (se refiere al 191) prescriben en seis meses contados:

- I. Desde que concluya el plazo de presentación, las del último tenedor del documento, y
- II. Desde el día siguiente a aquél en que paguen el cheque, las de los endosantes y las de los avalistas.

Con base en estos preceptos podemos afirmar que si el cheque es rechazado fuera de los mencionados límites temporales, podrá haber realización de un acto ilícito, pero no ilícito penal, porque la remisión del tipo del 387-XXI a las leyes aplicables autoriza a sostener una opinión como la dada.

Estas son, según nuestro entender las leyes aplicables para el caso del nuevo delito. Desde luego, no podemos dejar de mencionar que se trata de un tipo abierto cuya constitucionalidad puede ser discutible, puesto que tienen que ser los jueces, al resolver los casos concretos quienes integren el tipo al interpretar acerca de las leyes aplicables y esto va contra el trascendental principio de legalidad y de seguridad jurídica.

Basta pensar, para percatarnos de la gravedad que el caso representa, que cambia las normas aplicables que hemos mencionado y se substituyan por otras, de mayor o menor contenido, pero desde luego diferentes. ¿Cuál sería en este caso, el verdadero contenido del 387-XXI?

Todo caso en el que se sigue una técnica legislativa de tipificación abierta y elástica, es altamente preocupante.

10. Creemos que también va a ser una cuestión de polémica la parte del 387-XXI que dice que:

“... La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

Es probable que la polémica se plantee sobre cualquiera de estas bases:

- a) ¿El texto transcrito forma parte del tipo descrito por la ley?
- b) ¿Se trata de reglas especiales dadas por el legislador para comprobar el cuerpo del delito?

Ambas cuestiones deben ser profundizadas para justificar nuestra posición.

Según la opinión que sostenemos, la parte que hemos transcrito del 387-XXI no integra en forma alguna al tipo de que se trata. Del análisis que hemos ido realizando, se desprenden los elementos que integran al concepto del delito, en cuanto a la conducta, la descripción legal del hecho, la necesaria culpabilidad y la punibilidad. La antijuridicidad está inmersa y valorada con suficiencia. Esto quiere decir que, en realidad, la certificación a la que se ha hecho referencia no completa ni integra el hecho descrito por la ley, que en esencia, se reduce al rechazo por cualquiera de las causas citadas, del pago del cheque librado. La tal certificación no viene a ser, en este orden de ideas, sino un medio para probar el hecho, lo que es distinto, obviamente al hecho en sí mismo.

En el caso concreto sostenemos que lo que se está haciendo por parte del legislador es señalar una forma precisa y categórica para comprobar el cuerpo del delito. En efecto, es evidente que para la prueba perfecta de cualquiera de las dos causas de rechazo con contenido penal, es menester hacer u obtener la certificación realizada por el personal específicamente autorizado de que el rechazo fue motivado por inexistencia de cuenta o falta de fondos para el pago.

Con esto se abren campos infinitos para el debate y discusión de la legalidad y constitucionalidad del texto. Veamos algunas cuestiones planteadas:

- ¿Cuál es el valor probatorio de las tales certificaciones?
- ¿Permiten prueba en contrario o no las certificaciones en cuestión?

- ¿Significa el caso la existencia de una nueva clase de fedatarios, y en tal hipótesis cuál es el fundamento para otorgar esa fe?
- ¿Debe haber un control previo y conocimiento de quiénes son las personas específicamente facultadas para certificar?
- ¿Son las tales certificaciones indispensables o puede acudir a un medio de prueba diferente para la comprobación de la causa de rechazo?
- ¿En última instancia no están esos individuos, específicamente autorizados para certificar, substituyendo facultades que son propias y exclusivas de las autoridades judiciales?

Nos parece absolutamente inadecuado haber incluido en un tipo aspectos ajenos a él y que tanto habrán de complicar las futuras interpretaciones. De momento, nos limitamos a sostener que el párrafo recientemente transcrito es extraño al tipo y tiene sólo el alcance de medio para probar el hecho, sin que implique, según nosotros, exclusión de otros medios de prueba diferentes. En conclusión, no creemos que haya sido afortunada esta redacción.

11. Como antes quedó anotado, el nuevo tipo de fraude por libramiento de cheques es característicamente doloso en orden a la culpabilidad; no caben en estos casos de cheques realizados las formas culposas o preterintencionales de cometer los delitos, siendo ellas, por tanto irrelevantes para el caso que tratamos.

La anterior afirmación es resultante de lo que ya hemos mencionado en el sentido de que al exigirse una finalidad específica y absolutamente dolosa de pretender alcanzar un lucro indebido u obtener ilícitamente algo, se limita al juicio de reproche a los comportamientos llevados adelante bajo tal motivación. En esto no hay ni debe haber duda.

Ahora bien, una posición como la expuesta nos tiene que llevar a la conclusión de que las causas de inculpabilidad que afectan al dolo tienen especial importancia en estos casos; por vía de ejemplo, un error esencial que haga que el individuo al librar el cheque piense que tiene fondos, cuando en realidad no los hay o son insuficientes, es causa de inexistencia del delito que comentamos, más ahora que los efectos del error como causa de inclusión de la responsabilidad han sido expresamente reconocidos por la ley, en los términos del artículo 15 - XI del Código Penal recientemente reformado.

12. En cuanto a la posibilidad del delito previsto en el 387 - XXI ya hemos consignado que es la misma que se aplica a los casos del fraude llamado genérico.

Ello en razón de que el 386 empieza justamente diciendo que "las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán", a quienes realicen alguna de las figuras específicas que señala el citado artículo.

Ahora bien, el 387, relativo al fraude llamado genérico señala en las fracciones I a III, tres distintas penalidades, dependiendo del valor de lo defraudado. Las penas son de 3 días a 6 meses, 6 meses a 3 años y tres a doce años, rigiéndose en cada caso por el valor que con base al salario (no se dice

a cuál salario, aun cuando se supone es el mínimo vigente en la época de consumación del delito) resulte de lo que sea motivo de la defraudación.

Independientemente de que este no es el momento para cuestionar si hay pena exactamente aplicable cuando se depende de una base móvil, en el caso del cheque sin fondos surge una duda evidente, ya que no se sabe ni precisa si es el monto del cheque el determinante, o si lo es el valor de la cosa, que se pretendía obtener o del lucro que se quería finalísticamente lograr. Esta confusión que en nada beneficia al tipo, debe según nuestro particular criterio, salvarse desentendiéndose al valor o monto del cheque y sometiéndose al valor intrínseco de la cosa o lucro que se quería lograr.

Pensamos lo anterior porque es obvio que si el delito es necesariamente doloso, pero sometido a la finalidad perseguida por el acto del libramiento, el autor de la conducta no tendrá reparo para dar cualquier monto al cheque que libra, precisamente porque sabe que no va a ser pagado y en estas condiciones, lo que siempre se podrá tener como base cierta y precisa es el valor de la cosa o del lucro pretendidos.

En los casos, que los habrá, que resulte imposible llevar a efecto la valuación o determinación del valor de la cosa o lucro, deberá estarse a lo que resulte más favorable al reo, según las constancias del proceso particular. Una solución como esta es manejada en la actualidad por interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando no es posible determinar el valor de lo defraudado.

13. En cuanto corresponde a la perseguibilidad de este nuevo delito, ella es de oficio, salvo los casos en que entre el sujeto activo (librador) y pasivo (beneficiario), exista alguna de las relaciones que menciona el nuevo artículo 399 Bis del Código Penal, que dice que:

Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.

Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

En estos casos de excepción, la perseguibilidad quedará sometida a la que deberá formular la víctima o pasivo, resultando aplicables los beneficios legales provenientes de la perseguibilidad por querrela, como son, entre otros, la procedencia del perdón como causa de extinción de la responsabilidad y el sometimiento a las reglas que para fijar términos para la prescripción de la acción persecutoria se consignan en el artículo 107 C.P., inferior

el  
386  
posibilidad

querrela

res, como se sabe a las reglas generales aplicables para los delitos que se persiguen de oficio.

14. Vale también la consideración relativa al momento consumativo, por las conocidas implicaciones que éste tiene para distintos aspectos.

Pensamos que el momento consumativo es el del rechazo del pago por alguna de las dos causas citadas en el tipo y que no tiene relevancia el momento mismo del libramiento. Tomamos como argumento esencial para apoyar este criterio la consideración de que la relevancia penal del acto de libramiento sobreviene al producirse el rechazo, o sea que es este el momento en que el tipo queda integrado.

15. Finalmente hay que mencionar lo concerniente a la competencia. El anterior tipo del 193 L.G.T. y O.C. estaba ubicado dentro de una ley federal y por ello eran los tribunales federales los competentes para conocer de tales casos de libramiento de cheques sin provisión de fondos.

Ahora, a pesar de la nueva naturaleza jurídica de la función bancaria y de las instituciones y sociedades nacionales de crédito, el delito es de la competencia de las autoridades judiciales comunes, porque ya no está dentro de las hipótesis competenciales manejadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

La naturaleza del bien jurídicamente protegido es determinante para este efecto, ya que si es el patrimonio de las personas (beneficiarias) lo que se pretende proteger, el caso es de la competencia común o local. Cabe como excepción que daría competencia a los tribunales federales el caso en que el beneficiario del cheque sea federal; por ejemplo el cheque librado a favor de una sociedad nacional de crédito, a la Tesorería de la Federación y cualquiera otro similar.

Para concluir estas breves referencias hay que mencionar que si la legislación local aplicable no tiene un tipo similar al 387 - XXI del Código Penal, el acto del libramiento será absolutamente atípico. Piénsese que al sobrevenir de la derogación de 193 L.G.T. y O.C. en su párrafo segundo, se crea un nuevo y distinto tratamiento para el libramiento de cheques sin fondos, porque de ello se ocupa expresamente el 387 - XXI; este artículo nuevo, sin embargo, rige sólo para toda la República en materia federal y para el Distrito Federal en Materia Común.

Ignoramos si, como frecuentemente ocurre, el modelo de legislación penal del Distrito Federal haya sido adoptado por códigos penales de alguno o algunos Estados de la República Mexicana. Si no ha ocurrido tal adecuación, el caso que se dé del que resulte surtida la competencia común, tendrá que resolverse declarando la inexistencia del delito por falta de tipo. Hacer lo contrario, además de absurdo sería anticonstitucional.

16. Esperamos que lo que aquí se ha expuesto sirva para conocer, interpretar y aplicar mejor la ley. No porque nuestro criterio sea compartido, sino porque hemos tratado de dar bases para una confrontación de ideas, de la que habrá de resultar un beneficio para la administración de justicia, que es lo que pretendemos alcanzar.

## DERECHO CIVIL